26700

Lehrbuch

der

Pandekten

von

Dr. Alois Brinz,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Erster Band.

Zweite, veränderte Auflage.

Bibliothèque de la Cour de Droit



060 056757 2

Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1873.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Seinem Freunde

Conrad Maurer

als dem Urheber dieser seiner Studien

gewidmet

vom

Verfasser.

26700

Inhaltsübersicht zum I. Bande.

Erstes Buch.

Vom Rechte.

Erster Theil.

Vom Pandektenrechte.

	Seite
I. Begriff. §. 1	1
II. Quellen: Ueberhaupt. §. 2	2
Das Corpus J. insonderheit	
1. Handschriften. §. 3	9
2. höhere Kritik.	
Ziel. §. 4	21
Grundsätze. §. 5	22
Hilfsmittel. §. 6	24
III. Literatur.	
1. Bearbeitung (der Quellen)	
a. kritische. §. 7	31
Ausgaben. §. 8	39
b. exegetische. §§. 9—12	48
2. Verarbeitung (der Quellen)	
a. theoretische. §§. 13. 14	58
b. practische. §. 15	76
IV. Literaturgeschichte. §. 16	81
V. System. §. 17	86

Zweiter Theil.

Vom Rechte überhaupt.

(Bestimmungen des Pandektenrechts über das Recht).

I. Begriff. §. 18	90
II. Arten:	
1. gesetzliches u. Juristenrecht. §. 19	92
§. 20. Form der Satzungen	93
§. 21. Zeitliche Beziehung der Satzungen	95
2. Nationales und internationales Recht. §. 22	99
das heutige nationale Privatrecht. §. 23	101
3. Oeffentliches und Privatrecht. §. 24	108
4. Normales u. anomales Recht. §. 25	110
III. Entstehung. §. 26	112
Autonomie, Observanz, Herkommen. §. 27	116
IV. Auslegung. §. 28	117
Mittel. §. 29	120
V. Correctur. §. 30	122
VI. Rechtsanwendung.	
§. 31. Ueberhaupt	123
§. 32. Die Rechtsprechung insb.	124
VII. Aufhebung und Aenderung des Rechts. §. 33	129

Zweites Buch.

Die Personen.

Erster Abschnitt.

Die Personengesamtheiten.

	Seite
Ueberhaupt. §. 34	131
Die Corporationen insf. §. 35	135
Die Familie.	
1. Cognation und Affinität. §§. 36—39	137
2. Agnatschaft. §. 40	146
3. Haus. §. 41	148
Ehe. §§. 42—45	150
Adoption. §. 46	159
Legitimation. §. 47	163
Auflösung des Hauses und Austritt aus demselben. §. 48	166
Die Familie heutigen Rechts. §. 49	168

Zweiter Abschnitt.

Die Person im Einzelnen.

	Seite
I. Begriff. §. 50	172
II. Eigenschaften. §. 51	174
1. Rechtsfähigkeit. §. 52. Begriff	175
§. 53. Voraussetzung	177
§. 54. Minderung u. Beschränkung	178
§§. 55. 56. Natürliche Handlungsfähigkeit	184
§. 57. Dispositionsbefugniß	191
2. Abhängigkeit und Unabhängigkeit. §. 58.	192

Dritter Abschnitt.

Die Personificationen.

	Seite
§. 59. Deren Wesen und Vorkommen	194
§. 60. Die sg. juristischen Personen	196
§. 61. Zwecke	201
§. 62. Einwände u. Hindernisse	205
§. 63. System	208

Drittes Buch.

Die Rechte.

Erster Theil.

Die Rechte überhaupt.

	Seite
A. Begriff u. Inhalt. §§. 64—67	210
B. Arten:	
1. Oeffentliche u. Privatrr. §. 68	219
2. Gemeine Rechte und Privilegien. §. 69	222
Einzelne Privilegien §. 70	224
Folgerungen. §. 71	227
Regeln. §. 72	230
3. Rein rechtliche und mehr factische Rechte. §. 73	234

Seite

C. Entstehung und Uebertragung. §§. 74—77 236

D. Geltendmachung:

I. Begriff §§. 78—81 247

insonderheit Selbsthilfe. §. 82 261

II. Arten §. 83. Certi, incerti actiones 268

§. 84 in rem, in personam aa. 273

§. 85 rem persequentes, poenales aa. 277

§. 86 privatae, populares aa. 281

§. 87 arbitrariae aa. 285

§. 88 praejudiciales aa. 292

§. 89 simplices, duplices aa. 294

§. 90 aa. in jus, in factum conceptae-civiles, honorariae-civiles, in factum-directae, ficticiae, utiles 297

§. 91 ordinariae, extra-ordinariae aa. 304

III. Klagrecht. §§. 92. 92a 310

IV. Prozeß.

§. 93 formaler und sachlicher Prozeß 317

§. 94 prozeßualische Consumtion 319

§. 95 flg. novatio necessaria 323

Seite

§. 96 exceptio rei judicatae 327

eadem res §§. 97. 98 336

§. 99 Rechtskraft u. formelle Wahrheit des Urtheils 348

§. 100 Folgen des Streitbeginns 354

E. Sicherung. §. 101 357

F. Aufhebung.

1. Definition. §. 102 364

2. Gegenstand. §. 103 364

3. Rechtsquelle. §. 104 366

Die Exceptionen.

Name. §. 105 367

Wirkung. 106 369

Grund. §. 107 373

Heutige Geltung. §. 108 377

4. Gründe. §. 109 380

Urtheil. §. 110 380

Pakt (pactum de non petendo u. Vergleich). §. 111 381

Zeit. §. 112 389

insonderheit Klagenverjährung

§. 113 temporales actiones 392

§. 114 Theod. Klageverj. 396

G. In integrum restitutio

Begriff. §. 115 405

Voraussetzung. §. 116 409

Gründe. §. 117. Ueberhaupt 415

§. 118. Jugend 416

§. 119. Verhinderung 418

§. 120. Irrthum, Zwang, Betrug 426

Das Recht auf i. i. r. §. 121 429

Die Restitution. §. 122 437

Zweiter Theil.

Die Rechte im Einzelnen.

Uebersicht und System. §. 123 443

I. Das Vermögen

§. 124. Begriff 445

§. 125. Res extra patrimonium 452

§. 126—27. Res extra commercium 458

§. 128. Die gemeinen Nutzungen 464

Seite

A. Das Personenvermögen.

A. Eigenthum und jura in re — Besitz und Quasibesitz.

§. 129. Die Sachenrechte 468

I. Eigenthum und Besitz.

§. 130. Begriff des Eigenthums 470
§. 131. Miteigenthum 476
§. 132. Eigenthumsbeschränkung 479
§. 133. s. g. Nachbarrechte 484
§. 134. anderweite gesetzl. Eigenthumsbeschränkungen; ins. Veräußerungsverbote 487

Der Besitz

§. 135. Begriff 492
§. 136. Namen und Arten 499
§. 137. Erwerb 501
§. 138. Vacuae poss. u. poss. traditio 507
§. 139. s. g. abgeleiteter Besitz 517
§. 140. Besitzerwerb durch Dritte 518
§. 141. Veräußerung u. Verlust des Besitzes 522
§. 142. Besitzverlust durch Dritte 528

B. f. possessio.

§. 143. rechtliche Bedeutung 533

Vervielfältigung, Erweiterung Vergemeinsamung von Besitz und Eigenthum

§. 144. Sacheinheiten 541
§. 145. Fruchtgewinn 546
§. 146. Accession, Communication 554

Erwerb des Eigenthums. §. 147 561

Eigenthumsgründungen

§. 148. Occupation 565
§. 149. Specification 572

Tradition. §. 150. §. 151 580

Adjudication. Addiction. Verwirkung. Universalsucc. und Vermächtniß. §. 152 591

Ersitzung

§. 153. Begriff 594
§. 154. Charakter 597
§. 155. Subject 603
§. 156. Object 604
§. 157. Grundlage 611
§§. 158—160 ins. Besitztitel 613
§. 161. bona fides 627
§. 162. Zeit 633
§. 163. Aufhebung, Unterbrechung 637

Unvordenkliche Zeit

§. 164. Begriff, Gegenstand, Wirkung 641

Verlust des Eigenthums

§. 165. Fälle 645

Geltendmachung und Schutz

1. des Eigenthums

§. 166. Einleitung 646
§§. 167—170. Rei vindicatio 648
§. 171. Negatoria in rem a. 665
§. 172. Schutzklagen
(I) de damno nondum facto
1. damni inf. postulatio §. 172 670
2. aquae pluviae arcendae a. §. 173 685
(II) gegen schädliche Werke u. rechtswidrige Eingriffe
1. prohibitio mit interd. quod vi aut clam. §. 174 692
2. operis novi nunciatio §. 175 701
§. 176. 177. Theilungsklagen
(comm. div.) §. 176 706
(fin. reg.) §. 177 709

2. der b. f. possessio

§. 178. Publiciana in rem actio 713
§. 179. anderweite Rechtsmittel 726

3. des Besitzes

Die possessorischen Interdicte. §. 180 728
Interdicta retinendae possessionis
1. uti possidetis. §§. 181. 182 732
2. interd. utrubi 745

	Seite
Interdd. recuperandae possessionis	
1. interd. de vi. §. 183	745
2. interd. de precario. §. 184	752
II. **Jura in re und Quasibesitz.**	
Ueberhaupt. §. 185	756
1. Die Servituten.	
Ueberhaupt. §. 186	758
a. Die Praedialss.	
Begriff. §. 187	762
Folgen. §. 188	763
Arten. §. 189	765
Fälle. §. 190	768
b. Die Personalss.	
Begriff. §. 191	772
Arten und Fälle. §. 192	774
Ususfructus. §. 193	778
Quasiususfr. §. 194	778
Usus, operae, habitatio. §. 195	784
Der Servitutenbesitz (Quasibesitz u. b. f. quasi possessio) §. 196	786
Erwerb der SS. §. 197	790
Verlust der SS. §. 198	794
Gemeinschaft und Theilung, Theilbarkeit der SS. §. 199	797
Geltendmachung und Schutz der SS. confessoria de s. a. §. 200	801
quasipossessorische SS.-Interdikte §. 201	802
2. Superficies u. Emphyteusis	
Begriff. §. 202	807
Gerechtsame des Grundherrn, des Superficiars u. Emphyteuta. §. 203 §. 204	816
Begründung und Endigung. §. 205	823–825

Erstes Buch.
Vom Rechte.

Erster Theil.
Vom Pandektenrechte.

I. Begriff.

§. 1.

Pandektenrecht nennt man den privatrechtlichen Theil des in Deutschland recipirten römischen Rechtes, Pandektenrecht von daher, da man den privatrechtlichen Inhalt des ganzen Corpus Juris auf der Grundlage und nach der Ordnung der Pandekten darzustellen anfing [1]).

Je nach dem Begriffe der Reception [2]) ist dieses Pandektenrecht entweder lediglich ein modificirtes römisches Privatrecht, oder aber es muß innerhalb desselben zwischen einem reinen und modificirten römischen Rechte unterschieden werden. Denkt man sich die Reception als das Ergebniß erst der Anwendung und Uebung und so der Gewohnheit [3]), dann ist unser Pandektenrecht ein wesentlich modificirtes römisches Recht; denn die Anwendung und Uebung erfolgte nur mit Modificationen. Ist dagegen umgekehrt Anwendung und Uebung das Ergebniß, und die Reception Ursache, dann muß rein römisches Recht, das Corpus Juris nämlich, recipirt, ein modificirtes römisches Recht aber erst aus der Anwendung und Uebung des recipirten erwachsen sein. Mit dem modificirten synonym ist unser „heutiges römisches Recht" [4]) und unser „gemeines Civilrecht" [5])

1) Arndts, jur. Encyclopädie und Meth. 3. Aufl. §§. 154. 155.

2) Worüber neuerdings Stobbe, Gesch. deutscher Rechtsquellen 1. Abth. §. 59. C. A. Schmidt, die Reception d. röm. R. in D. 1868. Franklin, Beiträge zur Gesch. d. Reception d. röm. R. in D. Hannover 1863. Muther, röm. u. kanonisches R. im d. Mittelalter, ein populärer Vortrag, Rostock 1871.

3) Savigny, Syst Bd. I. S. 78. Abs. 1. Windscheid §. 1. Abs 3.

4) Savigny, System §. 1.

5) Sintenis §. 1. Anm. 11.

Von den Kaisern nun jedenfalls ist das justinianische Recht lange bevor es in die deutschen Gerichte eindrang als geltendes Recht betrachtet worden [6]). Ebenso sicher machten die Glossatoren im Corpus Juris die abendländische Welt mit einem Buche bekannt, das ihnen schon Gesetz war, nicht erst werden sollte [7]) Als ein solches schwebt es auch zahlreichen Urkunden bereits des 13. Jahrhunderts in Deutschland vor [8]); als ein solches endlich der gerichtlichen Praxis selbst, als sie von Doctoren statt Schöffen geübt [9]), nach römischem Rechte zu sprechen begann. Denn anders ist ihr Grundsatz, daß das Corpus Juris in complexu recipirt sei, oder daß in jure fundatam intentionem für sich habe, wer sich auf dieses berufe, vom Gegner mithin erst zu beweisen sei, daß es im gegebenen Falle nicht gelte [10]) — nicht erklärbar; man müßte denn sagen, das Corpus Juris sei durch die Uebung als ohne die Uebung geltend zur Geltung gekommen.

Unser reines römisches Recht ist identisch mit dem Corpus Juris (civilis s. Justiniani). Als die letzte große, auch für den Occident publicirte [11]), durch kein späteres Gesetz abrogirte Legislation mußte es von dem Augenblicke an, da man die oberste weltliche Gewalt im Abendland als ein imperium Romanum und als bloße Fortsetzung der römischen Kaiserherrschaft dachte, als „Kaiserrecht" (lex imperialis) auch in Deutschland erscheinen [12]). Diese Consequenz ist kein bloßer Faktor in der Recep-

6) Zeugnisse bei Stobbe S. 612 I. u. II. bes. Anm. 4. Ueber den Erlaß Kaiser Ludwig III. v. 1342. Franklin S. 109 f.

7) Z. B. Glossen des Irnerius Nr. 3 u. 32 in Savigny's Gesch. d. röm. R. im M. A. 2. Aufl. Anhang II. vgl. Schmidt a. a. O. S. 14.

8) S. dieselben bei Franklin S. 94—102. z. B. quod haec mea ordinatio per querelam inoff. t. jure civili nullatenus expugnetur, sed quod contra meas tabulas testamentarias nulli bonorum possessio jure praetorio tribuatur — (Gräfin Kunigunde von Wasserburg a. 1249).

9) G. L. Maurer, Gesch. d. altgerm. Gerichtsverfahrens 1824. §. 207. Schmidt §§. 10. 12.

10) Glück, Bd. I. §. 69. Anm. 65. 66. §. 56. Anm. 83. Erxleben, Einl. in d. röm. Privatrecht, 1854. S. 474.

11) Pragmatica sanctio, cap. 11. vgl. Alciatus, parergon lib. 4. c. 25. Biener, Geschichte der Novellen Justinian's S. 223—227. A. Peyron, Cod. Theod. fragm. ined. exh. die 30. Jan. 1833. Praef.

12) S. bes. die Stelle des Huguccio bei Stobbe a. a. O. S. 616 Anm. 10; hingegen Franklin a. a. O. S. 130 Abs. 1.

tion, wie man gemeiniglich annimmt [13]), sondern die Reception selbst [14]). Den Glossatoren namentlich ist der imperator im Corpus Juris ein gegenwärtiger Begriff, und von den Satzungen der römischen Kaiser alles in Geltung, was unter ihren Nachfolgern im Reiche nicht abgeschafft ist [15]); ja noch die Humanisten des 16. Jahrhunderts ziehen gegen die Commentatoren zu Feld, weil Commentare von Justinian verboten seien [16]), und noch im 17. und 18. Jahrhundert kann man die Behauptung wagen, daß auch postjustinianische Quellen Gesetzeskraft haben [17]).

Die Modificationen des also recipirten reinen römischen Rechtes ergeben sich in der Anwendung, die dasselbe zunächst an den Gerichtshöfen der geistlichen Herren (als eine Quelle des canonischen Rechts, insonderheit der Dekretalen, und von diesen anerkannt) [18]), späterhin aber, gegen Ende erst des 15. Jahrhunderts und nur allmälig, auch an den weltlichen Gerichten fand [19]). Ihren tieferen Ursprung nehmen sie 1) in der Schule; was die Glossatoren, Lehrer und Verkünder des „Gesetzes" zugleich, aus was immer für einem Grunde übergingen, etwa willkürlich, als unbrauchbar [20]), oder unwillkürlich wegen Defectes in den Handschriften — das übergingen auch die Gerichte (quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia) [21]); — 2) im Leben da dieses sich einerseits zu specifisch römischen Instituten nicht be-

13) Eichhorn, d. Reichs- und R. G. 5. Aufl. Bd. II. §. 269 h. Errleben a. a. O. S. 449 fg. Stobbe a. a. O. S. 612. I.

14) Pütter, Specimen juris publ. et gentium medii aevi. De instauratione imperii rom. sub Carol. M. et Ottone facta et ejus effectibus. Goetting. 1784. §. 81 cf. §. 90. §. 91. Gaupp bei Stobbe a. a. O.

15) Glosse des Bulgarus zu l. 3 Cod. de leg. 1, 14 (Savigny, Gesch. d. r. R. im M. A. Bd. 4 Anhang III Nr. 21). Quidam sunt, qui ex hac lege inferre volunt, legem Longobardam non esse legem, quoniam hac forma facta non est; quibus non consentio; non enim Theodosius potuit facere legem secuturis imperatoribus.

16) Z. B. Haloander in der Vorrede an den Senat zu Nürnberg in der Coderausgabe 1530 vgl. die Torelli ad lectorem in der Dig. Ausg.: haec nos jussa non negleximus.

17) Vgl. Heimbach's Authenticum, pars I. p. 695 oben, p. 699 oben.

18) J. H. Böhmer, jus eccl. Prot. lib. I. tit. II. §. 47; Arth. Duck, de usu et auct. jur. civ. Rom. in Dominiis Principum Christianorum, Lips. 1656.

19) Schmidt, Anm. 9.

20) Z. B. Glosse zu Nov. 8 „constitutio inutilis — nec est legenda."

21) Glück, Comment. Bd. I. S. 343 Anm. 85.

quemte, anderseits die eigenen Satzungen zu den hier wie dort üblichen Instituten gegen die fremden nicht schlechthin aufgab. Recipirt wurden nämlich nur Rechtssatzungen, nicht Rechtsinstitute [22]) — Eigenthums- und Kaufsrecht, nicht Eigenthum und Kauf; kaum daß das Testament blos auf den Anstoß des römischen Rechts in Uebung kam; im allgemeinen kamen Institute, welche nicht zuvor schon heimisch waren, auch durch die Reception nicht auf (z. B. stipulatio, peculium, tutoris auctoritas); durch steten Nonusus sind denn auch die solche Institute ausschließlich betreffenden Satzungen antiquirt; und haben ferner die eigenen Institute sich weithin den fremden Satzungen gefügt, so waren doch von den sie betreffenden einheimischen Satzungen manche in so sicherer und allgemeiner Uebung, daß sie den fremden widerstanden, oder in Verbindung mit diesen zu einem neuen, gemischt römisch-deutschen Rechte wurden (z. B. Contraktsystem, Vormundschaft, Erbverträge).

Negativ und positiv also weicht das angewandte römische Recht von dem recipirten reinen ab, und wird diesem dann auch als »usus modernus Pandectarum« oder „heutiges römisches Recht" entgegengesetzt. Die negative Differenz reagirt alsbald auf das Corpus Juris, das Depositarium des reinen römischen Rechtes selbst: in denjenigen Handschriften nämlich, welche dem gemeinen Gebrauche dienten (Vulgathandschriften); in diesen blieben viele leges, constitutiones, authenticae nicht blos wegen Defektes in den Originalen, sondern trotzdem, daß man sie vorfand, als inutiles, ganz hinweg, oder zum mindesten unglossirt (§. 3); das gleiche gilt von den älteren Ausgaben. Im 16. Jahrhundert greift Restauration auch im Corpus Juris Platz — leges restitutae (§. 3. §. 7). Dazu, daß das Corpus Juris auch um der positiven Modificationen willen interpolirt worden wäre, wie im Orient (Basiliken), ist es im Abendlande nicht gekommen. Erst im usus modernus Pandectarum und nur in seinen Abweichungen vom Corpus Juris steckt Gewohnheitsrecht; das Uebrige ist bloßer Vollzug des vor der Uebung geltenden und zur Geltung gekommenen Gesetzes.

Verschieden von diesen gewohnheitsrechtlichen Modificationen

22) wie z. B. Savigny, Syst. I, Leist, Dogm. Analyse, Stobbe, a. a. O. meinen.

sind die Derogationen, welche dem römischen Rechte aus dem kanonischen Rechte und den Reichsgesetzen erwuchsen (§ 2); verschieden von dem heutigen römischen Rechte überhaupt das gemeine deutsche Privatrecht, wenn man unter diesem die Satzungen lediglich für diejenigen einheimischen Institute begreift, welche sich vom römischen Rechte ganz, oder doch im wesentlichen frei erhalten haben. Keine Modifikationen endlich können die Corruptionen sein, welche die Sprache der Quellen erfahren hat, es sei nun durch Uebersetzer, Abschreiber oder Kritiker.

Als Kaiserrecht ist das römische Recht *gemeines* Recht, als gemeines zwar immer *subsidiäres* [23]), dagegen nicht mehr *gemeindeutsches*, das heißt, für ganz Deutschland geltendes Recht; in Preußen ging die Autonomie so weit, daß sie das gemeine Recht noch bei Reichszeiten ausschloß [24]). Nach Auflösung des deutschen Reichs sind Civilgesetzbücher mit exclusiver Geltung erschienen: in Oesterreich [25]), Königreich Sachsen [26]); den linksrheinischen Ländern und dem ehemaligen Herzogthum Berg ist der Code civil auch nach der französischen Herrschaft verblieben; im Großherzogthum Baden gilt er in Gestalt einer Uebersetzung als „badisches Landrecht."

Von dem nicht privatrechtlichen Inhalt des Corpus Juris läßt sich nicht sagen, daß er nicht recipirt worden sei [27]); wohl aber gilt das, was oben über den Unterschied der Rechtssatzungen und Rechtsinstitute bemerkt wurde, und daß viele Satzungen aus Mangel der entsprechenden Institute durch Nonusus antiquirt sind, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes noch mehr als auf dem des Privatrechtes.

23) *Schmidt*, a. a. O. S. 30 S. 219 S. 225.

24) Durch das „Allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten" vom 20. März 1791, an dessen Stelle durch Patent vom 5. Februar 1794 das Allgemeine Landrecht trat.

25) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811.

26) „Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" 1863. 1865.

27) *Schmidt* a. a. O. S. 96 — 105 gegen *Savigny* Syst. Bd. 1. S. 69.

II. Quellen.

Ueberhaupt.

§. 2.

„Quelle" ist nur der bildliche Ausdruck für jene Worte und Werke, in welchen das Recht entsteht, und aus denen allein es denn auch zu schöpfen ist.

I. Aus Worten, und zwar aus geschriebenem Worte, entnehmen wir

1) unser reines römisches Recht, das ist die ganze Masse jener rechtlichen Satzungen, welche bis zum Erweise des Gegentheils für jeden einzelnen Fall gelten (§. 1 S. 2 Z. 104 ob.).

Wo man vordem von „geschriebenen Rechten" sprach, ist bald allein, bald vorzugsweise, selten etwas anderes gedacht, als dieses reine römische Justinianische Recht [1]). Als eine Sammlung und Sichtung des bisherigen geschriebenen Rechtes bestund es von Anfang an in „Büchern" oder Bänden [2]), und zwar in einem „Codex" (constitutionum — Justinianeus) [3]) und in den zwei Büchern oder „Bänden" der Digesten oder Pandekten, und den Institutionen [4]), zu denen dann noch eine Sammlung (congregatio) von Novellen hinzukommen sollte [5]). Coder und Digesten sind sich auch als codex constitutionum und codex juris entgegengesetzt [6]). »Corpus« kommt für das eine oder andere dieser Stücke bei Justinian selbst [7]), für die Gesammtheit aller aber nicht erst seit des D. Gothofredus »corpus juris civilis« [8]) vor.

So lange der Glaube an die translatio imperii Romani [9])

---

1) Eichhorn, D. R. u. R. G. Bd. 3 §. 440; Franklin a. a. O. S. 111 Anm. 13, 14.

2) Dig. prooem. De conc. Dig. §. 7. Haec tria volumina — De confirm. Dig. §. 19. — *Τούτων δὴ τῶν δύο βιβλίων . . καὶ τῶν διατάξεων.*

3) Cod. prooem. De emend. Cod. Just. §. 5. — De novo Cod. fac. pr.

4) De confirm. Dig. §. 1. §. 15. §. 23.

5) De emend. Cod. §. 4 cf. §. 3.

6) Const. Deo auctore §. 11 (l. 1 §. 11. §. 2. C. vet. jur. enucl. 1, 17).

7) §. 4 cit.

8) Genev. ed. Stoer 1583 4°. s. z. B. Bartolus in infort. lex Gallus.

9) §. 1. Anm. 12.

gewährt hat, galten die Vorschriften des C. J. als Justinian's Wort, wie der Kaiser nicht nur seine eigenen Constitutionen und die Institutionen, sondern auch den Constitutionencodex überhaupt und die Digesten als seine Vorschriften angesehen haben wollte [10]). Seitdem man diesen Glauben als Irrthum befunden [11]), gelten sie nicht mehr als das Gesetz eines römischen Kaisers, wohl aber kraft der Anerkennung, welche sie von Seite der gesetzgebenden Faktoren des Reichs [12]) und der Territorien [13]) gefunden haben.

2) Geschriebenes Wort ist auch das corpus juris canonici, welches kraft päpstlicher Autorität und kaiserlicher wie des Reichs Approbation um dieselbe Zeit wie das justinianische Recht zu gesetzlicher Geltung gelangt, durch Verordnungen der Bischöfe und Erzbischöfe befohlen, zunächst an den Gerichten der geistlichen Herren, und später auch an den übrigen zur Anwendung gekommen ist. All das gilt auch von seinem privatrechtlichen Inhalt. Ja in diesem ward ihm ein Vorzug vor dem römischen Rechte eingeräumt, nicht sowohl um des Alters, als um der Qualität willen (ob pietatem et aequitatem); in Sachen, worin es sich de peccato evitando oder de aeternae salutis periculo handelt, sollte es jenem allenthalben, auch an den weltlichen Gerichten vorgehen. „Uß den zweien Büchern" (Decretum Gratiani und Decretalensammlung Gregor IX.) läßt bereits der Schwabenspiegel „all die recht der geistlichen und weltlichen Gerichte bedarf" entnehmen; dieselbe Geltung erlangten auch noch der liber sextus, und die Clementinen (corpus j. can. clausum) in Ansehung des Privatrechtes dagegen nicht mehr die späteren Decretalen und deren Samm-

10) §. 3 Prooem. Inst. — ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat — const. de conc. Dig. Deo auctore etc. (l. 1 §. 6 C. vet. jur. enucl. I, 17) — ut omnes, qui relati fuerint in hunc codicem ... habeant auctoritatem, tanquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerint ore profusa. — Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas — und dazu const. de emend. §. 4 jussimus ... eum nostri numinis auctoritate nitentem . . frequentari.

11) Pütter, a. a. O. (§. 1 Anm. 14) Vorrede u. §. 97.

12) Eichhorn, D. R. u. R. G. Bd. 3 §. 440; Stobbe a. a. O. S. 613—624.

13) z. B. eine Verordnung des Landgrafen Wilhelm von Hessen anno 1500 (churh. Privatrecht von Roth u. Meibom S. 44); Einführungspatent des Cod. Max. Bav. civ. 1756.

lungen (Extravagantes Joannis XXII. und communes) [14]). Collationes und Differentiae juris civilis et canonici sind viele und schon frühe erschienen [15]).

3) Endlich gehören hieher die Bestätigungen und die Modificationen, welche das römische Recht durch die Reichsgesetze [16]) erfahren hat, — in größerem Umfang und prinzipieller nur auf dem Gebiete der Vormundschaft.

II. In Werken

1) der fachmännisch-juristischen: consiliarischen, richterlichen, cautelarischen Uebung beruht das Recht der Praxis, oder der durch diese bewirkten Modificationen des reinen römischen Rechts (S. 2 f.). Zwar liegt auch dieses geschrieben vor uns; ganze große Bibliotheken sind voll von den consiliis, decisionibus, responsis, sententiis, namentlich unserer deutschen Praktiker, Facultäten, Gerichtshöfe, wie von den Büchern der Cautelarpraxis (jurisprudentia heurematica, de cautelis, Unterricht von den gemeinen bürgerlichen Handlungen zu richtiger und vorsichtiger Eingehung von Verträgen ꝛc.) [17]); allein zum Recht ist es nicht

14) Ueberhaupt J. H. Böhmer, jus eccl. Prot. lib. I. tit. II. §. 29—73, insbesondere §. 38—40; Duck, a. a. O. lib. I. cap. 7 §§ 10—13.

15) Die älteste vielleicht die des Pascipoverus (Sav. Gesch. Bd. 5. S. 423); eine Zusammenstellung von 24 solchen Büchern (unter denen aber u. a. die diff. j. c. e. c. in J. Voët, compendium juris Lugd. Bat. 1720 fehlt) s. in Lipenii, bibl. realis jurid. sub voc. „collationes et diff."

16) Sammlung der D. R. Abschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen, Frankfurt 1747; C. F. Gerstlacher, Handb. der d. Reichsgesetze in syst. Ordnung, 11 Thle. (im 10. Privatr.) Stuttgart 1786—1794. G. Emminghaus, Corpus j. germ. acad. Jena 1824, 2. Aufl. 1844.

17) Aeltere Sammlungen der consiliarischen und richterlichen Praxis s. Lipenius a. a. O. sub v. consilia, decisiones, responsa, sententiae; ein Repertorium der deutschen civilistischen (namentlich auch neueren) Praxis für das gemeine Recht ist als Anhang zu Girtanners Rechtsfällen erschienen Jena 1855; eine Auswahl in Bangerow's Leitfaden §. 10a; für die Gerichtspraxis aus neuerer und neuester Zeit besonders hervorzuheben Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten deutschen Gerichtshöfe, bis jetzt 22 Bände; seit 1847 nach einander von J. A. Seuffert, C. A. Seuffert und A. F. W. Preuffer; Cautelarbücher und Sammlungen solcher s. wieder Lipenius, sub v. cautelae eurematica, formulae, dann Stintzing, Gesch. d. populären Literatur des röm. u. kanon. Rechts in Deutschland am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts Leipzig 1867 5. Kapitel. Notariatsschriften; von neueren auszuzeichnen: Trützschler, Anweisung zur vors. Abfassung rechtl. Aufsätze Leipzig 1817. H. W. Puchta, Handb. des Verf. in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit Erlangen 2. Aufl. 1831; Reigebauer, Handb. zur Ausübung der freiw. Gerichtsbarkeit Hannover 1827; Bielitz, vollst. Handb. für Notare Parchim 1823 — vgl. Oesterley, d. deutsche Notariat Hannover 1845 §. 13 Anm. 2. — Weiteres s. §. 15.

schon durch das Wort und nicht erst durch die Schrift (ex scripto), sondern durch die Thatsache langer gleichförmiger Uebung und Anwendung geworden (§. 19), und eine durchgehende Sichtung zwischen dem was nur Anwendung des römischen Rechts, und dem was Neuerung und Modification und was davon in der That recepta sententia und usus modernus ist, fehlt (doch s. §. 15 I. ad 2 u. 3).

2) Minder oder gar nicht vertreten unter den Quellen des heutigen römischen Rechts ist die gemeine (populäre) Gewohnheit, wenn man ihre Wirksamkeit in bloßen Satzungen sucht, und dabei von dem Einfluße absieht, den sie überall auf die das römische Recht modificirende Praxis gehabt haben wird. Um so mächtiger wirkt sie in den Instituten: negativ, durch Enthaltung und damit Antiquirung von rein römischen Instituten (S. 2 fg.); positiv, durch Erhaltung rein deutscher, um deswillen außerhalb des heutigen römischen Rechtes stehender Institute.

Das Corpus Juris insonderheit.

1. Handschriften — niedere Kritik.

§. 3.

Ein im Sinne der äußeren Beglaubigung authentischer (mit Justinians eigener Fertigung an die Präfecten und in die Provinzen geschickter) [1] Text oder gar Justinians Handexemplar wie solch eines das 14. und 15. Jahrhundert und anfänglich wohl auch noch Politianus in den Florentiner-Pandekten erblickte [2], ist nicht, zum mindesten nicht nachweislich auf uns gekommen. Gleichwohl ist nie gezweifelt worden und auch kein Grund zu bezweifeln, daß in den unter diesem Namen auf uns gekommenen Handschriften und Büchern Justinians Codex überliefert sei. Ueberzeugender auch könnte keine Autorschaft der römischen oder griechischen Welt nachgewiesen werden als diese, wenn es des Nachweises bedürfte. Und mag dieses Werk in der langen Reihe von Jahrhunderten, die es zu bestehen hatte, im einzelnen verän-

1) cf. const. de Cod. confirm. §. 5.

2) Angeli Politiani, opera quae quidem hactenus exstitere omnia Basil. 1553 lib. Misc. cap. 41 p. 260 cf. Ant. Augustini, Emendat. lib. I. c. 1. ed. Heidelb. 1594 p. 1. Doch s. auch Polizians epist. lib. X nro. 4 und überhaupt Brencmann (Anm. 3) p. 195. 199.

dert — in den Jahrhunderten der Clausur stellenweise verbleicht [3]) und zerfressen [4]), in denen der Bearbeitung hier verkürzt, dort erweitert, übersetzt, versetzt und durch Verbesserungen verdorben worden sein: Bücher gleichen den universitates rerum, welche trotz Ausscheidung alter und Aufnahme neuer Theile dieselben bleiben. So viel des Ursprünglichen ist jedenfalls vorhanden, daß, wenn wir das Justinianische Recht nicht kennen, der Grund nicht im Corpus Juris liegt. Denn was

1) den in sich werthvollsten Theil desselben, die Digesten oder Pandekten anlangt, so existiren diese noch heute unter anderem in Gestalt einer vielleicht bis zu Justinian selbst, jedenfalls aber in die Anfänge des siebenten Jahrhunderts hinaufreichenden [5]), durch Correctheit (wo nicht des Schreibers, so doch des Correctors) ausgezeichneten, fast vollständigen Handschrift zu Florenz (litera Pisana — codex Florentinus). Verloren gegangen ist ein einziges Blatt (der griechische Text der const. de confirmatione Digestorum), allein erst nach 1553 [6]), so daß es an Abschriften desselben, u. a. in der Taurellischen Ausgabe, nicht fehlt [7]); Lücken, die sich als solche durch leere Zwischenräume in den Zeilen und Columnen erweisen, sind nur drei: eine von blos zwei Zeilen zwischen l. 19 §. 1 und §. 2 quando dies legat. 36, 2; dann zwei größere: im Titel de bonis damnatorum (von l. 7 §. 5 — l. ult.) und in dem de interdictis et relegatis (l. 10 — l. ult.); durchlöchert oder zerrissen sind im Texte selbst nur wenige Worte [8]); verbleicht und schwer leserlich viele, aber ganz unleserlich, unseren heutigen Lesern, fast keine [9]). Wissen aber muß man, daß die „fliehenden Buchstaben" häufig von einer späteren Hand aufgehalten und überfahren sind [10]). Dann und wann hat sich ein Buchstabe hinter Falten versteckt [11]). Mit die-

3) Vgl. Brencmanni historia Pandectarum, seu fatum exemplaris Florentini, lib. 2 cap. 1. ed. Traj. ad Rhenum 1722 p. 97.
4) Das. p. 99 sq.
5) Mommsen, Justiniani Digesta seu Pandectae Berl. 1866—1870. Praefatio p. XL. l. l. Brencmann, lib. I. c. 2.
6) Mommsen, praef. p. XIV.
7) s. Mommsen l. l. tom. I. p. XXXIII. not. F.
8) In l. 22 pr. rat. rem hab. (46, 8) „adversus procuratorem" und l. ult. eod. dann l. ult. D. r. j. vgl. Mommsen praef. p. XIV. not. 2 cf. not. 5.
9) Mommsen l. l. not. 3 cf. Brencmann l. l. p. 97.
10) Brencmann p. 98. c. 1.
11) Brencmann l. l. p. 101.

ser äußeren Vollständigkeit hält die innere Integrität gleichen Schritt. Da gibt es, außer am Schlusse der Stellen, noch keine Interpunktionen [12]), keine Zwischenräume zwischen den Wörtern [13]), keine Numerirungen der Stellen und Paragraphen, sondern nur der Bücher und Titel [14]), keine Schriftzeichen, die man sicher unter die von Justinian verbotenen und verpönten notae und sigla rechnen könnte [15]), und so denn auch keine Glossen [16]), ferner noch keine Theilung in Vetus, Infortiatum, Novum, keine Uebersetzungen griechischer Worte und Stellen, keine Verkürzung oder gar Auslassung von Inscriptionen, umgekehrt einen sonst unbekannten Index der excerpirten Bücher.

Dem alten Begriffe von einem vollständigen Buche [17]) entsprechend enthält unser Codex ähnlich wie die noch älteren Handschriften des Cod. Theodosianus [18]) außer dem Texte selbst auch dessen Correctur [19]). Daß nun aber der Text mit Zuthat dieser ursprünglichen, die Handschrift begriffsmäßig erst vollendenden und zu ihr gehörigen, von späteren Correcturen wohl zu unterscheidenden Revision fehlerlos oder unverbesserlich sei, ist wie man frühe bemerkte und verwerthete [20]) und wie sich zum Theil aus ihm selbst [21]), zum Theil aus der Vergleichung mit Fragmenten gleich alter Handschriften erweist [22]), entfernt nicht der Fall. Trotzdem er sich als einer der correctesten der römisch griechischen Ueberlieferung erweist, konnte gleichwohl im Titel fin. regundorum mit Hilfe der Agrimensoren auf 74 Zeilen der Mommsen'schen Ausgabe fünfmal verbessert, siebenmal ergänzt werden [23]). Die Correcturen selbst haben ihr System, auch ihr System von Feh-

12) Brencmann, l. l. p. 129. c. 4. Mommsen p. XXXIV.
13) Brencmann p. 130.
14) Mommsen p. XX—XXII.
15) Brencmann p. 117 c. 3. Mommsen p. XXXIII.
16) Mommsen p. XXXIV.
17) l. 52 §. 5 D. leg. III. Brencmann, lib. 2 c. 6.
18) G. Haenel, praef. zum Cod. Theod. p. III. sqq.
19) Brencmann l. cit. Mommsen p. XXXV—XXXVIII.
20) Z. B. Alciatus ad tit. de verb. obl. l. 4 §. 1. cf. Brencmann p. 206 §. 99.
21) Brencmann lib. 2 c. 5.
22) Mommsen p. LIV. Florentini libri mendae — vgl. Cujacii observ. lib. 2 c. 6.
23) Mommsen l. l.

lern [24]). Zwei Blätter, das vorletzte und vorvorletzte, sind (was zuerst die Torelli wahrgenommen) [25]) versetzt.

Einen mit diplomatischer Strenge bemessenen und zweifelsohne auch diplomatisch genauen Beschrieb der Handschrift gibt die bisher citirte Präfatio Mommsens; zur Einführung in Mommsens Arbeit und in die Bekanntschaft mit dieser und ähnlichen Handschriften überhaupt muß aber Brenkmanns breitere aus 14monatlicher Beschäftigung mit dem cod. Flor. hervorgegangene Darstellung noch immer empfohlen werden.

An der Seite des Florentinus hat man zwei Handschriften zu denken, welche jenem an Alter ebenbürtig, allein an Vollständigkeit so wenig vergleichbar sind, daß sie nur als »fragmenta« (Neapolitana und Pommersfeldensia) bezeichnet werden [26]).

Dem Florentinus gegenüber stehen die ungefähr 500 [27]) Handschriften, die seit den Glossatoren und unter deren Einfluß, mithin frühestens in der Neige des elften Jahrhunderts geschrieben sind (Bononienses). Sämmtlich folgen sie der erst in ihnen sichtbaren Dreitheilung (Dig. vetus, infortiatum, novum), vielmehr Viertheilung (tres partes), und geben, mit seltener Ausnahme [28]), nur je eines dieser 3 Stücke. Die des Dig. vetus reichen weiter zurück als die des infortiatum, und diese weiter als die des novum; von denen des Dig. vet. etwa fünf (Paris, Vatican, Leipzig, Padua, Turin) in das 11. und 12., von denen des inf. einer (Vatican), von denen das Novum keiner bis in das 12. Jahrhundert. Diese älteren zeichnen sich vor den späteren nicht nur durch die älteren (voraccursischen) Glossen, sondern auch durch größere Vollständigkeit der Inscriptionen sowie dadurch aus, daß sie das Griechische noch mehr oder weniger vollständig überliefern, während es in den späteren ausgelassen oder in der lat. Uebersetzung des Burgundio (Pisanus † 1194) wiedergege-

24) Brencmann lib. 2 c. 6.

25) S. die Dedication seiner Ausgabe „Hic error a nobis primum animadversus."

26) S. die Neapp. beschrieben und nachgedruckt in den Additt. I. der Mommsen'schen Digestenausgabe, die Pommersf. photographirt daselbst unter den Tafeln.

27) Mommsen, praef. p. XLV.

28) Mommsen, praef. p. XLVII. unten; außer dem hier beschriebenen Colladonius s. den das ganze Corpus juris umfassenden, von Cramer in dessen praef. zur ed. tit. de verb. sign. beschriebenen Kopenhagner Codex und vgl. Spangenberg, Einl. in d. C. J. S. 497.

ben wird [29]). Zwischen beiden, dem Florentinus nebst Fragmenten auf der einen, und den Glossatoren-Handschriften auf der anderen Seite steht eine Berliner Handschrift des 9. Jahrhunderts, die jedoch nur bis in die Mitte des 1. Buches reicht [30]).

Daß nun die Vulgathandschriften der Digesten sämmtlich aus dem Florentinus stammen, bezeichnet Ant. Augustinus als alte Tradition und ist zuerst durch ihn auch diplomatisch erhärtet worden, durch den Nachweis nämlich, daß gewisse Verstöße, welche im Florentinus ihren sichtlichen Ursprung haben, wie die Blattversetzung in reg. jur. (fol. 464. 463), die Titelversetzung 37, 9, 8, die Umstellung von l. 32 — l. 34 D. manum. test. 40, 2, die falsche Einbeziehung der Marginalergänzungen zu l. 1. D. unde legit. 38, 7 und zu l. 41 u. l. 43 D. ad leg. Falc. 35, 2, und die Verwandlung der Marginalnote pro soluto in einem Titel pro soluto mit den 4 letzten Stellen aus D. usurp. 41, 3 — in allen Vulgathandschriften wiederkehren [31]). Diese Beweise sind nun durch Mommsen noch um einige, namentlich in Hinsicht auch des Dig. vetus vermehrt worden: so um den der falschen Einreihung der Flor. Marginalnote in l. 9 §. 1 anstatt in l. 10 pr. D. j. dot. 23, 3 und den der 3maligen Ueberspringung gerade von Florentinerzeilen und Florentinerlücken [32]). Allein trotz alledem schließt sich auch Mommsen der in neuerer Zeit von Cramer [33]) aufgestellten, von Savigny [34]) adoptirten Behauptung an: daß der Cod. Flor. nicht alleinige Quelle der Vulgathandschriften sei; denn die ältesten Vulgathandschriften haben Erscheinungen mit einander gemein, welche nicht ohne handschriftliche Grundlage, und zwar nicht ohne eine von dem Florentinus verschiedene Grundlage denkbar sind — Corrup-

29) Mommsen, praef. XLV—LII.

30) Das nähere Mommsen l. l. XLIV.

31) Ant. August. emend. lib. 1 c. 1: — jam vero illud me vehementer movit atque adeo coëgit: quod illorum librorum (Pis.) errata maximam varietatem omnibus libris crearunt his locis, quibus de suo nostri emendare audebant: quibus vero erratum non esse illi arbitrabantur, totidem verbis eisdemque erroribus scriptum esse videam — und nun obige „quinque argumenta“ (lib. 3 cap. 1) in lib. 1. c. 1. lib. 3. c. 3 zusammengestellt bei Brencmann l. l. lib. 3 c. 2.

32) Praef. p. 66 sqq.

33) de verb. sign. tituli Pand. et Cod. Kil. 1811 p. XIII.

34) Gesch. d. R. R. i. M. A. Bd. 2 §. 54.

telen [35]) sowohl, als Richtigkeiten [36]). Während aber Cramer und Savigny neben dem Florentinus noch beliebig andere Originale zu Handen der Glossatoren dachten, so macht jetzt Mommsen geltend, daß den Vulgathandschriften allen Ein Codex zu Grunde liege: eine Handschrift nämlich, welche aus dem Florentinus abgeschrieben, von Irnerius aber, oder einem vorirnerischen Recensenten aus einem anderen alten Exemplare, am Rande oder zwischen den Zeilen theilweise [37]) corrigirt worden sei. So erklären sich die Verbesserungen, aber wie die gemeinsamen nichtflorentinischen Fehler, wenn der Text aus dem Florentinus, und aus dem anderen Codex nur die Verbesserungen herrühren? Noch ist das Räthsel — der Selbständigkeit neben der Abhängigkeit — nicht gelöst.

2. In einer Handschrift, welche so vollständig und zugleich so alt wäre, wie die Florentiner-Digestenhandschrift, besitzen wir den Codex Constitutionum nicht [38]). Der Veroneser Palimpsest gleicht jener zwar an Alter, aber nicht an Vollständigkeit (indem der Anfang Buch 1—4, 48 und das Ende von 12, 37, 4 an ganz fehlt, und im übrigen größere Lücken sind), noch an innerer Integrität. Denn bereits in ihm hat das System der Kürzungen begonnen, an welchem die erhaltenen Codexhandschriften sämmtlich leiden, wiewohl es in ihm vorderhand erst als Abkürzung der Inscriptionen und Subscriptionen auftritt. Die drei nächst ältesten, aus dem 9. oder 10. und aus dem 11. Jahrhundert herrührenden Handschriften (in Pistoja, Paris und Darmstadt) erscheinen (ähnlich wie andere Rechtsbücher dieser Zeit) [39]) bereits als „epitomirte", vernachlässigen die Subscriptionen noch mehr, lassen nicht nur die griechischen, sondern auch lateinische (besonders

35) Z. B. die Einschaltung zu l. 19 D. ad leg. Aq. 9, 2, in l. 45 §. 1 D. vulg. et p. subst. 28, 6, l. 1 §. 9 D. de vi 43, 16, l. 3 D. div. tempp. praesc. 44, 3, die Lesung in l. 39 §. ult. D. nox. act. 9, 4. vgl. Mommsen, praef. p. 64 unten.

36) s. Savigny, Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. 3 §. 167. Mommsen l. l. p. 69.

37) Mommsen l. l. p. 68 unten: — quaedam ad marginem vel inter lineas exempli sui adnotavit — Desselben frühere Auffassung s. im Bekker-Muther'schen Jahrbuch Bd. 5. „Ueber die kritische Grundlage des Digestentextes" bes. S. 415 fgg.

38) Kritik des just. Codex v. Paul Krüger, Berlin 1867, woraus hauptsächlich das Folgende; Aem. Hermann, Vorrede zur Kriegel'schen Codexausgabe; E. Spangenberg, Einl. in die just. Rb. 1827 S. 547—567. Beiträge zur Revision des Just. Codex von L. A. Biener u. E. G. Heimbach, 1833.

39) Biener, Geschichte der Novellen Just. S. 77. S. 239. S. 265.

die längeren justinianischen) Constitutionen weg, und bringen diese selbst gleichwie die Subscriptionen in Unordnung; auch endigen sie zum Theil noch vor dem 9., zum Theil im 9. Buche. Die epitomati stellen sich als Grundlage der auf sie folgenden Glossatoren- oder Vulgathandschriften der novem libri heraus. In der Zeit, da die ältesten von diesen entstehen — gegen Ende des 11. Jahrhunderts — hatte man wenigstens Eine Handschrift, die so alt und so vollständig gewesen sein mag, als es ursprünglich der Veronensis war; jedenfalls hatte sie griechische Constitutionen. Aus ihr (oder mehreren derartigen) stammen einmal die Nachträge lateinischer Constitutionen, welche man in jenen epitomatis selbst wahrnimmt, dann aber die Ergänzung und Wiederherstellung der Ordnung in den ersten Vulgathandschriften.

Mit Ausnahme der griechischen Constitutionen, die noch lange weggelassen wurden (graeca non leguntur), ist man mit Ergänzung und Ordnung der Texte — wie die 4 Berliner Exemplare zeigen — im wesentlichen schon jetzt fertig gewesen. Die Vervollständigung der Inscriptionen und Subscriptionen erfolgt größtentheils, die Restitution der griechischen Constitutionen ausschließlich erst in den Drucken; jene hauptsächlich durch Haloander; diese, insoweit sie nicht aus Codexhandschriften selbst erfolgt, also der Kunstausdruck leges restitutae [40]) auf sie Anwendung findet, vornehmlich durch Johannes Metellus und Antonius Augustinus in dessen collectio constitutionum graecarum codicis, Ilerdae 1567) und zwar vornehmlich aus einer kirchenrechtlichen Sammlung vom 6. in's 7. Jahrhundert (collectio 25 capitulorum), — dann durch Cujacius, aus den Basiliken [41]). — Die Handschriften der 3 letzten Bücher, sowohl die selbstständigen als die des Volumen (parvum), reichen nicht über das Ende des 12. Jahrhunderts zurück, gleichen den Handschriften der ersten 9 Bücher aus jener Zeit, scheinen aber keine epitomati zur Grundlage zu haben, und von denjenigen Handschriften, welche in den Ausgaben von Contius, Russardus und Cujacius benützt, heutigen Tages aber verloren sind, an Echtheit übertroffen zu werden.

---

40) Karl Witte, die leges restitutae d. just. Cod. Breslau 1830. S. 3.

41) Biener, Gesch. d. Novellen Just. S. 177—179; Biener u. Heimbach, Beitr. zur Revision d. Cod. S. 12.

3. Ungleich spärlicher als der Codex Constitutionum im Veroneser Palimpsest sind die Institutionen in einem gleich alten Palimpsest abermals in der Domkapitelsbibliothek zu Verona erhalten (3 Quartblätter) [42]), dagegen existiren 4 vorirnerische Handschriften (aus dem 9. bis in's 11. Jahrhundert), von denen zwei (eine Bamberger und eine Pariser Handschrift) vollständig, eine (die Turiner mit der s. g. Turinerglosse) lückenhaft, die vierte aber in 21 Blättern zu Einbänden anderer Handschriften verwendet ist (Monte Casino) [43]); hiezu kommen etwa zehn voracursische und eine große Zahl späterer Handschriften.

4. Die justinianischen Novellen sind zum Theil lateinisch, zum Theil griechisch, zum kleinsten Theile lateinisch und griechisch zugleich [44]) abgefaßt worden. Gleichwohl besitzen wir, was

a) die alten, noch im abend- und morgenländischen römischen Reich entstandenen Sammlungen anlangt, keine gemischt lateinisch-griechische, sondern nur zwei lateinische (epitome Juliani — liber authenticorum s. Authenticum) und eine griechische. Damit ist nicht behauptet, daß nicht einmal solch' eine gemischte Sammlung bestanden habe [45]); wäre die officelle Sammlung, welche Justinian selbst in Aussicht gestellt hat [46]), zu Stande gekommen, so hätte sie eine gemischte sein müssen; wahrscheinlicher ist sie aber nie zu Stande gekommen [47]).

Liber authenticorum oder Authenticum heißt diejenige Sammlung, in welcher die Novellen bei den Glossatoren Eingang fanden, gelehrt und glossirt wurden. Wahrscheinlich im Gegensatze dazu, daß deren Echtheit anfänglich von Irnerius selbst bestritten wurde [48]), und um das an ihnen verübte Unrecht gut zu machen, nannte man sie dann die echten [49]), wie denn noch Irnerius

42) S. über ihn Prodromus corp. jur. civ. a Schradero, Closio, Tafelio ed. Berol. 1823 p. 57. Nr. 91.

43) Ueber die 3 ersten s. Prodromus cit. p. 36 Nr. 7 p. 42 Nr. 30 p. 55 Nr. 90 — über die letzte P. Krüger in dessen Inst. Ausgabe 1867 p. V.

44) Biener, Geschichte der Novellen Justinians, S. 13. III.

45) Biener a. a. O. S. 91. 78 unten.

46) Const. de emend. Cod. §. 4.

47) Biener a. a. O. S. 38—51.

48) Stellen der Glossatoren über die Zweifel des Irnerius gegen die Authentiken bei Biener a. a. O. S. 607.

49) Andere Erklärungen s. Savigny, Gesch. d. r. R. im M. A. Bd. III. §. 181 f. §. 182 e.

selbst sie glossirt [50]) und die „Authentiken" aus ihnen aushebt. Nach den Glossatoren, wahrscheinlich erst seit Haloanders Uebersetzung der griechischen Sammlung, hat der liber authenticorum noch den Namen versio vulgata bekommen; allein bloß Uebersetzung war er nie; die originallateinischen Novellen, die freilich den viel kleineren Theil der justinianischen Novellen überhaupt bilden, sind in ihm Original [51]). Ein „treues Bild" desselben sieht Biener (S. 248 vgl. G. E. Heimbach C. C. DCXLVII. Alin. 1.) in einer Wiener Handschrift des 13. Jahrhunderts [52]), welche durch Savigny [53]) bekannt, und auch von ihm als die „merkwürdigste von allen" bezeichnet wurde. Sie zählt 134, enthält aber nur 133 „Constitutionen" (keine unter Nr. 107) wie ihr denn (in Vergleich mit den sonstigen Handschriften des liber auth.) nur diese eine (de monachis — Nov. 133 der griech. Sammlung) abgeht [54]). Von den 168 Novellen der griechischen Sammlung fehlen in ihr (wenn man von const. 122, welche das achte der sog. 13 Edikte Justinians wiedergiebt, absieht und const. 36, welche der Novelle 34 und 32 der griechischen Sammlung zugleich entspricht, doppelt rechnet) 34 Novellen (41. 75. 121. 122. 126. 135—142. 144. 148—158. 160—168), justinianische aber nur 21; denn unter den fehlenden sind die sieben von Justin II. und Tiber, die vier formae praefectorum (eparchica), Novelle 41 ist unecht oder in Novelle 50 wiederholt, Novelle 71 identisch mit 104 [55]). Gleich den anderen Sammlungen hatte auch diese ihren Grundstock und ihren Anhang; denn auf 125 chronologisch geordnete Stücke folgen noch neun außer jener Ordnung (11. 13. 21. 86. 106. 132. 143. 123. 133 der griech. Sammlung) [56]). Ein ähnliches Verhältniß reproducirt sich unter den Glossatoren, indem sie die brauchbaren aushoben und zusammenstellten, die übrigen aber als extravagantes, extraordinariae in einen Anhang verwiesen. Da auch die Novellen kaiserliche Constitutionen waren und insonderheit im liber authen-

50) Savigny, Gesch. d. r. R. im M. A. Bd. III. §. 182 e.

51) Mindestens 16, und zwar nach Zählung der griechischen Sammlung Nr. 9. 11. 17. 23. 33. 35. 36. 37. 62. 65. 75. 104. 138. 143. 144. 150 — worunter aber 75 und 104, 143 und 150 Doppelnovellen.

52) K. Hofbibliothek Mss. jur. civ. Nr. 19.

53) Zur Gesch. d. Novellen, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. II. S. 109.

54) Biener, S. 575.

55) S. des näheren Biener S. 105 fg. S. 547.

56) Vgl. Biener, S. 540 Nr. 6.

ticorum als constitutiones aufgeführt werden, wurden sie nach dem Muster des Codex in 12 Theile (Collationen) und Titel getheilt; und wie die 9 ersten Codexbücher liber ordinarius hießen, kamen die brauchbaren „Constitutionen" in die 9 ersten Collationen und zwar in der ursprünglichen Reihenfolge, die übrigen in die 3 letzten [57]). Die Collationeneintheilung erfolgt gleich unter den ersten Glossatoren [58]) (wenn sie sich auch in späteren Handschriften wie z. B. der Wiener Nr. 19 nicht vorfindet, während sie in älteren z. B. der Münchner bereits vorliegt); und wohl durch diese auch die Scheidung der brauchbaren und unbrauchbaren Stücke; allein bis in's Einzelne stund weder diese noch jene und namentlich die Scheidung in brauchbare und unbrauchbare niemals allgemein fest. Selbst die accursische Auswahl ward nicht ohne Abweichungen befolgt [59]). Erst in den Ausgaben greift allmälig eine feste Ordnung Platz: „die Novellen wurden nun mit Bestimmtheit in 9 „Collationen eingetheilt, und die Titel jeder Collation förmlich „gezählt, so daß dadurch eine gewisse Auswahl und Aufstellung „der Novellen sich ergab, welche in den glossirten Ausgaben fest„gehalten worden ist, und von der von Accurs gegebenen nur „wenig abweicht. Im Verhältniß zu der letzteren fehlt die No„velle 38 und zugesetzt ist die Novelle 63; das Ganze liefert 97 „Novellen in 98 Titeln, weil die Novelle 8 zwei Titel einnimmt" [60]).

Als Sammlungen, so daß alle in ihnen enthaltenen Novellen, darum, weil sie in ihnen enthalten sind, giltig wären, sind uns Julian und die griechische Sammlung nicht mehr Rechtsquelle. Letztere ist im Abendlande vor Irnerius nie recht [61]), bei den Glossatoren selbst aber gar nicht in Gebrauch gekommen; seit ihrer Wiederaufnahme durch die Humanisten [62]) hat es ihr zwar an Fürsprechern, welche schlechthin sie als die maßgebende bezeichnen, nicht gefehlt [63]); allein durchgedrungen sind dieselben entfernt nicht, in der Theorie so wenig als in der Praxis [64]).

57) Biener S. 275. 279 S. 546 fg.
58) Biener S. 273. G. E. Heimbach p. DXXXI. Alin. 1.
59) Biener S. 280 fg. S. 293 fg. S. 308.
60) ders. S. 313.
61) ebendas. S. 232 unten, S. 229.
62) S. bes. 2 Briefe des Ant. Augustinus an Mendoza bei Biener S. 552 Anh. 2 S. 564 u. in Antonii Augustini epistolae ed. Joann. Andresius, Parma 1804.
63) G. E. Heimbach l. l. p. DCXCVII. sqq.
64) S. überhaupt G. E. Heimbach, l. l. caput VII: de Authentici vi ac potestate per curias Germaniae.

Julian war nahe daran, anstatt des liber Auth. das die Glossatoren beherrschende Novellenbuch zu werden. Merkwürdigerweise heißt er bei den Glossatoren Novella. Als Novellae, liber Novellarum [65]) war er bis auf Irnerius im Gebrauch des Abendlandes, der liber Auth. fast gar nicht [66]), und in jener Vorzeit er mitunter für Justinians eigenes Werk gehalten [67]), so daß, als der lib. Auth. in Irnerius Hände kam, leichtbegreiflich zwischen ihm und Julian Zweifel und Wahl entstand, und der Name für das neue Novellenbuch als Authenticum nun wohl im spezielleren Gegensatze zu Julian [68]) — daß jenes, nicht dieses das Echte sei — zu denken sein mag. Wäre der apparatus, der sich zu Julian noch unter den Glossatoren vorfand, unter diesen selbst entstanden, so müßten wir ihn in einiger Auctorität neben dem liber Auth. noch unter den Glossatoren denken; allein warscheinlicher ist dies ein vorirnerischer Apparatus, und Julian von den Glossatoren nicht als Gegenstand, sondern nur als ein Mittel der Glossirung und in den Glossen benützt; bereits im vierzehnten Jahrhundert geräth er in Vergessenheit [69]). Was also die Sammlung d. i. die Frage anlangt, was von den Novellen alles recipirt sei, was nicht, so ist uns einzig und allein das Authenticum maßgebend.

b) Ganz anders hingegen fallen auch Julian und die griechische Sammlung in's Gewicht, wenn wir den Text der nach Maßgabe des Authenticum recipirten Novellen in's Auge fassen.

Aus Gründen, die nachher (§. 4) allgemein zur Sprache kommen werden, ist das Authenticum für den Text der Novellen so wenig entscheidend, als sonst eine Lesung der Glossatoren auf dem Gebiete des Corpus Juris. Um dasselbe so, wie es an sich war, wiedererscheinen zu lassen (ein Bestreben, dem schon Osenbrüggen in der Kriegel'schen Ausgabe nachgegangen war), mochte sich Heimbach jene Urhandschrift, welche als das Original aller auf uns gekommenen Authentikenhandschriften gedacht ist [70]), zum Ziel

65) Savigny, Gesch. I. S. 110. II. S. 225e. Biener S. 230.
66) Anm. 60.
67) Biener, diss. de authenticis p. 12, 13. Savigny a. a. O. I. S. 110. II. S. 266. 267.
68) Savigny in der Anm. 48 a. a. Orte.
69) Biener S. 303.
70) Biener S. 265. Heimb. p. CCCXXXIX.

setzen [71]) (wiewohl wir auch in dieser Beziehung den Abdruck einer noch vorhandenen Abschrift vorgezogen hätten); um dagegen das was uns im Authentikum bindet, so wie es war zu erforschen, Justinians Wort nämlich, dient die griechische Sammlung in Betreff aller der Novellen, welche bloß griechisch erlassen, also in ihr Original, im Authentikum Uebersetzung sind, mindestens ebenso gut, als die besten der Authentiken-Handschriften [72]) — man würde sagen besser, wenn nicht sichere Spuren dafür da wären, daß das griechische Original der versio vulgata ein anderes war, als das der zwei einzigen uns überlieferten Handschriften der griechischen Sammlung [73]). In der That steht denn auch Heimbach nicht an, sein Authentikum überall da, wo es ihm fehlerhaft zu sein scheint, nach „Justinians wahrem Gedanken" und aus allen übrigen zugänglichen Behelfen zu verbessern [74]). Die Verschiedenheit der Ansichten über das Verhältniß der griechischen Sammlung zum Authentikum [75]) rührt großentheils aus der Vermengung des Textes mit der Sammlung.

2. Höhere Kritik.

§. 4.

Ziel.

Was die Kritik innerhalb der eben aufgeführten Handschriften und des unter den Glossatoren fixirten Quellenumfanges (§. 1. Anm. 20. 21. §. 3. Anm. 60—74) anbelangt, so besteht

1) ihr Ziel in Herstellung des ursprünglichen, also des Justinianischen Wortes, Textes. Denn gilt uns das Corpus Juris gleich nicht mehr kraft Justinianischer Autorität, so gilt es doch immer noch als dieses Kaisers Vorschrift; das was recipirt wurde dauert unverändert fort, auch nachdem das warum der Reception hinweggefallen ist. Das was recipirt wurde ist aber Justinians Satzung [1]); hienach kann es aber:

---

71) Heimb. DCLXXVI. oben, DCLXXX. in med.
72) Vgl. Savigny, Syst. Bd. 1. §. 17.
73) Biener S. 257 fg.
74) l. l. citt. p. DCCIII.
75) S. darüber Osenbrüggen, Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. Bd. 17 Nr. 11. Puchta, Pand. §. 4 not. 6. Windscheid, Pand. §. 3. Anm. 6.
1) S. oben §. 1 Anm. 15. §. 2 Anm. 10.

a) auf unserem Gebiete keine bezüglich des Textes bindende Vulgata geben. Nur in Ansehung des Quellenumfanges, nicht in der des Textes sind die Glossatoren maßgebend. Was überall Justinians Wort sei, ist nicht mehr und nicht weniger als die Frage, was von Cicero herrühre, Gegenstand gelehrter (diplomatisch-juristischer) Untersuchung, nicht auctoritativer es sei nun kaiserlicher [2]) oder gewohnheitsrechtlicher Entscheidung. So weit die Auctorität des Vulgattextes auf Gewohnheit gestützt werden wollte, ist sie mithin keine; wenn aber auf innere Wahrheit, so muß diese, falls die Glossatoren nicht infallibel sind [3]), die Probe bestehen. Die Glossatoren selbst haben denn ihre Lesung stets als verbesserungsbedürftig betrachtet [4]), und im allgemeinen hält man auch heute die lectio vulgata für nicht bindend [5]); des Irrthums, als ob für die Novellen etwas anderes gelte, ist schon oben (§. 3. S. 19. b.) gedacht worden.

b) Aus demselben Ziele der Kritik erwächst, wie die Freiheit der Forschung, auch eine gewisse Bindung — an Justinians Wort entgegen den Aussprüchen des jus antejustinianeum. Wir dürfen aus letzterem nicht verbessern wollen, so lange sich denken läßt, daß der im Corpus Juris überlieferte Text, so wie er liegt, auf Justinianischer Lesung, Schreibung, Interpolirung, Compilirung beruhe [6]). Dies gilt zweifellos von den bewußten Abweichungen; ob auch von den irrthümlichen z. B. auf falscher Lesung und Lösung von Buchstaben und Siglen beruhenden Abweichungen,

---

2) Vgl. Haloander in der Vorrede zu seiner ersten Coderausgabe (Norimb. 1530) gegen diejenigen, die da fürchten, ne non impune sit, non praeeunte jussu Caesaris, ad quem potissimum cura legum pertinet, horum librorum castigationem attentari.

3) wie jene andere von Haloander bekämpfte Partei meinte: nihil unquam in jure civili depravate esse scriptum aut mendose legi. —

4) »Quid vero de Accursio dicam? quo labore et quanta diligentia scripturae varietatem significet? Ant. Augustinus, emend. lib. II. ad Mich. Maium.

5) Savigny, Syst. I. § 38 S. 244: „eine fertige Vulgata hat nie bestanden und eine Reception derselben war also unmöglich." G. E. Heimbach, Auth. I. p. DCCII „cum recensio Bononiensis apud nos legis vicem manifesto non obtineat."

6) Th. Mommsen, praefatio zur Digestenausgabe p. 78 — quamquam saepissime liquet de corruptela, saepe etiam emendatio suppetit vel certa vel probabilis, tamen plerumque incertum est, menda utrum recentior sit Justiniano, an in ipso digestorum archetypo fuerit, propterea ab eorum editore non tollenda. —

läßt sich fragen. Bei Mommsen findet sich hierüber eine der vorigen scheinbar widersprechende Stelle [7]); allein näher besehen steht dort die Constituirung des Textes durch den Herausgeber in Frage; dieser thut alles, wenn er den ursprünglichen Text gibt — in welchen auch dessen Fehler gehören; hier dagegen handelt es sich um eine Kritik, welche der Rechtsanwendung zusteht und obliegt. Läßt sich diese von Verirrungen des Gedankens und der Satzung selbst nicht binden [8]), so kann dies um so weniger da der Fall sein, wo der Gedanke des Gesetzgebers durch Versehen blos in der Aussprechung, hier Lesung oder Schreibung, zum unrichtigen geworden ist. Uncorrigirte Fehler des Abschreibers binden uns nicht; allein auch falsche Lesungen und Lösungen von Buchstaben und Siglen durch die Compilatoren selbst binden uns nicht; denn soweit nur abgeschrieben, nicht interpolirt werden wollte und sollte, müssen wir die zur Lesung und Abschreibung bestimmt gewesenen Texte des Jus und der Constitutionen als den Gedanken und Willen des Gesetzgebers, die falschen Lesungen und Lösungen aber den Versehen der Abschreiber gleich erachten.

§. 5.

Grundsätze.

2. Die Grundsätze, nach welchen obiges Ziel anzustreben ist, sind hier wie auf dem Gebiete der Textes kritik überhaupt theils diplomatische, theils innerlich sachliche.

a) Insoferne die Handschriften und Drucke als Urkunden in Betracht kommen, ist die Kritik an diplomatische Grundsätze gebunden. Insoferne wir es aber, in Ermanglung von authentischen oder auch nur angeblich authentischen Exemplaren (§. 3 ab init.), nicht mit Urkunden im engeren Sinne, d. i. mit Schriftstücken zu thun haben, welche neben dem Texte zugleich ein Echtheits- oder Ursprungszeugniß für diesen Text enthalten, schlägt die Diplomatik

7) ibid: — conditorum cum incuria maxime in literis singularibus explicandis tum interpolatio, licita quidem iis et saepe necessaria sed nobis molesta, fecit ut recensio quam ii proposuerunt a primaria auctorum scriptura tantopere recedat, ut qui haec olim scripserunt, si legerent hodie in digestis accepta sibi relata, credibile sit saepe fore, ut ipsi se non agnoscerent. Priores generis errores ut deprehendat et emendet, jure poscitur ab eo qui digesta recognoscit, contra in alterius generis interpolationibus etc.

8) z. B. l. 12. D. excusat. 27, 1.

hier nur im weiteren Sinn ein[1]). Und auch so wird sie nur in einer gewissen komparativen (secundären) Funktion zur Anwendung kommen. Denn da die Echtheit unserer Quellen im allgemeinen außer Frage steht (§. 3 ab init.), so tritt unseren Handschriften gegenüber das primäre Problem aller diplomatischen Kritik: ob das Schriftstück überhaupt echt sei? gar nicht auf, und bleiben darum die hier einschlagenden Grundsätze (wie sie z. B. in der Lachmann'schen Recension des neuen Testamentes, Berol. 1842 praef. verfolgt werden) außer Betracht; das secundäre Problem dagegen: zu unterscheiden, welches von mehreren Exemplaren das glaubwürdigere sei? tritt an unsere Kritik allenthalben heran; denn in allen Theilen der Quellen begegnet ihr eine große Zahl von Handschriften und Drucken. Also Grundsätze für das comparativ-diplomatische Verfahren sind uns allerdings vonnöthen. Sie dürften aber wesentlich in folgenden zwei Sätzen bestehen: einmal in dem, daß die ältere Handschrift glaubwürdiger ist als die von ihr abstammende jüngere; denn was in der Abschrift authentisch ist, kann nur aus dem Original herrühren; dann in dem, daß ein jüngerer Text (Schrift oder Druck) echter sein kann als ein älterer, insofern er mit diesem nur in der Seitenlinie verwandt, und in seiner Linie der Urtext treuer bewahrt ist, als in der anderen. Wie diese zwei Kriterien des Alters und der Abstammung auf dem Gebiete unseres Corpus Juris zur Geltung gekommen, hat sich zum Theil schon oben (§. 3) ergeben und wird unten (§. 7) noch des weiteren vorkommen.

b) Der aus dem Inneren des Textes, seiner Sprache und seines Inhaltes sich ergebenden Grundsätze der Kritik sind so viele, als es Sätze der Grammatik, Logik und des Rechtes gibt. Ihnen kann der Buchstabe des Textes hier und dort mehr oder minder gerecht, halb oder ganz entgegen sein, so daß sich aus ihnen zunächst Stützpunkte für die Auswahl zwischen verschiedenen Texten ergeben. Durch sie kann aber — da die Rechtsanwendung nicht sistirt und der Richter nicht dem Conflikte mit der Vernunft oder dem Rechte selbst überlassen werden darf — auch Ersatz durch Wörter und Redeweisen geboten sein, die keinerlei handschriftliche, überhaupt traditionelle Grundlagen mehr für sich haben

1) Vgl. Wattenbach, das Schriftenwesen im Mittelalter 1871. S. 2, S. 11.

(emendatio - conjectura - interpolatio). Diese Conjecturalkritik erheischt freilich um so größere Vorsicht, je einiger sich auf dem anstößigen Punkte die Ueberlieferung zeigt und je weniger sich aus Art und Folge der Schrift eine falsche Lesung oder ein Schreibversehen erweisen läßt [2]). Leicht wird ein versteckter Gedanke begraben, wo man in der Consequenz Rechtens bleiben zu müssen meint [3]). Auch bei der bloßen Auswahl muß gegen das eigene Befinden das diplomatische Gewicht in die Wagschale gelegt werden. Mag es nichts geben, was der Corruption mehr ausgesetzt ist, als Texte [4]), so scheint die Ueberlieferung doch überwiegend unverdorben geblieben zu sein; woher sonst die ratio juris, mit der man jener die Stirne bietet?

§. 6.

Hilfsmittel.

3. Hilfsmittel der Kritik sind vornehmlich die Hilfsquellen [1]), wenn man unter diesen diejenigen Hilfsmittel versteht, welche selbst Rechtsquellen sind, zwar nicht die Quellen unseres, des geltenden Rechtes selbst, aber mit diesen verwandt und zusammenhängend, entweder als Vor- und Entwicklungsstufen derselben — jus antejustinianeum —, oder als Abwicklung, Umbildung desselben auf anderem als unserem Gebiete — jus graeco-romanum, justinianisches Recht in den kirchenrechtlichen Sammlungen.

Das jus antejustinianeum ist als das nicht nur antesondern auch extrajustinianische d. h. außer dem Corpus Juris vorfindliche römische Privatrecht, bald bloß in Richtung auf die Jurisprudenz, bald in der auf Jurisprudenz und Gesetze, seit dem 16. Jahrhundert Gegenstand von eigenen Sammlungen, und zwar

---

2) Vgl. Madvig, adversaria critica ad scriptores graecos et lat. Hauniae 1871, beſ. lib. I. c. 1. p. 8.

3) Z. B. durch das Cujaci'sche non in l. 4 §. 1. D. peric. rei vend. 18. 6; vielleicht durch das Windscheid'sche cessat in l. 7 §. 1. D. de in rem verso 15, 3.

4) Cujacius, obs. lib. 1. cap. 1. erga fin. — abest negatio quidem a Flor. libro, cujus quanta sit apud me auctoritas, non ignoras; sed plus ipse rationi juris tribuo, quam ulli scripturae, qua quidem nulla res est, quae facilius depravari possit.

1) §. 2 init.

nach einander von Joh. Sichardus [2]), Jac. Cujacius [3]), S. van Leeuwen [4]), Ant. Schulting [5]), Gust. Hugo [6]), von Bonner Gelehrten (s. g. corpus j. Bonnense) [7]), und endlich von Ph. E. Huschke [8]). Insonderheit die vorjustinianischen und außer-

2) Cod. Theodosiani libri 16, quibus ipsorum principum auctoritate sunt adjectae Novellae Theodosii, Valent., Mart., Majorani, Gaji Inst. lib. II., J. Paulli R. S. lib. V., Greg. Cod. lib. V. Hermog. lib. I., Papiniani Tit. I. His adjecimus . . . . eo quod ad jus civile pertinerent . . . L. Volusii Maeciani libr. de Asse, J. Frontini librum de controv. limitum cum Aggeni Urbici Commentariis — Basil. 1528.

3) Im Anschluß an dessen Cod. Theodosianus der Cod. Greg. und Hermog., der liber Gaji, Pauli rec. sent., tit. ex corp. Ulpiani, Volusii Maec. de partibus assis liber, Papiniani lib. resp., Notae juris a Magnone coll. fol. Lugd. 1566. Paris 1586. Genevae 1586 und ein Nachdruck Lugd. 1592. Cujacius selbst nennt das Ganze eine συναγωγὴ veterum juris conditorum (epistola ad Redingerum am Eingang der ersten Ausgabe).

4) De origine et progressu juris civ. Rom. Authores et Fragmenta Vett. juriscc., cum notis Arn. Vinnii et variorum Lugd. Bat. 1672. 8. zunächst l. 2. D. or. jur. mit Commentar und und den Abhandlungen von Feneſtella u. Pomp. Laetus de magistratibus; dann die 12 Tafel-Fragm., Edictum perpetuum S. Juliani, Ulpiani fragm., Pauli rec. sent., Gajus, Collatio legum mosaic. et rom. —

5) Jurisprudentia antejustinianea, ex recensione et cum notis A. Sch. Lugd. Bat. 1717. Lips. 1737 (ed. Ayres): Gajus. — Paul. R. S — Ulp. ff. — Cod. Greg. und Hermog. — Collatio. — Fragm. Modest. — Fragm. ex vetere J. C. — Consultatio. — Papiniani liber resp. — Dositheus. —

6) Jus civile Antejustinianeum, codicum et optimarum editionum ope a Societate JCC. curatum. Praefatus est et indicem editionum adjecit G. Hugo 8. 2 tomi; Ulpiani fgg. — Pauli sent. rec. — noch einmal der alte Gajus, die Fragmente Papinians und Modeſtins, fragm. vet. jurisc. de juris speciebus et manum. graece et latine — Cod. Greg. et Hermog. fgg., aus dem Brevier und anderwärts — Cod. Theodosianus nebst poſttheod. Novellen, — Collatio legum Mos. et rom. — consultatio vet. cujusd. jc. — lex Rom. Burg, vulgo Papiani liber resp. — Fragmenta jc. et constitutiones impp. e fin. regund. auctt. collecta. Berol. 1815.

7) Corpus juris antej. Bonnae 1831—1841. (Böcking, Bethmann-Hollweg, Puggé) der echte Gajus (Lachmann) — Pauli R. S. (Arndts) — Ulpiani ff. (Böcking) — ff. vet. jc. de jure fisci, Sexti Pomp., Herenn. Modest., stemma agnationis (Böcking), V. Maeciani assis distr. et Balbi Mensoris de asse libellus (Böcking) — Dosith. (Böcking) — ff. Vaticana (B. Hollweg) — Collatio (Blume) — Consultatio (Puggé) — und nebenher die Codices Greg. Hermog. Theodosianus (von G. Hänel), Bonn 1837.

8) Jurisprudentiae antejustinianeae quae supersunt, in usum maxime acad. comp. rec., adnotavit, ed. alt. Lips. 1867: außer den im Bonn. C. J. enthaltenen Schriften und vor diesen noch Fragmente von 35 Juriſten, von Tib. Coruncanius bis auf Pomponius und Gajus, sowie nach jenen Fragmente von byzantiniſchen, vorjuſtinianiſchen Juriſten.

halb der Codices constitutionum (Greg. Herm. Theod. Just.) befindlichen Kaisergesetze sind von G. Hänel zusammengestellt [9]; legum, quae ad jus civile spectant, fragmenta von G. Demelius [10], derartige leges und Senatusconsulta in der weiter greifenden Sammlung von C. G. Bruns [11]. Aeltere auf leges. SCC. und Edikte gerichtete Sammlungen sowohl wie Detailausgaben aus dem jus antej. s. u. a. in Rudorffs „Ueberresten des jus vetus und novum" [12] und von ihm selbst namentlich »Edicti perpetui quae reliqua sunt« [13].

Jus graeco-romanum. Für die Kritik des Corpus Juris kann nichts dienlicher sein, als was an griechischen Uebersetzungen seiner verschiedenen Bestandtheile aus der justinianischen und nächstjustinianischen Zeit auf uns gekommen ist [14]. Obenan stehen hier die buchstäblichen Uebersetzungen (*κατὰ πόδας ἑρμ.*) [15], von denen wir freilich keine ganz und in selbstständigen Handschriften, sondern die wir sämmtlich nur in den alten Scholien zu den Basiliken, zum Theil in deren immerhin interpolirtem Texte [16] und in anderen weltlichen und kirchlichen Zusammenstellungen und Auszügen des byzantinischen Rechtes, namentlich in den üblichen appendices seiner Handbücher [17], besitzen oder zu suchen haben. Ein gleiches gilt, mit Ausnahme der Institutionenparaphrase des Theophilus, von den freien Uebersetzungen und Commentaren (*ἑρμ. εἰς πλάτος, τὸ πλάτος*), ein gleiches mit Ausnahme der Novellenauszüge des

9) Corpus legum ab impp. romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt. Lips. 1857.

10) — in usum praelectionum coll, disp., annot. instr. Vimariae 1857.

11) Fontes juris romani antiqui, ed. alt. Tubingae 1871.

12) R. Rechtsgeschichte Bd. 1 §§. 81—92 nebst §§. 93—107.

13) De jurisdictione edictum — Ad. Fr. Rudorff. Lips. 1869.

14) Vgl. den Casus, der zur histoire du droit byzantin par J. B. Mortreuil, Avocat à Marseille, Paris a. 1843, den Anstoß gegeben hat — daselbst p. V. sq.

15) Wie sie im Anschluß an den index (*ἔνδειξ*) des Dorotheus zu den Digesten, und des Thalelaeus zu den lateinischen Constitutionen des Codex vorkommen — G. E. Heimbach, Basilik. tom. VI. p. 36 p. 47 col. 1, p. 72. 75. 81.

16) Vgl. G. E. Heimbach a. a. O. S. 55 column. 1.

17) Zachariä v. L. hist. juris graeco-rom. §. 15. Nr. 3 z. B. dessen anecdot. S. 201. §. 6. Abs. 1. S. 176. §. 1. 1. G. E. Heimbach, Basil. t. VI. p. 78. §. 5.

Athanasius [18]) und Theodorus [19]) von den abgekürzten Uebertragungen (*ἐπιτομαί, ἐν συντόμῳ*). Die Beschreibung aller dieser Uebersetzungen und Ueberarbeitungen des Corpus Juris liegt nach Bieners Umrissen und Zachariaes Detailarbeiten jetzt in G. E. Heimbachs Prolegomenen zu seiner Basilikenausgabe (tom. VI. lib. I. cap. 4 — 7) allumfassend und erschöpfend vor. Der Basilikentext, selbst nur eine Compilation aus jenen, steht, insoferne er von Interpolation nicht frei ist, seinen alten Scholien und den übrigen nichtinterpolirten Ueberlieferungen unserer Uebersetzungen an Werth für die Kritik nach.

Die kirchenrechtlichen Sammlungen folgen den beiden Strömen der Kirchenrechtsquellen: den die Kirche betreffenden Satzungen der weltlichen Gewalt (*νόμοι*, leges, constitutiones eccl.), und den die Kirche — zum Theil auch die Welt — betreffenden Satzungen der Kirchengewalt (canones). Von beiden kommen hier nur die der ersteren Art und auch von ihnen nur solche in Betracht, welche Bestandtheile des Corpus Juris in sich aufgenommen haben. Sammlungen dieser letzteren Art sind seitens der Kirche sowohl im Orient, als im Occident veranstaltet worden; die auf uns gekommenen orientalisch-griechischen gehen beträchtlich weiter zurück als die abendländisch-lateinischen, können aber unmittelbare Ueberlieferung justinianischer Texte nur insoweit enthalten als diese selbst griechisch sind. Die 3 ältesten dieser Sammlungen, von Biener [20]) collectio 87 capitulorum, coll. 25 capitulorum und coll. constitutionum ecclesiasticarum genannt, fallen nacheinander in die Zeit von Justinians Tod bis in die des Kaisers Heraklius (610—614); die erste enthält Novellen, aber nur Excerpte; die zweite 21 griechische, in den Glossatorenhandschriften fehlende Constitutionen aus Cod. lib. 1 – 4 mit Inscriptionen und Subscriptionen nebst den Novellen 137. 133. 120 und von 123 Kap. 13. 14; die dritte 1) Cod. I, 1—13 im Auszuge nebst Paratitlen aus Codex

18) Athanasii Scholastici Emesani epitome post codicem Novellarum constitt. in titulos redacta in G. E. Heimbach's Anecdotis tom. I. pp. 1—184, cf. desselben Basiliken Bd. VI. S. 88.

19) Breviarium Nov. Theodori Scholastici Hermopolitani in den Anecdotis von Zachariä v. L. 1843 aus einer von ihm auf dem Berge Athos gefundenen Handschrift — eine frühere Fragmentensammlung zu demselben Auszug in G. E. Heimbach's Anecd. tom. I. S. 224 — S. 252.

20) Gesch. d. Novellen Justinians SS. 165—194.

und Novellen, und const. 3. 5. 6. 7 des 1ten Titels ganz; 2) eine Reihe von das jus sacrum betreffenden Pandekten- und Institutionenstellen; 3) Excerpte aus 34 Novellen. Das sind die drei griechischen Sammlungen, welche wiewohl von der Kirche ausgehend, doch nur weltliche Kirchenrechtsgesetze enthalten. Spätere kirchenrechtliche Sammlungen enthalten auch *νόμους*, allein nur in Verbindung mit Canonen und in Unterordnung unter diese [21]); solche Mischsammlungen bekommen dann den Namen Nomocanones. So rührte von dem Verfasser der ersten jener drei Sammlungen (Joannes Antiochenus, Scholasticus) auch eine Canonensammlung her; beide zusammen bilden die Grundlage einer etwas späteren Sammlung, für welche denn auch bereits der Name Nomocanon vorkommt, und die den beiden Ursammlungen nur einiges aus Pandekten und Codex beifügt; die Canones sind hiebei über-, die *νόμοι* untergeordnet. Eine ähnliche Verbindung geht das weltliche Recht mit dem kirchlichen noch einmal in dem Syntagma des Photius (883) ein, das in der einen Hälfte eine reine Canonensammlung, in der anderen zu jedem einzelnen Canon aus dieser Sammlung die *συνάδοντα νόμιμα* enthält (Nomocanon des Photius). Letzterer liegt die collectio constitutionum ecclesiasticarum zu Grunde; „aber Photius hat neben dieser Sammlung auch die justinianischen Rechtsbücher (und zwar Pandekten, Codex und Novellen) im Original benützt, und liefert in dieser Hinsicht auch eigenes und neues für unsere kritischen Zwecke."

Von den abendländisch-lateinischen Sammlungen gleichen die von Maaßen entdeckte noch ungedruckte lex Romana canonice compta [22]) und die Bobienser-Excerpte (beide aus dem 9. Jahrhundert) jener griechischen Trias darin, daß sie nur weltliche Kirchengesetze enthalten: die lex Romana c. c. 22 Stellen aus allen Büchern der Institutionen, 124 aus allen Büchern des

21) Vgl. Math. Blastares in der Praef. zu seinem syntagma canonum legumque Alphab. *ἐπειδὴ καὶ τούτων (νομίμων) ἐνίους τοῖς τῶν ἱερῶν κεφαλαίοις κανόνων, ὡς ἂν τινας ἐπικούρους, δεῖν ὠήθημεν προσαρμόσαι.*

22) Sitzungsberichte der k. k. Akademie der Wissenschaften in Wien, phil.-hist. Classe 35. Bd. 2tes Heft, Jahrgang 1860 — Juli, und Maaßens Gesch. der Quellen u. Lit. des canon. Rechts im Abendlande. Gratz 1871. S. 888—900. Eine Abschrift der Handschr. (Paris) ist von Degenkolb gemacht. (Krüger, Kritik des just. Cod. S. 34, Anm. 2).

Codex J. mit Ausnahme des 1ten und der tres libri (mit Inscrp., Subscrp. und Numerirung auch der Stellen), 138 aus der epitome Juliani, dazu die lat. Novelle 143, const. Justiniani de adscripticiis, pragm. sanctio, Scholien zu Julian, und ein cap. Lotharii a. 825 c. 10; — die Bob. Excc. 86 Capitel aus Cod. J. 1 und 3 und Julian. Während aber jene 3 griechischen Sammlungen für sich sind, steht die lex Romana c. c. in der Handschrift mitten unter Sammlungen kirchlicher Quellen, mit welchen zusammen sie scheinbar ein Ganzes bildete [23]). Aus dem Ende desselben Jahrhunderts rührt die längst bekannte bis zur inneren Einverleibung des justinianischen Rechtes in das canonische Recht in der Kirche vielgebrauchte collectio canonum Anselmo dedicata [24]), welche wieder eine große Zahl von Stellen des just. Rechtes, aber nahezu 100 Stellen weniger als die lex. Rom. c. c. enthält. Allein nicht nur sind diese Stellen so wie in den Nomocanones den systematisch geordneten Canonen untergeordnet, sondern, was für uns wichtiger ist, nach allem Ermessen lediglich aus der lex Rom. c. c. entnommen [25]); nur der Umstand, daß die Handschriften der collectio Ans. ded. älter sind, als die eine der lex Rom. c. c. — bewirkt, daß jene nicht entbehrlich geworden ist [26]). Aus den späteren (bei Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter §§. 100 — 110 aufgeführten) Sammlungen, welche, soweit sie just. Recht enthalten, überall nomocanonisch sind, treten hervor: die ungedruckte des Anselm von Lucca († 1086 — mit Stellen aus Justitt. Cod., Julian und ganzen Novellen); eine ungedruckte Sammlung in 15 Büchern aus dem Ende des 11. Jahrhunderts — collectio Caesaraugustana — mit Stellen auch aus den Pandekten (vetus und eine aus dem novum); eine ungedruckte aus derselben Zeit mit besonders zahlreichen Stellen aus Just., Cod., Julian, namentlich auch aus Dig. vetus, aber wieder nur einer aus dem Novum (l. 15 §. 1. D. usurp. 41. 3) und keiner aus Infort.; die Pannormia und das Decretum von Ivo († 1125), von denen namentlich letzteres wieder viele Stellen aus denselben Quel-

23) Maaßen, Sitzungsbericht S. 96, S. 104.
24) Savigny, Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. 2 §. 100 B.
25) Maaßen a. a. O. S. 102.
26) Krüger, Kritik d. just. Coder. Berlin 1867.

len, auch aus Dig. vet., und aus Novum dieselbe l. 15 §. 1 cit. enthält. In den abendländischen Sammlungen treffen wir also Novellen, Constitutionen und Institutionen, kurz Kaiserrecht allenthalben, die Pandekten erst ganz zuletzt, gleichzeitig mit ihrer Aufnahme in Bologna.

III. Literatur.

1. Bearbeitung

(der Quellen).

a) Kritische.

§. 7.

Als Bearbeitung der Quellen im Gegensatze zur Verarbeitung bezeichnen wir diejenige Arbeit, welche im Dienste des Wortes bleibt; also a) die Kritik, als Herstellung — b) die Exegese, als Erklärung des Quellenwortes. Hier bloß gegenüber dem Corpus Juris Just. und bloß nach ihrem Verlaufe im Abendlande betrachtet, ist

a) die kritische Arbeit nachweislich so alt, als das Studium der Quellen in Bologna. Die „ernstliche Beschäftigung" gleich der älteren Glossatoren mit der Kritik des Textes [1]) ist uns durch Savigny [2]) in einer Sammlung von Variantenangaben der Glossatoren, darunter schon des Irnerius, vor Augen gebracht. Man darf wohl nicht zweifeln, daß sie dabei das richtige Ziel der Kritik vor Augen hatten, d. h. ihres „Herren Justinian" ureigenes Wort herzustellen trachteten [3]), aber auch nicht glauben, daß sie dazu alle die Mittel, welche damals noch erreichbar waren, aufgeboten, und eine bewußte diplomatische Kunst in Anwendung gebracht haben. Wenigstens macht sich, von Omissionen abgesehen, frühe die Conjectur breit [4]).

Von welcher Art die kritische Thätigkeit der Glossatoren aber immer gewesen sein mag, so denkt man sich eine eigene Lesart als das Produkt (Recension) derselben. Sprechen doch die Bolog-

1) Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. 2. Aufl. Bd. 3 §. 170, §. 179.
2) a. a. O. Anhang VIII.
3) Glosse des Irnerius zu l. 5 §. 1. D. quod vi 43, 24 bei Savigny a. a. O. Anhang VIII. Nr. 295. Istud „non" est additum a domino Justiniano.
4) „— ponas in principio affirmativis verbis, in fine negativis, et ita omnia sunt in pace" — glossa Nr. 174 a. a. O.; u. vgl. dazu Savigny a. a. O. §. 171 not. e. Mommsen in Bekkers und Muthers Jahrb. Bd. 5. S. 415. IV. Krüger, Kritik d. just. Cod. S. 1.

neser Doctoren selbst von einer litera Bononiensis [5]) und litera communis [6]) und die Späteren [7]) von einer Vulgata, welche sie mit der litera Bononsiensis und communis identificiren [8]) und als „Bologneſische Recenſion" bezeichnen [9]). Indessen erregt gerade diese Annahme — die Anahme einer eigenen, gemeinschaftlichen Recenſion — Bedenken. Eine gemeinschaftliche Recenſion, wie sie namentlich Savigny R. R. im M. A. Bd. III. §. 168 so beredt darstellt, müßte den Text bis in's Einzelne und Letzte vereinbart haben, so daß die litera communis in Gestalt eines Musterexemplars vorgelegen und als Corporationsgut etwa in der Zunftlade der Bononienſer Schule aufbewahrt worden wäre; statt dessen findet sich innerhalb der Glossatorenhandschriften eine große Zahl von Varianten, innerhalb der Glossatoren eine fortschreitende kritische Bewegung, z. B. innerhalb der Pandekten zum Codex Florentinus, innerhalb der Constitutionen von den epitomati zur Vervollständigung [10]), nirgends ein Abschluß, „eine fertige Vulgata" hat nie bestanden; kurz die Kritik oder das Recenſiren scheint vielmehr dasjenige gewesen zu sein, was die Glossatorenhandschriften variirte, während dem Gemeinsamen derselben keine gemeinsame Thätigkeit, sondern (was überhaupt die Quelle der Verwandtschaft ist) gemeinsame Abstammung zu Grunde lag. Von einer litera vetus oder antiqua ist bei den Glossatoren auf dem Gebiete der Pandekten wenigstens denn auch im bewußten

5) Savigny a. a. O. §. 174 not. f.

6) Savigny a. a. O. §. 170 not. c.

7) U. W. zuerst die Humanisten, im Gegensatz zu den Flor. Digesten: Politian epist. lib. X. Nr. 4 „quaeque vellem excerpere et cum vulgatis libris componere" — dann Alciatus de verb. obl. l. 45. §. 1 Dig. 45, 1. Haloander, praef. zum Cod. Just. — titulum de gradibus et aff. in vulgatis Digg. libris mendosissime de gradibus affinitatis inscribi — Ant. August. ad Modest. lib. sing. ab init.

8) Z. B. A. G. Cramer, de verb. sign. tit. Pand. et Cod. Kiel 1811 p. 35. — quae enim majori jure vulgata dici potest lectio quaeque verius, ut olim solebat, vocari communis, quam illa in quam concentu facto plerique libri mss. et ex his expressae editiones tanquam de pacto conveniunt. Ueber andere Deutungen von Vulgata s. Spangenberg, Einl. ins C. J. S. 426. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie d. R. Bd. I. Nr. 14.

9) Cramer l. l. p. XIII. Savigny, Syst. I. S. 245: „die Vulgata oder Bologneſische Recenſion" und Gesch. d. R. im M. A. Bd. III. §. 168. Mommsen, praef. 3. B. p. 64. Heimbach, auth. I. p. 702.

10) Mommsen praef. p. LXIV. u. oben S. 14 fg.

Gegensatz zu der litera Pisana die Rede [11]); etwelche von letzterer verschiedene Handschriften haben den Glossatoren-Pandekten-Handschriften allen aus zwingenden Gründen gemeinsam zu Grunde gelegen [12]). Schon die Eigenthümlichkeit der Eintheilung war etwas, das diese unwillkürlich von jeder Handschrift anderer Abstammung unterschied. So schwindet das Auffällige, wenn Savigny die litera communis mit der litera vetus oder antiqua (a. a. O.) identificirt; nur daß Savigny beides für eins hält, während wir unter der litera vetus eine bestimmte (vorirnerische) Handschrift, unter litera communis eine vielleicht aus dieser Handschrift abstammende, jedenfalls durch gemeinsame Abstammung (nicht erst durch Kritik) gleichartige, und in den beliebig vielen, im gemeinen Gebrauch befindlichen Handschriften verbreitete Lesart verstehen. So wenig als die κοινή oder Vulgata des Homer [13]) ist unsere Vulgata eine Recension; Recension, ein Produkt aus dem Rohstoff der Ueberlieferung und aus Arbeit (Kritik) war der Aristarchische Text, war vielleicht die litera Pisana, vielleicht die litera vetus, vielleicht dieses und jenes Glossatorenexemplar (liber Martini, Rogerii, Joannis Azonis) [14]), nicht aber das commune der Glossatorenhandschriften.

Ein Fortschritt in unserer Texteskritik datirt aus der allgemeinen Verjüngung der Studien oder Wende des Mittelalters. Noch im 15. Jahrhundert erwacht auch auf unserem Gebiete die Begierde nach neuen und wo möglich reineren Quellen; nach Ausnützung der nun nach Florenz gekommenen litera Pisana, nach älteren vollständigeren Handschriften zur Verbesserung und Ergänzung des Codex, nach Verbesserung und Ergänzung aller volumina aus den bisher gänzlich außer Betracht gelassenen griechischen und lateinischen Hilfsquellen [15]). Mediceer, Fugger und Pirkheimer, geistliche und weltliche Fürsten und Corporationen, die Einwanderung von Griechen und griechischen Manuscripten kommen diesem Verlangen entgegen. Florenz wird zur Wallfahrt der Digestenkritiker; Politianus selbst und zuerst veranstaltet eine

11) Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. A. §. 170.
12) Mommsen, praef. p. LXIV. u. oben S. 13 fg.
13) J. Laroche, homer'sche Texteskritik im Alterthum, Leipzig 1866 S. 86, 87 — auf welche mich Herr Prof. Dr. Christ aufmerksam machte.
14) Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. A. §. 170 lit. d. Bd. 3.
15) Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. A. Bd. 3, §. 186. S. 508.

Collation[16]), welche von Ludov. Bologninus abgeschrieben[17]), und so nebst den späteren Vergleichungen von L. Torelli, Metellus und A. Augustinus seit 1510 (Fradin, Lugd.) zu den gedruckten Ausgaben verwendet wird, bis endlich Lael. Torelli die Handschrift selbst erscheinen läßt (1553)[18]). Haloanders Reise nach Italien hat die Restauration des Codex (aus dem Egnatianus) und die erste Ausgabe der griechischen Novellensammlung (aus des Bologninus Abschrift des Florentiner-Codex) beides auf Kosten der Stadt Nürnberg (1530, 1531) zur Folge; mit Fugger'schen Lettern edirt dann H. Scrimger die (zuerst von Ant. Augustinus aufgegriffene und collationirte) reinere und vollständigere Venedigerhandschrift[19]). Aus derselben Venetianischen Bibliothek (des Bessarion, dann S. Marco) geht die Institutionenparaphrase des Theophilus, aus Venedig ein namhaftes Stück der Basiliken[20]) (lib. 1—18. 20—30) hervor; die Paraphrase fand Politian, das Basilikenstück erst Cujacius[20]); theilweise dieselben und noch andere Basilikenbücher[21]) verschaffte sich A. Augustinus in Florenz und Rom (lib. 28. 29; lib. 45—48)[22]) und aus dem Eskurial (lib. 7. 8.)[23]), Viglius Zuichem aus einem Kloster in Treviso (lib. 38—42)[24]), Cujacius von Viglius Zuichem, aus der Bibliothek der Königin Christina (lib. 45—48, 46—52?), und von seinem Kanzler Cambray nach dessen Rückkehr aus Constantinopel (lib. 60)[25]). Ueberhaupt läuft bei Cujacius alles zusammen, was von Basiliken noch in seinem Jahrhundert bekannt wurde; und er vornehmlich ist ihr Verwerther in seinen Observationen, Commentaren und in seiner Ausgabe der tres

16) Brencmann, hist. P. lib. 4 c. 1. Spangenberg, Einl. S. 453.

17) Brencmann, l. cit. cap. 2.

18) Spangenberg, a. a. O. S. 432—441.

19) Biener, Gesch. d. Nov. Anhang V.

20) deren erste Kunde bei Diplovataccius. Savigny, a. a. O. Bd. 3. §. 19. b.

21) Mortreuil, histoire du droit Byz. T. II. 191.

22) Mortreuil S. 196. 199. G. E. Heimbach Basil. tom. VI p. 176 §. 1. II.

23) Mortreuil S. 192.

24) Mortreuil S. 196: „J. Cantacuseni primum magni domestici Const., deinde imperatoris, novissime monachi, hic liber fuit, nunc Viglii Z."

25) Mortreuil S. 199—209.

libri[26]). Vorzüglich aus seinen inzwischen veräußerten von der königlichen Bibliothek angekauften Handschriften erscheint die Fabrot'sche Ausgabe (Paris 1647)[27]), zu Cujacius Zeiten selbst ward nur das Augustinische Stück[28]) und ein Cujacisches (lib. 60)[29]) — beide nur in einer lateinischen Uebersetzung gedruckt. Ein vollständiges Exemplar aber besaß Cujacius so wenig, als dem Diplovataccius der Vetter aus Constantinopel eines gebracht hatte, und als es bis jetzt gelungen ist, die ganze Mosaik zusammenzubringen[30]). Um der griechischen Constitutionen habhaft zu werden, scheut Ant. Augustinus, trotzdem sie nicht gelten, um deswillen, weil sie aufklären, keinen Aufwand; aus den Griechen besonders, und hauptsächlich aus der von Metellus in Florenz gefundenen collectio constitutionum eccl. (25 capitulorum S. 27) schöpft er seine constitt. graecarum collectio[31]). Den Codex Theodosianus kannten Glossatoren und Postglossatoren so wenig, als man selbst das Breviarium Alaricianum erst im Jahre 1494 wieder auffindet[32]). Die zwei ersten Ausgaben lassen ihn denn auch nur in der gekürzten Gestalt des Breviers erscheinen, die erste nur in einem Brevier des Breviers[33]), die zweite in der immer noch auf fast $^1/_8$ reducirten Gestalt des Breviers selbst[34]). Allein in der Mitte des 16. Jahrhunderts ist man bereits im Besitze des von Niebuhr wieder entdeckten um a. 500 geschriebenen Vaticanischen Codex, welcher die zweite Hälfte des Codex Theodosianus selbst und mit Ausnahme des letzten (16.) Buches ganz enthält[35]); daraufhin nun des Tilius[36]) und,

26) Heimbach, l. cit. p. 177. III.
27) Heimbach, p. 181.
28) ed. G. Hervet, Paris 1557.
29) Heimbach l. l.
30) Vergl. darüber die Tafel bei Mortreuil S. 210.
31) in Opp. omnia. Vol. II. Lucae 1766. Praefatio.
32) Diplovataccius de praestantia Doctt. in der bei Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. A. Bd. 3 §. 19 Anm. a gedruckten Stelle.
33) Summae s. argumenta legum diversorum Imperatorum, ex corpore Divi Theodosii etc. etc. apud Theodoricum Alustensem (Antwerpen) 1517, herausgegeben von Petrus Aegidius. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. 2 §. 20. S. 59. G. Haenel in der praef. zu seiner Ausgabe des C. Th. p. 11.
34) J. Sichardus 1528 oben S. 25. Anm. 2.
35) G. Haenel, in der praef. zu seiner Ausgabe des Cod. Th. p. 2.
36) Paris 1550 in zwei Theilen (libri octo priores und posteriores).

nachdem von Stephanus Charpinus in einer gleich alten Handschrift auch noch das 6.—8. Buch zu Tage gefördert worden war[37]), die erste Cujacische Ausgabe (Lugd. 1566). Damit war im Wesentlichen der Codex Theodosianus, so wie man ihn bis in gegenwärtiges Jahrhundert herein hatte und kannte, hergestellt, damit der Text gegeben, über welchem Jak. Gothofredus kritisch und exegetisch (in dem Commentar zu der von ihm beabsichtigten, aber erst nach seinem Tode von Ant. Marvillius Lugd. 1666 ausgeführten Ausgabe) 30 Jahre gearbeitet hat[38]).

Ueberhaupt läßt sich sagen, daß sowohl die Hilfsquellen der Kritik als die entscheidenden Texte der Quellen selbst größtentheils noch im 16. Jahrhundert entdeckt, benützt und publizirt worden sind. Sieht man von dem echten Gajus ab, der sonst von erster, für die Kritik aber von secundärer Bedeutung ist, so sind es die Fragmenta Vaticana, Ergänzungen namentlich der 5 ersten Bücher des Codex Theodosianus, die lex Romana canonice compta und mehrere byzantinische Uebersetzungen, die wir dem 19. und einige completere Basilikenstücke (lib. I—II), welche wir dem 17. Jahrhundert[39]), hingegen der Codex Theodosianus und das Brevier, die Basiliken im Ganzen und Großen, Ulpian, Theophilus, die mehreren alten kirchenrechtlichen Sammlungen, die griechischen Novellen und neue Grundlagen für den Codex, welche wir dem 16. Jahrhundert gut zu schreiben haben.

Auch über die Grundsätze der Kritik war man damals nicht unklarer als heute. Den Begriff vom „Muttercodex", auf welchen so ziemlich alles zurückgeht, was wir an Grundsätzen unserer modernen Texteskritik aufzubringen wissen, exercirte man praktisch. Seitdem Ant. Augustinus in echt diplomatischer Art an äußeren Zeichen den Zusammenhang der Digesten-Vulgathandschriften mit dem Florentiner M.S. entdeckt hatte (S. 13), stritt man sich alsbald und fort und fort, ob dieses letztere Manuscript nicht die einzige Quelle vor allen anderen sei — natürlich aus keinem anderen Grunde, als weil, wenn dieser und ausschließlich er der Muttercodex war, die abweichenden Lesearten der anderen nur

37) Haenel l. cit. p. 4. p. 13 not. 77, p. 18 unten.
38) Marvillius ad lectorem — Haenel l. cit. p. 17.
39) Mortreuil, a. a. O. S. 190 I. 1.

noch conjecturalen, keinen urkundlichen Werth haben konnten [40]). So tragen wir Bedenken anzunehmen, daß die Humanisten von damals über das Ziel, die Mittel und auch über die Methode der Kritik weniger klar gedacht haben als die heutigen. Dagegen ist nicht zu verkennen, daß man von der richtigen Methode, wenn man sie hatte, verhältnißmäßig wenig Gebrauch gemacht oder doch jedenfalls von deren Gebrauch entfernt nicht so gewissenhafte Rechenschaft gegeben hat wie heute. Wo man sich nicht wie bei den Digesten durch die nun einmal wahrgenommenen äußeren Abstammungszeichen zur Erörterung des Verhältnisses der Handschriften untereinander gezwungen sah, ging man demselben, nach allem was vorliegt, nicht nach. Auf einem Gebiete, das der Kritik damals [41]), wie jetzt die größten Schwierigkeiten bereitet, — auf dem des Codex — rühmen sich Kritiker und Herausgeber neuer, vieler, alter Handschriften, aber ohne dieselben näher zu beschreiben, geschweige denn über ihre Sippe [42]) zu forschen oder zu berichten. Mehr und mehr macht man sich zwar Variantenangabe zur Pflicht [43]), allein über deren Vollständigkeit, darum auch über die

40) Brencmann, hist. Pand. lib. 3 cap. 2. Spangenberg, Einl. S. 407—427.

41) — cum in plurimis locis mira sit codicum varietas, nullaque sit tam depravata lectio, quae non aliquem inveniat suo errore confirmando codicem — Ant. Contius, in der Vorrede zu seiner Coderausgabe, Paris. apud G. Merlin 1562. 8.

42) Haloander, praef. — nobis qui et spectatissimis nominatissimisque exemplaribus utimur .... dato etiam speciali ad hoc mandato iis qui commercii causa Constantinopolim usque, veterem illam legum, quibus nostra adhuc aetate utimur, patriam, excurrebant, cum omni propemodum spe destitutus essem, beneficio Jo. Egnatii doctissimi mihique amicissimi viri vetustum Justiniani codicem (praeter opinionem tamen) nactus in quo prorsus dubites, plus ne dignitatis ob vetustatem, an fidei ob scripturae integritatem, an propter Imperatorum nomina diligenter descripta et adjectam temporum per Coss. designationem utilitatis inesset. — L. Miraeus spricht (nach dem Briefe des Verlegers der Oktavausgabe 1552 zu schließen) in der Praef. zu der hier nicht vorfindlichen Quartausgabe (1550) von 4 alten Mss., deren ihm 3 Aem. Ranconetus und 1 Titius liehen. — Russardus (Lugd. apud Rovillium 1561) praef. — Pandectas subsequitur Codex eadem diligentia restitutus et majori: plura enim ejus exemplaria nacti sumus, nempe quindecim eaque non contemnendae vetustatis, quorum ope multa depravata mihi emendasse videor. Contius schöpft ex magno codicum numero, mit keiner weiteren als der Anm. 41 enthaltenen Bemerkung.

43) Vgl. die Anm. 41 erwähnte praef.: quod quibusdam doctis et diligentibus hominibus non satis id esse videretur, nisi etiam aperte

Grenze zwischen Conjectur und urkundlichem Beleg bleiben wir im Ungewissen[44]). Jakobus Gothofredus sieht sich zu Prolegomenen über seinen Codex Theodosianus veranlaßt, allein zu einem Berichte über die von ihm in den Noten angezogenen MSS. nicht; auf Grund von was für Handschriften Cujacius denselben Codex edirt habe, ist Gegenstand eines complicirten Indicienbeweises[45]) u. s. f. Der Sache selbst, die man neu zu publiciren hatte, war zu viel, als daß man auch schon auf die verläßlichste Art der Publication bedacht gewesen wäre.

Die Conjectur — höchste Blüthe und größtes Unkraut der höheren Kritik zugleich — schon unter den Glossatoren eingebürgert[46]) und zur Stunde noch stark im Gebrauch — hat doch auch unter den Humanisten mehr eine mißbräuchliche, denn eine kunstgerecht und gewissenhaft beschränkte, darum wahrhaft heilsame Anwendung gefunden. Jedenfalls sind sie zu dem Satze, daß die Ausgaben nur urkundlichen Text, mithin im Texte schlechthin keine Conjectur enthalten sollen — ein Satz freilich, den ein Theil selbst unserer heutigen Philologen nicht zu wollen scheint — nicht aufgestiegen. Zwar die litera Pisana druckt man endlich wie sie war (§. 8), allein nur um dieses Musterstück Allen zugänglich zu machen, nicht prinzipmäßig, als ob der Ausgabentext überall urkundlich sein müßte. Ja, bei Herausgebern, denen unvergängliche Verdienste für die Verbesserung unserer Texte nicht abzusprechen sind, wie Haloander, erscheint die Aufnahme von Conjecturen als Verpflichtung (Anm. 44). Außerhalb der Ausgaben kommt die Conjectur theils nebenher, in anderen, besonders exegetischen Werken (§. 9), theils selbstständig, in eigenen Werken oder Samm-

---

ea loca, quae ex Cod. Theod. desumta sunt, veluti digito atque ad oculum demonstrarentur, sei es nun ne fucum emtori liminaribus nostris pollicitationibus facere videamur, vel quod jucundum sit curiosis hominibus rerum derivationes et progressiones videre.

44) besonders bei Haloander, der keine Varianten angibt und Aufnahme der etwa nöthigen Conjectur in den Text für Pflicht des Herausgebers (vgl. §. 4 Anm. 6. 7) hält: l. cit. Nam ut aliquid per imprudentiam admisisset typographus, ut quaepiam destituti fide exemplarium per nos restituere ausi non essemus (sic!), tamen candidi animi erat interim paucis erratulis, si quae essent, multa bona, quae praestitimus, pensare...

45) Haenel, l. l. p. 28—30.

46) S. oben Anm. 4.

lungen (conjecturarum, conjecturalium, verosimilium libri), theils abwechselnd mit bloßen Exegesen unter dem Titel von observationes, interpretationes vor, wie z. B. die berühmten observationes et emendationes von Cujacius. Die „emendationes" bedeuten nicht immer bloße Conjecturen, sondern auch Verbesserungen aus neuen Handschriften, namentlich aus dem Florentiner-Digestencodex, wie z. B. die nicht minder auszuzeichnenden des Ant. Augustinus. Ein reiches Verzeichniß solcher Bücher sowie Angabe derjenigen anderen Werke, aus welchen vorzüglich für die Kritik zu schöpfen ist, findet sich in Spangenberg's Einleitung ins Corpus Juris S. 596–605; 605–609. — Die Conjecturen (mit und neben dem Resultat der Exegesen) zu sammeln ist öfters unternommen[47]), sie zu sichten, noch nicht; dies aber zu thun, vor allem schlüssig zu werden, wo Verbesserung nothwendig, wo nicht, wird um so mehr ein Postulat der nach Vollendung ringenden Wissenschaft, als die möglichst urkundliche Herstellung des Textes ihrem Ziele näher gerückt ist (§. 8).

§. 8.

Insonderheit die Ausgaben.

1. Die Ausgaben haben (außer der Geldspeculation)[1]) bald nur die Bekanntmachung, Tradition und Verbreitung, bald einzig oder zugleich die Herstellung besseren Textes, nicht selten auch nebenher in Glossen deren Erläuterung zum Zwecke. Auf Verbesserung des Textes gerichtet, enthalten sie die umfassendste Anwendung der

47) in M. A. Delrii Interpretatio jur. civ. ex miscellaneorum scriptoribus Dig. Cod. Inst. Novell. et feud., zuletzt Lugd. 1606, 4°; — C. Ferd. Hommelii Corp. jur. civ. cum notis variorum, Lips. 1768, 8°; — M. G. Beseke, codicem criticum Pandectarum indicit (nur D. 47, 10); — A. Schultingii notae ad Dig. ed. atque animadversiones suas adjecit N. Smallenburg. Lugd. Bat. neuestens 1832, 7 Bde. 8°; — Hommel redivivus oder Nachweisung der bei den vorzüglichsten älteren und neueren Civilisten vorkommenden Stellen des Corpus Juris Civ. herausgeg. v. Th. Schimmelpfennig (vor welchem Schulting-Sm. kurze Inhaltsangabe voraus hat).

1) — nihil est, quod hesites ad hoc habendum emendumque; nam non tantum utile, sed et jucundum erit, et honoris. Infort. 1477 ex offic. Rubeorum, Venet. — non est igitur in eo, quod hesites tuas pro ipsius precio pecunias effundere – quamquam mos jam apud omnes fere impressores inoleverit, ut suos quisque libros summis laudibus etiam falso multotiens evehat. — Koberger'sches Infortiatum 1503 und Volumen (parvum) 1504.

Kritik, — heißen sie kritische Ausgaben. Diese hier allein des näheren zu verfolgenden kritischen Ausgaben sind entweder Abdrucke einer bestimmten Handschrift (Repräsentationen) [2], — oder Recognitionen d. i. Revisionen der in früheren Ausgaben benützten Handschriften und Ausgaben, — oder Recensionen d. i. Ausgaben, welche den Text aus verschiedenen Handschriften und Ausgaben und aber auch aus eigener Erfindung (Conjectur) entnehmen und herstellen.

Von den ältesten (mit den Institutionen in Mainz durch Peter Schöffer 1468 beginnenden) Ausgaben (editiones principes) [3] darf man im Zweifel annehmen, daß sie mehr als Verbreitung nicht angestrebt, sich also zwar auf Repräsentation dieser oder jener Handschrift beschränkt haben, aber nicht aus Kritik [4]; sie selbst verbreiten sich über ihren Charakter nicht. Indessen soll die Nürnberger-Sensenschmidt'sche Codexausgabe (1475) doch schon Spuren der Kritik enthalten [5] und eine Institutionenausgabe aus demselben Jahre erklärt sich bereits selbst als Recension [6]; die darauf folgenden zahlreichen Ausgaben sprechen häufig von Correctionen, Emendationen, Revisionen und auch Recognitionen [7], allein ohne daß man sicher würde, ob dabei nicht an bloße Druckfehler gedacht ist [8]; entschiedene Recensionen finden sich erst wieder in den Kerver'schen, Fradin'schen und Rembolt-Blaubloom'schen Ausgaben [9], durchschlagend in den Haloandrischen

2) Dig. seu Pand. libri 50, ex Florent. Pand. repraesentati von Torelli ꝛc.

3) Spangenberg, Einl. S. 650 fgg. — Böcking, Einl. in d. Pand. Anhang V.

4) Krüger, Kritik des just. Coder S. 19. — vgl. Spangenberg, Einl. ꝛc. S. 429.

5) Krüger a. a. O.

6) Lovanii, Joh. de Paderborne 1475 am Ende: Institutionum opus praesens ex libris scriptis et impressis jurisperitorum industria peracte emendatum . . . vgl. Spangenberg, Einl. S. 655 cf. Schrader, prodromus p. 156. VII.

7) Spangenberg, Einl. S. 657—712.

8) Si textum alias per impressores corruptum . . . colligere vellem, vix quatriduana sufficeret lucubratio — Accursii interpretationem impressorum incuria vitiatam emendare . . autumavi — J. Chappuis zu der Institutionenausgabe v. de Benedictis. Lyon 1509.

9) Gesammtausgabe bei J. Bonhomme, J. Petit u. T. Kerver, Paris, zum ersten Male 1508—1511: am Ende des Infort. 1510: — frequentibus antiquis adhibitis exemplaribus castigatum; zum Dig. novum u. Volumen parv.: qui in eo cum antiquis voluminibus ca-

(S. 15. 33. litera Pisana, vulgata, Norica); mehr als eine auf Torelli'schen Collationen beruhende Recension war auch die Digestenausgabe des Hugo a Porta (Lugd. 1551. 4°) nicht, obwohl sie die Handschrift rein und ganz gegeben haben will (vgl. F. Torelli in der praef. ad lect.)

Am Anfange der Ausgaben noch eine bloße Bequemlichkeit wird die Repräsentation zur kritischen Nothwendigkeit, sobald eine bestimmte Handschrift als einzige oder doch als Hauptquelle aller anderen erachtet ist.

Um deswillen wächst in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts das Verlangen nach einem getreuen Abdrucke der Florentiner Digesten, bis es durch die Torelli'sche Prachtausgabe (Florenz 1553) gestillt wird [10]). Je nachdem man nun in dieser die einzige, oder aber nur die Hauptquelle der Vulgathandschriften repräsentirt glaubt, gibt man entweder die Collation anderer Handschriften ganz auf und druckt lediglich den Torelli'schen Text nach [11]), oder aber gibt der Torelli'sche Text die Grundlage, auf welcher mit mehr oder weniger anderen Handschriften verglichen wird, sei es nun, daß man den Text selbst unverändert nach Torelli gibt und die Varianten in die Noten verweist [12]) oder

---

stigando non mediocriter sudavit; — Fradin'sche Gesammtausgabe Lyon, zum ersten Male 1510–1514 Praef. zum Dig. vetus . . habes . . necessariam omnium legum correctionem secundum literam Pisanam (vgl. S. 33 Z. 3) longe mirumque in modum ab omnibus transsumtis Codicibus distantem, habitam per . . . Ludovicum Bologninum — 2. Rembolt'sche Ausgabe (Paris apud C. C. Chevallon 1518–24), in welcher das Digestum von Blanbloom u. a. nach Politians (in ein Exemplar des franz. Gesandten Lazarus Baif eingetragenen) Noten besorgt ist.

10) Taurellius lectoribus: Primum igitur omnium sciendum, in nullo nos, quod quidquam momenti haberet, ne latum quidem unguem ab ejus fide discessisse: ut quoad fieri posset, ejusdem vera species repraesentaretur: in den Fehlern, Orthographie, Eigenthümlichkeiten der Scriptur — wogegen Abweichung durch Zwischenräume zwischen den Wörtern, Interpunktionen, Numerirung der leges und Paragraphen, durchlaufende Angaben der Bücher und Titel im oberen Rande, Einschiebung der 7 partes, unmarkirte Aufnahme von Emendationen in den Text wo sie nothwendig, gänzliche Weglassung wo sie falsch scheinen, Nichtanzeigung von Lücken.

11) wie a. 1562 Contius, nachdem er bereits den Plan einer Recension in Angriff genommen: Frustra enim et stulte post authenticum exemplar editum caetera ab eo multis saeculis descripta contulissem etc. an den Leser in der Oktavausgabe, Paris apud G. Merlin 1562.

12) Wie Russardus (Lugd. apud Rovillium 1561, praef. ad lect.) — Pandectarum Florentinum textum excudi curavimus, ne

aber von diesen etwelche in den Text selbst aufnimmt, in der That also zu neuer Recension übergeht, wie dieß in den mit 1583 beginnenden das 17. und 18. Jahrhundert beherrschenden D. Gothofred'schen Ausgaben und in der des Baudoza (Lugd. 1493) der Fall ist [13]). Eine Recognition der Florentinischen Handschrift selbst gibt, auf Grund des Brencmann'schen Nachlasses, erst die Gebauer-Spangenberg'sche Ausgabe [14]), und endlich auf Grund zunächst der Collationen von Ad. Kießling und Aug. Reifferscheid, dann von H. Krüger und a. m. die Th. Mommsen'sche Ausgabe (Berol. apud Weidm. 1866—1870). Da jetzt auch Mommsen die Florentinerhandschrift durchweg nicht als einzige, sondern nur als Hauptquelle der Vulgathandschriften betrachtet, so kann er so wenig als Gebauer-Spangenberg und Frühere von der Vergleichung mit letzteren abstrahiren; aber nicht nur daß der Text selbst sich streng und strenger als jemals der Repräsentirung des Florentinus befleißigt, so findet auch in der Benützung der Vulgathandschriften in dieser Digestenausgabe zum ersten Male eine gewisse Grenze statt; denn die jüngeren von ihnen haben, da sie Abschriften der älteren und im Vergleich mit diesen nur durch Emendationen aus dem Florentinercodex und durch Conjectur verändert sind, neben jenen keinen kritischen Werth; die Meinung, als ob die Echtheit einer Lesung durch die Zahl der Handschriften entschieden werde, ist überwunden [15]). Um so mehr finden im Mommsen'schen Apparate die Hilfsquellen, namentlich die Basiliken und ihre Scholien, fortlaufende Beachtung.

Was die Codexausgaben anlangt, so werden die vorhaloandrischen mit Ausnahme der einen editio princeps (Norimb. 1475 Sensenschmidt) als durchweg unkritisch erachtet — Repräsentationen zwar, allein nur der nächstbesten Handschrift oder früheren Ausgabe [16]); die kritischen aber sind, so weit wir sehen,

---

apice quidem uno (quantum fieri potuit) detracto vel adjecto. — Contius in der Ausg. v. 1571 Lugd. apud Rovillium, welcher zum Zweck des Abdrucks ein Torelli'sches Exemplar zerschneiden ließ, Charondas (Antv. 1575), Pacius (Genev. 1580) (vgl. Spangenberg, Einl. S. 444 fg.)

13) Vgl. Spangenberg, Einl. S. 446 fg.

14) Corpus juris civ. Gotting. 1776.

15) Vgl. Krüger, Kritik des just. Codex S. 4 gegen Schrader.

16) Krüger a. a. O. S. 19 oben; Herrmann in der Vorrede zu seiner Codexausgabe p. XVII. — in Moguntiana illa (principe editione) critici studii fere nulla vestigia reprehenduntur, ita ut hoc

durchweg Recensionen. Wegen der darin benützten, nachher verlorenen alten Handschriften müssen noch immer zu Rathe gezogen werden: für die 9 ersten Bücher die Ausgaben von Haloander (Nürnberg 1518 fol. — vgl. S. 15), Miraeus (Paris 1550 4°), Russardus (Lyon 1561 fol.), Contius (Paris. apud Merlin, Desboys et Nivellium 1559 fol.; 1562, 12°; 1566, 1567, 1571, 1576; für die drei letzten nach den Ausgaben der letzteren besonders die des Cujacius [17]). Bis auf Contius herrscht im Texte die haloandrische Lesung vor; in den späteren Ausgaben des Contius dagegen (1566—1576) tritt, wie Herrmann annimmt [18]) auf Anstiften eines Verlegers, eine Reaction zur lectio vulgata ein, und seine Recension beherrscht nun die Masse der Gothofredischen und überhaupt die folgenden, auch die Spangenbergische (Gött. 1797. 4°) bis auf Beck (Leipzig corp. j. civ. 1825—36, 8°), der auf die haloandrische und Cujacische Lesung zurückgeht [19]).

Auf die vorhandenen Handschriften selbst, und zwar nicht nur im Apparat, sondern in der Constituirung des Textes selbst ist erst die Herrmann'sche Ausgabe (1843) wieder gebaut; vorzugsweise aus ihnen wird die von Krüger vorbereitete hervorgehen; denn sind die in den alten Ausgaben benützten Handschriften gleich durchweg oder theilweise (S. 15 unten) besser als die vorhandenen, so fehlt es doch, namentlich bei Haloander, an einem Verlasse, was auf Handschriften, was auf Conjectur beruhe [20]).

Von den vielleicht 900 Institutionenausgaben [21]), die bis heute erschienen sind, ist es den ältesten hier wie anderwärts nur um Verbreitung zu thun; darum auch sie nur Repräsentation einer beliebigen Handschrift, die Emendation in den neuen Ausgaben nur eine Verfolgung der Druckfehler [22]); schüchtern tritt die

solum propositum fuisse videatur, ut codex non manu sed typis exscriptus divulgaretur. —

17) Vgl. Krüger a. a. O. S. 18—35, S. 108—119. Herrmann l. l. p. I—IX.

18) l. l. p. VIII.

19) Herrmann a. a. O. p. VIII—XII.

20) Krüger a. a. O.

21) Spangenberg, Einl. S. 931 führt von 1468—1811 allein 667 Separatausgaben auf.

22) Vgl. oben S. 39. Anm. 8; dann Schrader, prodromus p. 173 unten und flg.

Recension in den Chappuis'schen Ausgaben auf, welche von 1503—1528 regieren, entschieden in den Haloandrischen (1529—1559), aber ohne eine so alte Handschrift, wie im Codex, worüber Haloander selbst und sehr klagt; in seinem Geleise fahren Contius, Hotomannus, Russardus, und auch die berühmten Cujacischen Ausgaben (1585, Paris, 8° und eine in fol.)[23] fort, in demselben die Gothofredischen und späteren[24], bis endlich Biener (F. A.) eine neue Periode gründet, nicht dadurch, daß er 8 neue Handschriften verwerthet, sondern dadurch, daß er nichts ohne Handschriften oder handschriftlich beglaubigte Texte thut. Die Gefahr, damit echte Lesarten der alten Ausgaben preiszugeben, vor der auch der Codex Krügers steht, nahm er auf sich. Eine neue Periode durch neue Grundlagen bilden die Schrader'sche und die Krüger'sche Ausgabe[25], indem dort neben der ganzen Masse der übrigen auch neu entdeckte vorirnerische Handschriften (Turin, Bamberg — S. 16, 3) und der echte Gajus, hier in Einschränkung auf das Entscheidende auch die lex Romana canonice compta (S. 28) verwerthet werden konnte.

Was endlich die Novellenausgaben[26] anlangt, so dürfte von den ältesten Drucken des Authentikum wohl dasselbe gelten, was von denen der übrigen Theile des Corpus Juris, wiewohl sie untereinander weniger übereinstimmen, als dieß bei jenen der Fall ist[27]. In der Zeit aber, da die Kritik auch hier anhebt, wird die griechische Sammlung bekannt, und noch nicht ermessend, daß im Authentikum Originalnovellen (S. 17) und Uebersetzungen aus anderen griechischen Originalen vorliegen (S. 20), recensirte man nicht bloß aus Handschriften des Authentikum, sondern auch aus der griechischen Sammlung; ein der-

23) S. Schraders große Inst. Ausgabe p. XIV. Alin. 10, wogegen Spangenberg, Einl. S. 847 Nr. 328.

24) Prodromus p. 175—178 u. §. 28. Institutiones recensuit et indicem editionum adjecit. B.

25) Tomus I. des beabsichtigten Corpus juris civilis Berol. 1832. 4°. nebst stereotyper Handausgabe 8°. Justiniani institt. Berol. 1867. 8°.

26) Am genauesten beschrieben von Biener, Gesch. der Nov. Anhang I.

27) Schrader, alte Drucke der Theile des C. J. Civ., ihrer Verwandtschaft und innerem Werthe nach betrachtet, — in dessen civil. Abhandlungen, Weimar 1816 Nr. 7. S. 497. S. dagegen Spangenberg, Einl. S. 471. Alin. 1.

art graecisirtes Authentikum ist namentlich diejenige Contius'sche Ausgabe, welche die Grundlage seiner eigenen späteren wie der nachmaligen lateinischen Novellenausgaben überhaupt geworden ist, nämlich die von 1571 (Lugd. apud Rovillium) [28]). Nach Cramers Anregungen ist erst Osenbrüggen auf Restauration des ursprünglichen Authentikum ausgegangen (Anm. 28), und demselben Ziele auf Grund seitdem neuentdeckter älterer Handschriften von G. E. Heimbach die eingehendste Sorgfalt gewidmet worden [29]).

Wäre Repräsentation von einer der alten Handschriften schon für das Authentikum vielleicht wünschenswerth gewesen (S. 20), so war solche unbedingt für die griechische Sammlung geboten, welche nur in zwei Handschriften bekannt wurde (Florenz, Venedig), ja wenn man Unabhängigkeit von den Basiliken und Vollständigkeit zur Voraussetzung macht, nur von Einer (Venedig — S. 33). In der That ist denn auch die erste griechische Novellenausgabe (Haloander, Nüremb. 1531) wesentlich nichts anderes als ein Abdruck, aber nur einer Abschrift der Florentinerhandschrift (von Lud. Bologninus S. 33) [30]). Auf der Venediger Handschrift, nach Biener's Ansicht einzig auf ihr, beruhten die Novellae graecae ex edit. Scrimgeri Genev. 1558, wiewohl dieser selbst von „mehreren alten Exemplaren" spricht; mit Ausnahme einiger Abänderungen in der Ordnung und weniger im Texte zeigte sie sich als Abdruck [31]). In den Contianischen Ausgaben wurden die aus Haloander und Scrimger entnommenen Novellen unter die Collationen eingereiht, dem griechischen Texte die versio vulgata und wo diese ausließ, eine eigene Uebersetzung gegenüber gestellt; bei der Unterordnung unter die Collation beharrten auch die folgenden Herausgeber; als Uebersetzungen aber wurden die (zum Theil nach Scrimger von Agyläus und Duarenus corrigirte und vervollständigte) Haloandrische (zuerst von

28) Biener, Gesch. d. Nov. S. 397 fgg. Spangenberg, Einl. S. 479 fgg. Osenbrüggen, praefatio zu seiner Novellenausgabe im Kriegel'schen C. J. pag. V.

29) Authenticum, Nov. constt. Iust. versio vulgata, quam ex codd. MSS. qui Berol. etc. reperiuntur recensuit etc. Lips. 1851. Bd. 1. Prolegomenen Bd. 2 die Ausgabe.

30) Biener a. a. O. S. 342.

31) a. a. O. S. 369 fg.

Charondas, Antwerpen 1575), dann die Hombergk'sche (zuerst von Gebauer-Spangenberg, Gött. 1797) beigefügt [32]). Dieser letzteren Ausgabe wie der neuesten von Osenbrüggen liegt, was die griechischen Novellen anlangt noch immer der Scrimger'sche Text zu Grunde; eine auf Recognition der Venediger-Handschrift selbst gegründete Ausgabe liegt nicht vor. Varianten zum griechischen Texte, welche Brencmann aus einer seitdem nicht mehr vorgefundenen Vaticanischen-Handschrift [33]) aufschrieb, finden sich in den Noten der Hombergk'schen Uebersetzung [34]).

2. Innerhalb der kritischen Ausgaben ist zu unterscheiden zwischen solchen, die den Text selbst recognosciren, recensiren, neu constituiren, und denen, die lediglich den Abdruck entweder eines handschriftlichen oder eines gedruckten Textes geben, hingegen aber Varianten und Conjecturen in Gestalt von Anmerkungen beifügen. Letzteres System empfahl sich besonders denjenigen, welche der Auctorität der Vulgata, litera Pisana, lectio Norica oder eines sonstigen Herausgebers, wie der Kritik Rechnung tragen wollten, empfiehlt sich aber, im Gegensatze zu jenem Mischsysteme, das aus womöglich allen Handschriften pflückt, vielleicht überhaupt — wiewohl es Herrmann an Russardus, Charondas, überhaupt den Contianern und Spangenberg als einen Mangel an Beherztheit tadelt [35]).

3. Auch die kritischen Ausgaben gehen häufig zugleich auf Erklärung aus, sind darum bald glossirte, bald unglossirte u. s. f.; das Nähere hierüber folgt unten, als Zubehör zur exegetischen Bearbeitung der Quellen (§. 9).

4. Mit dem Stande der Handschriften und in so weit der Kritik hängt auch ein Unterschied in Gestalt und Inhalt der Ausgaben zusammen.

a. Entsprechend den Vulgathandschriften, welche die Digesten in drei willkürlich oder zufällig gebildeten, von der Justinianischen Eintheilung unabhängigen Stücken (Digestum vetus: 1, 1—24,

32) Glück, Einl. in's röm. Privatr. S. 244 f.; — Spangenberg a. a. O. S. 480 fg.

33) Biener a. a. O. S. 571.

34) Nov. constt. D. Iust. SS. P. ex Graeco in Latinum conversae et notis illustratae Marburg 1717. 4°.

35) Praef. zur Coderausg. p. V. IX. X.

3 soluto matr. exclusive; — Infortiatum: 24, 3—39, 1 operis novi nunt., worunter die tres partes von den Worten tres partes in l. 82 D. ad l. Falc. anfangend bis 39, 1; — Dig. novum: 39, 1 — 50, 17) enthalten, vom Codex aber bald die drei letzten Bücher (tres libri), und von dem in 12 Collationen und Titel getheilten Authenticum die 3 letzten Collationen (Authenticae extraordinariae, extravagantes) ausscheiden, hingegen das also gekürzte Authentikum durch eine decima collatio mit dem liber feudorum nebst Constitutionen deutscher Kaiser erweitern, und darauf die tres libri folgen lassen, — erscheinen zunächst die Digesten in 3 Bänden (volumina; Dig. vetus etc.), der Codex in einem vierten, das Authentikum nebst decima collatio und tres libri in einem fünften Bande (volumen parvum, volumen schlechthin). Die Institutionen, zuerst und für sich gedruckt, stehen wohl nicht außer dem System der Volumina, werden aber häufig so gedruckt, daß sie ebensowohl selbständig ausgegeben, als dem Volumen (parvum) beigebunden werden können [36]): wie denn Gesammtausgaben in der älteren Zeit nicht sowohl vornherein beschlossen, als je nach dem Erfolg des erst erschienenen Volumen nachträglich bewirkt werden [37]). Die Repräsentation der Florentiner Pandekten durch Torelli ist der erste Bruch mit der Vulgateintheilung; für das ganze Corpus Juris erfolgt derselbe erst mit den unglossirten Gothofredischen Gesammtausgaben (a. 1583); ihrer Viertheilung [38]) folgt alsbald die glossirte Baudoza'sche Gesammtausgabe (1593).

b. Das Authentikum enthielt nur Justinianische Novellen [39]), die griechische Sammlung von 168 Novellen dagegen 4 Novellen von Justin II (140. 144. 148. 149), 3 von Tiber II (161. 163. 164) und 4 Eparchica (formae praeff. — 165—168) [40]); die Venediger Handschrift aber, die einzige, welche sonst diese Sammlung ächt wiedergibt [41]), schließt mit Nov. 162, und hat auch vor-

36) So Errleben, Einl. in d. R. Privatr. S. 352. Anm. 145; etwas anders Sav. a. a O. Bd. 3. §. 192.
37) Biener, Gesch d. Nov. Anhang I. S. 318 fg.
38) Corp. j. c. in IV. partes distinctum: quarum prima . . Institutionum libri IV, Digg. seu Pandd. libri L continentur. —
39) Biener S. 253 fg.
40) Biener S. 93 fgg.
41) Biener S. 129.

her Lücken [42]); namentlich sind die nichtjustinianischen (Justins u. Tibers) so wie die Eparchika sämmtlich ausgelassen; hingegen hat (und hatte) sie Anhänge, von denen einer 13 Edicte Justinians (worunter 3 in der Hauptsammlung selbst stehen: Nov. 8. 111. 122), und ein zweiter die ausgelassenen Novellen Justins, ein dritter mindestens fünf Novellen Tibers, darunter die 3 in der Hauptsammlung ausgelassenen [43]), ein vierter endlich Eparchiken enthält — oder enthielt; denn von den Tiberischen Novellen der Handschrift sind mindestens 4, der Eparchiken-Anhang ist ganz verloren gegangen. — Vor der Novellensammlung stehen in der Venediger Handschrift 113 (die neue Basilikenredaction vorbereitende) Novellen Leos (des Philosophen — reg. 886—911) die Bauverordnung Zenos (l. 12 C. aedif. priv. 8, 10) [44]) und eine meditatio de nudis pactis [45]).

Seitdem nun Scrimger nach dieser Handschrift die Novellen Justinians (S. 33) und in Verbindung damit Ejusdem Edicta, Novellae Justini, Novellae Leonis, Zenonis constitutio, Tiberii Novellae herausgegeben, Agyläus auch diese nichtjustinianischen Novellen übersetzt hatte [46]), erscheinen alsbald glossirte wie unglossirte Ausgaben der Novellen und des Corpus Juris nicht nur mit allen wieder- oder neuvorgefundenen Justinianischen Novellen, sondern auch mit jenen Zusätzen [47]); warum sollten jetzt nicht auch alle irgend aufgefundenen Constitutionen byzantinischer Kaiser bis hinab auf Michael Palaeologus, wie von Charondas (Antwerpen 1575), oder die Canones Apostolorum, wie nach Haloander in der Cherallon'schen Ausgabe (Paris 1548) beigefügt werden? [48]) Denn in allem anderen kritisch, war man bezüglich der Quellen-Grenzen unkritisch geworden. So schob Con-

42) bei originallateinischen: 9. 11. 33. 34. 35. 36. 37. 62. 65. 104. 138; den justin'schen: 140. 144. 148. 149; tiber'schen 61. (außer 163. 164); dann 122. 139. 143. vgl. Biener S. 370 mit S. 556 S. 87.

43) Biener S. 114—120.

44) Biener S. 114, Mortreuil, Bd. 2 S. 290 fgg.; Errleben, Einl. S. 350. S. 388.

45) Biener S. 114.

46) Biener, Anhang S. 381. Nr. 89 cf. 88.

47) zuerst die Agyläisch-lateinische Novellenausgabe Bas. 1561 (Biener S. 382. Nr. 90), dann das Pratejische glossirte Volumen Lugd. 1562 (Biener Nr. 92); dann die Contius'schen Ausgg. (Spangenb. Nr. 276 e.) u. s. f.

48) vgl. Spangenberg S. 159. 7. S. 160. 8.

tius der alten vom Gesichtspunkt der Rechtsgeltung aus gebildeten decima collatio 63 von den Glossatoren nichtgekannte oder ausgeschiedene Novellen und die 3 bekannten formae praeff. unter; nach ihm Russardus u. a. m. [49]). Oder man folgte neben dem kritisch-exegetischen auch didactischen Zwecken, wie bei den Institutionen, denen man Theoph. Paraphrase, das corpus legum (Brachylogus), den Gajus und Ulpian, überhaupt die jurisprudentia antejust. und die XII tab. beifügt [50]). Aus kritischem Interesse dagegen waren Haloanders Consularfasten zum Codex und darnach die fasti regii et consulares und chronici canones hervorgegangen und angehängt [51]).

Mit der Haloander-Scrimger'schen Publikation der Griechischen Sammlung hängt auch die neuere Ordnung und Zählung der Novellen zusammen. Freilich mußte von Cujacius erst der s. g. index reginae, ein Verzeichniß der in der griechischen Sammlung enthaltenen Novellen [52]), entdeckt werden, bevor Contius in seiner Gesammtausgabe v. 1571 die darnach maßgebende Stellung und Zählung vornahm [53]).

5. Allmälig werden, als Behelfe für jeglichen Quellengebrauch, den Ausgaben auch Register (repertoria materiarum, indices rerum et verborum) angehängt: den Institutionen a. 1532 in einer Fradin'schen, den Pandekten in einer Merlin'schen a. 1562, für alle Theile in der ersten (ungl.) gothofr. Ausgabe a. 1583; den gothofr. glossirten Ausgaben folgt (als 6.) ein eigener Registerband (thesaurus Accursianus etc.), worin seit der 3. ed. (1612) der (a. 1610 für sich gedruckte) index ad c. j. c. des Steph. Daoyz [54]).

§. 9.

b. Exegetische Bearbeitung.

I. Uebersetzungen der Quellen sind für den, der deren Sprache nicht versteht, Vorbedingung, für den, der sie versteht in

49) s. das Nähere Biener S. 374 fgg.

50) Spangenb. im Ausgabenverzeichniß Nr. 181, 198 f. 245 f. — 250. 255. 262. 263. 287. 338. 339. 415. 538a.

51) Spangenb. Nr. 244 d. 266 d. 276 b. 402. Tom. IV.

52) a. 1562. ed. in Heimbach's anecd. II p. 237—46.

53) vgl. Errleben, Einl. i. d. röm. Privr. S. 345 fg.

54) — continens absolutissimum indicem et Summam rerum ac verborum omnium, quae continentur tam in textu, quam in glossis totius j. c. —

allen denjenigen Fällen, da die Sprache Schwierigkeit macht, Vollzug der Interpretation, und diesfalls, aber auch nur diesfalls „die bündigste und kürzeste Interpretation“ [1]).

Bei dem Umstand, daß die Quellen in einer fremden Sprache geschrieben sind, schien der Uebersetzung aber ein viel höheres Loos beschieden: nämlich das, an die Stelle des Originals selbst zu treten. Im Orient nun ist es erfüllt worden, freilich so, daß die Uebersetzung schließlich in Zersetzung überging; im Abendlande dagegen war zur Zeit der Reception und lange nachher das Latein in solcher Herrschaft, daß wohl Uebersetzungen durchschlugen, aber nur lateinische aus dem Griechischen (Authenticum — Burgundio Pisanus, S. 12). Erst im sechszehnten Jahrhunderte kommt es zur Uebersetzung in die Landessprachen [2]); häufiger aber, bei uns wie anderwärts, nur zu der der Institutionen, namentlich den Murner'schen (seit 1519), Fuchssperger'schen (1536), Gobler'schen (1551); an Pandekten und Codex versuchte man sich bei uns nur in Bruchstücken [3]); die Novellen d. i. „des allerdurchlauchtigsten Großmächtigsten Keysers Justiniani neuwe Satzunge“ wurden nur einmal übersetzt; um so besser, daß ihnen gleich auch „des fürtrefflichen und hochgelahrten Herrn Juliani, Burgermeisters zu Constantinopel summarischer Auszug . . angehenkt“ worden ist [4]). Eine deutsche Gesammtübersetzung, von Leibnitz befürwortet, ist erst in diesem Jahrhundert zu Stande gekommen [5]); diese ist auch als Exegese von Werth, während die früheren Uebersetzungen, fast alle nur für Laien unternommen, mehr sprachliches und humoristisches als juristisches Interesse bieten. Für die Forschung ist die Ursprache unersetzlich und in Deutschland heute wie stets festgehalten; auch Sintenis wollte keinen Ersatz, sondern nur Unterstützung für Schule und Praxis, ausgehend von der Ansicht, daß übersetzte Quellen besser seien als gar keine.

---

1) Sintenis S. 26 der Vorrede zu der 2. Aufl. seiner Uebersetzung.
2) S. Spangenb., Einl. S. 345—371.
3) z. B. Codex, oder Großbuch der rechtl. Satzungen K. Justinian ꝛc. durch Martinum Pegium verteutscht. Ingolst. 1566.
4) Frankfurt 1566. Just. Gobler.
5) Das Corpus j. c. ins D. übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von Dr. K. E. Otto, Dr. Bruno Schilling und Dr. C. F. F. Sintenis, Leipzig 1830—1833 in 7 Octavbb. Pand. bis XII, 1 in 2. Aufl. von Sint. 1839.

§. 10.

Fortsetzung.

II. Kenntniß der Sprache, in welcher die Quellen geschrieben sind, oder deren Uebersetzung, vorausgesetzt, wird mehr oder weniger, je nach Beschaffenheit des Textes oder des Lesers, eine Erklärung nothwendig. Hält man sich an deren literarische Erscheinung — die mündliche in der Schule kehrt nach ihren Hauptformen ja doch in der Literatur wieder — und betrachtet man dieselbe zunächst 1) äußerlich, so finden wir sie zuerst in accessorischer Verbindung mit dem Texte der Quellen, zwischen den Zeilen oder am Rande desselben; dann selbständig, in eigenen Schriften.

a) In accessorischer Verbindung mit dem Texte stehen

α. die Glossen, unter denen man an die aus der Rechtsschule zu Bologna stammenden An- und Zwischenbemerkungen zum Texte der Quellen zu denken pflegt (gl. interlineares, marginales). Der Umstand, daß solche Glossen auch schon in vorirnerischen Handschriften vorkommen [1]), erlaubt es zu fragen, ob ihr Kern nicht vor die Glossatoren, in die früheren Rechtsschulen zurückreiche? Daß „eigentliche Glossen fast nur in Bologna entstanden" seien [2]), hat sein Bedenken. Entgegen den vereinzelten Glossen verschiedener Glossatoren [3]) heißen die zum fortlaufenden Commentar anwachsenden Glossen eines bestimmten Glossators „Apparatus", der Apparatus des Accursius aber, eine Redaction der vorangegangenen Glossen und Apparatus schlechthin die Glosse [4]). Diese Glossen nun sind größtentheils exegetisch, außerdem kritisch [5]); —

β. Zusätze zu der Accursischen Glosse, den Erklärungen der Postglossatoren und Humanisten entnommen [6]).

---

1) z. B. die Turiner-Institutionenglosse, Sav. a. a. O. S. 201. Fitting, die Turiner-Inst.-glosse, Halle 1870, S. 27 fg. — ferner den Bamberger-Institut.-Codex (S. II. 3. Schrader, Prodr. S. 36. I) u. den Pariser (ebendas. S. 42. XXX.) — die Veroneser-Codex-Hds. (S. 14).
2) Sav. Gesch. d. RR. i. M. A. Bd. 3. S. 564 not. g.
3) Sav. a. a. O. Bd. 5. S. 241.
4) Sav. a. a. O. Bd. 3. S. 565 fg.
5) s. oben S. 30 u. Sav. a. a. O. S. 564. §. 208.
6) Sav. a. a. O. Bd. 5. S. 101. S. 301.

In beiden Stücken folgen dem Muster der Handschriften die Ausgaben. Bei dem didaktischen Zwecke, den sie neben dem kritischen und sonstigen (S. 38) verfolgen, erscheinen die älteren regelmäßig mit „der Glosse", und frühe [7]) auch schon mit jenen Zusätzen zur Glosse. Nur werden die Zusätze in den Ausgaben umfänglicher und mannigfaltiger als sie es in den Handschriften waren; unter den „multis additionibus a praecipuis et neothericis doctoribus (Bartolus, Baldus ꝛc.) extractis" [8]) zeichnen sich namentlich die Summarien [9]) und casus (longi und breves) — zu mehrerer Erläuterung der einzelnen Stellen erdichtete Fälle — aus [10]); neben die oder anstatt der Bartoli werden dann Contius, Russardus, Cujacius, Duarenus, Hotomannus, Pacius ꝛc. excerpirt [11]); und als seit denen bei Claude Chevallon (Paris 1525) und den Haloandrischen mehr und mehr (seit 1627 nur mehr) unglossirte Ausgaben vorkommen, vertreten häufig diese neueren Noten die Stelle der Glossen [12]). Die Gothofredischen Noten zum ganzen C. J., für die Neueren ungefähr das, was die Accursische Glosse für die Alten, durchschreiten fünf vermehrte und verbesserte Auflagen [13]); in den Separatausgaben der Institutionen erscheinen anstatt diverser Noten häufig Annotationen [14]) und zum Theil weitläufige Commentare [15]) bestimmter einzelner (ungefähr 50) Schriftsteller.

---

7) nach Sav. a. a. O. S. 303. zuerst in dem Digestum vetus, Venet. Suigus 1498.

8) Ausg. der Institt. bei Nic. Benedictis a. 1509 (Spang. Nr. 95b.) vgl. Spangenb Nr. 96. 122. 334. 342.

9) namentlich des Bartolus u. Baldus. vgl. unten §. 12 Anm. 7.

10) Ein Verzeichniß der Ausgaben, worin die Casus Viviani (Tusci) zu Dig. vetus, infort. u. Codex, die des F. Accursius zum Dig. novum, und die des Guilelm. Accursius zu den Institt. vorkommen, s. bei Sav. a. a. O. Bd. 5 §. 114.

11) z. B. in der ersten glossirten Gothofr. Ausg. (1589) Dig. vet... commentariis Acc., Scholiis Contii, paratitlis Cujacii, et quorundam aliorum observationibus novae accesserunt notae ad Acc. Dion. Gothofredi etc.

12) s. u. a. die unglossirten Gesammtausgaben bei Spangenb. Nr. 232. 239. 240. 276. 289. 305. 344. 362. 368. 372. 381. 415. 419. 466.

13) Spangenb. Nr. 419. 420. 466.

14) z. B. v. Balduini, Baro, Aldobrandini, Cujacius, Crispinus, Pacius, Hopper, Ferretti ꝛc.

15) seit 1559 besonders von Mynsinger, später (seit 1642) namentlich von Vinnius, neuestens von Schrader.

§. 11.

Fortsetzung.

b. Als selbständige Bücher oder Sammlungen erscheinen bereits die obengenannten Apparatus [1]) und Casus [2]), fernerhin Commentare unter diesem und vielen anderen Namen (lecturae, recitationes, annotationes, notae, observationes, adversaria, rationalia etc.), welche jedoch nur insoweit hieher gehören, als sie noch im Dienste des Wortes stehen (S. 30), und zwar des Wortes der Quellen, nicht der Glosse, wie zumeist die Commentare der „Commentatoren" [3]), umsomehr im Dienste der einzelnen Stellen, nicht bloß der ganzen Titel oder der in einzelnen Stellen enthaltenen Lehren, Sätze, wie die Commentare von Donellus, Glück und unzähligen Anderen. Spangenberg (Einl. S. 273 fg.) sucht eine Grenze, hält sich, etwa die Institutionencommentare (S. 307 I. S. 309 II. S. 313 III.) ausgenommen, in der Detailaufzählung (S. 275—345) aber an keine. Eine Sichtung der exegetischen Commentare von den anderen ist erst zu erwarten. Sind die Glossatoren (Irnerius † 1118 [?] bis Accursius d. Ae. † 1260) dermaßen Exegeten, daß Cujacius den Accursius (unter dem er wohl die Glossatoren überhaupt meint) allen griechischen und lateinischen Auslegern vorzieht [4]), so erndtet unter den Postglossatoren (Commentatoren) erst Paulus de Castro bei Haubold das Lob, daß er durch Armuth reicher an Wissen geworden, weil er nicht im Stande sich Commentare zu kaufen in ipsis legibus legendis omnem collocavit operam [5]). Wie die Kritik (S. 32), erwacht und verjüngt sich die Exegese erst wieder unter den Humanisten der italienischen und französischen Schule, in den Schriften dort vornehmlich des Andr.

---

1) z. B. des Bulgarus de reg. juris (Sav. Bd. 3. S. 566. Handschr. u. Ausgg. Bd. 4. S. 102 fg.) Des Azo zum Dig. Vet. und Codex (Sav. Bd. 5. S. 12. S. 15.)

2) Sav. a. a. O. Bd. 3. S 567. Bd. 5 §. 113 §. 114 z. B. die casus longi institutionum von W. Accursius (Sav. Bd. 4. S. 240 unten, Bd. 5. § 109) u. die oben Anm. angef. Casus nicht nur in Verbindung mit den Quellen, sondern in eigenen Sammlungen (Sav. Bd. 5. §. 114.)

3) Berryat-St. Prix, hist. du droit Rom. Paris 1821. p. 306. not. 89. Sav. Bd. 5. §. 80. §. 100. Bd. 6. S. 13 fgg. B.

4) observ. I. 11.

5) Institt. juris rom. litterariae, Lips. 1809 §. 30. nr. 28.

Alciatus († 1550) [6]), Em. Ferretti († 1552), Sylv. Aldobrandini († 1558) ꝛc., hier des Wilh. Budaeus († 1540), Eginh. Baro († 1550), Franc. Duarenus († 1559), Ant. Contius (1577), Franc. Hotomannus († 1590), Hugo Donellus († 1591), Ant. Faber († 1624), Dion. u. Jac. Gothofredus († 1622, † 1652), und unter, vor und über diesen des Jac. Cujacius († 1590). Die kritisch-exegetische Richtung der Italiener und Franzosen wird unter den Spaniern (die in Antonius Augustinus [† 1584] einen Gründer der Kritik haben) durch Franc. Ramos († 1683), Jos. Fern. de Retes († 1678) u. A.) [7]), unter den Holländern von Viglius v. Zuichem († 1577), H. Agyläus († 1595), Hubertus Giphanius († 1604), Arnold Vinnius († 1658), G. Noodt († 1726), A. Schulting († 1737), Corn. v. Bynkershoeck († 1743), H. Brencmann u. A. [8]) theils mitgefördert, theils fortgesetzt. Deutschland wog in der Kritik durch den einen Haloander viele Italiener und Franzosen auf, und stellte für Exegese den Ulrich Zasius († 1535) u. A. [9]); allein ungleich thätiger als in der Bearbeitung [10]) war es in der Verarbeitung des römischen Rechts, bis endlich unter den Anregungen des in Göttingen angepflanzten historischen und philologischen Forschungstriebes die anderwärts zum Stillstand gekommene Bearbeitung unter uns selbständig aufgegriffen (Weiß, Hugo, Cramer, Haubold, Savigny), von einer großen Zahl namhafter Nachfolger (Hänel, Blume, Böcking, Heimbach, Rudorff, Keller, Huschke ꝛc.) gefördert und eben erst durch Mommsen zu bewußterem Ziele gelenkt wurde. Muster namentlich der Exegese sind u. a. in Savigny's Lehre vom Besitz, Kellers Litisc. und Urtheil und Arndts Fortsetzung des Glück'schen Commentars zu suchen. Uebrigens geben dieselben Werke, auf welche wir oben (S. 38) für die kritische Bearbei-

6) nicht schon des Castiglione, Cumanus u. Fulgosius, wie z. B. Berryat-St. Prix p. 314. Bach, hist. jurispr. rom. ed. 6. lib. IV. c. III §. IX meint. vgl. Sav. Bd. 6. S. 273 fg.

7) Bach l. l. §. XI.

8) Bach l. l. §. XII.

9) Bach l. l.

10) „Hätte Teutschlands Literatur für die Exegese nicht (den Niederländer) Giphanius zu nennen, so würde es den Civilisten Frankreichs gegenüber nur Spieler für Nebenrollen aufzustellen haben." Cramer, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 2. S. 302.

tung verwiesen haben, in Einem auch Ausweis über die exegetische Bearbeitung, namentlich auch zu den einzelnen Stellen.

§. 12.

Fortsetzung.

2. Innerlich betrachtet ist unsere Texterklärung

a. Worterklärung — Ersetzung des einen, von wegen seiner Alterthümlichkeit, besonderer technischen Verwendung oder sonstwie minder bekannten oder sicheren Wortes durch ein anderes gangbares, gemeines, sicheres Wort. In derartiger Worterklärung beruht die Urbedeutung des Wortes „Glosse“ [1]); bloße Worterklärungen (glossae philologicae) sind durchweg die Glossen in manchen vorirnerischen Handschriften unserer Quellen [2]); de verborum significatione handeln im Nachgange zu derart alter philologisch-juristischer Literatur (Varro, M. Valerius Probus, Festus, Nonius Marcellus etc.) die Quellen selbst (D. 50, 16 C. 6, 38) und zahlreiche Specialcommentare zu diesen Titeln (Spangenb. S. 300), darüber einige sehr verdienstvolle lexikographisch angelegte Werke älterer und neuerer Zeit [3]).

Unter der Worterklärung muß aber jede durch sprachliche Schwierigkeit gebotene Erklärung mitbegriffen werden. Abgesehen davon, daß Glossen und Commentare diese Seite der Exegese in zahllosen Fällen handhaben, ward ein eigener Zweig unserer Literatur dem Stil unserer Quellen, ja einzelner Juristen gewidmet [4]).

---

1) Savigny, Gesch. d. R. R. i. M. A. Bd. 3 §. 207 u. die daselbst citt. Grammatiker.

2) s. z. B. oben Anm. 5. Die Bamb. u. Pariser Hds. — u. vgl. dazu Carolus Labbaeus, veteres glossae verborum juris, quae passim in Basilicis reperiuntur. —

3) Brissonius, de verb., quae ad jus pertinent, signif., Lugd. 1559 fol.; Halis Sax. cura Heineccii 1740 fol. (Supplemente dazu von Wunderlich, Hamb. 1778 fol.; Cramer, Kiel 1813, 4); — Dirksen, Manuale latinitatis fontium j. c. rom., Berol. 1837, 4; Heumann, Handlexikon zu d. Quellen d. röm. R. 3. Aufl. Jena 1869. Weitere s. Burchardi, jur. Hermeneutik Kiel 1869, Lang, Beitr. zur Hermeneutik d. R. R. 1857 S. 105 fg., letzteren insb. in Betracht des Griechischen, S. 108 fg.

4) s. im allg. Eckhard, hermeneutica juris lib. I. c. 3. Lang a. a. O. S. 109. 4, im Einzelnen z. B. Dukeri opuscula varia de latinitate JCtorum veterum (zuletzt Lips. 1773), Kirchmaier opuscula VI de latinitate Dig. et Inst. cura Madihn (Halae 1772) — Oct.

b. Die Sacherklärung tritt in dem, worauf sie wesentlich beruht, typisch und schon in der Glosse auf: nämlich als Brocardon, als Parallelisirung (simile und contrarium) und als Casus.

In seiner Ausbildung und Uebertreibung[5]) fanden wir den Casus freilich erst unter den Zusätzen zur Glosse und den Postglossatoren; allein als die oft so schwierige, und für das große Gebiet der Responsen, Quästionen und Rescripte unentbehrliche, nicht selten auf productiver Kraft des Exegeten beruhende Herausstellung des Falles[6]) ist der Casus so alt als die Glosse[7]).

Aus den Entscheidungen der Quellen erst abstrahirt[8]), gehören allgemeinere Sätze, Rechtsregeln bereits zur Verarbeitung der Quellen (§. 13); dagegen zur Begründung, Vermittlung, Beleuchtung der Entscheidungen aus dem schon vorhandenen Rechte genommen und verwendet fallen sie in den Bereich der Exegese. Ununterschieden heißen solche Sätze in der einen wie in der anderen Anwendung Brocarda oder Generalia, und das Fortschreiten von These zu Antithese, vom Satze zum Gegensatze oder Widerspruch, kurz das Discutiren sammt endlicher Lösung „brocardizare“[9]). Von den Stellen, worüber sie entstanden waren,

Vulpellus de adverbiis et praepositionibus (Urbini 1585), Richter, de signif. adverbiorum in jure (Jenae 1666), Strauchii, Lexicon particularum juris cura Buderi (Jenae 1719), F. G. Haenel de verborum formulis, quibus JCti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt (Lips. 1821). — Cramer, über die Sprache des Coder, in Zeitschr. f. gesch. R.W. Bd. 2 S. 289 fg. — Promptuarium Gajanum, sive doctrina et Latinitas, quas Gaji instit. et Ulpiani ff. exhibent, in alph. ord. redactae, Elvers, Gott. 1824.

5) Sav., Gesch. d. R. R. i. M., Bd. 5 S. 345.

6) bedenke z. B. den zweiten Fall in l. 49 D. mand. 17,1, den erst Jhering gefunden hat.

7) s. die bei Sav. a. a. O. Bd. 3 S. 553 not. a. gedruckte Stelle des Hugolinus: Modus in legendo, quem observare consuevimus, quadripartito .. distinguitur: primo casum simpliciter et nude ponimus etc. Dann Odofredus ebendas. Primo .. vobis dicam summam cujusque tituli antequam accedam ad literam; Secundo ponam ... casus singularium legum.

8) wie sich Sav. a. a. O. S. 567 das Brocardon allein zu denken scheint.

9) Odofredus a. a. O. quinto solvam contraria, generalia (quae vulgariter nuncupantur brocardica) et distinctiones et quaestiones subtiles et utiles cum solutionibus addendo, prout mihi divina providentia administrabit — Azo (bei Sav. a. a. O. S. 569 e): Si vellet quis brocardizare posset ad hoc inducere contra quia etc.

losgelöst und zu „Disputationen" ausgedehnt, kommen diese Brocarda und Brocardizirungen als eigene Bücher vor[10]).

Da jede Stelle des C. J. nicht für sich, sondern als Theil des Ganzen in Betracht kommt, hat man denn auch jede von jeher mit den übrigen einschlägigen Stellen in Verbindung zu setzen gesucht, also similia und contraria herbeigetragen und letztere, nach Justinians Gebot[11]), zu lösen gestrebt: in den Glossen[12]) und Noten[13]) zum C. J., in allen Arten exegetischer Schriften, in den Antinomien[14]) und Controversenbüchern[15]) insonderheit; dagegen weder ausschließlich noch vorzugsweise in den Commentaren, welche sich Paratitlen[16]) nennen, wie die des Cujacius zum Codex, oder die von M. Wesenbek zu Digesten und Codex. Derlei Parallelisirungen und Parallelstellen sind freilich auch ein Hilfsmittel zur Interpretation der einzelnen Stelle und dem Studierenden nicht genug zu empfehlen[17]); allein ihrem Ursprung und ihrer Hauptaufgabe nach sind sie nicht bloß Hilfsmittel der Exegese, sondern Exegese selbst, die bei jedem Textestheil vorschriftsmäßig[18]) auf die Textesgesammtheit gerichtete, man kann sagen

10) zuerst des Pillius (Sav. Bd. 4. S. 328) — in brocardis, quorum a principiis fuit auctor dominus Pyllius — Baldus), dann des Azo (Sav. Bd. 5 S. 38), zuletzt unter den Glossatoren von Petrus de Bellapertica (Sav. Bd. 6 S. 33).

11) §. 15 de confirm. Dig.

12) Hugolinus a. a. O. — secundo contraria assignamus et solutiones adhibemus — Odofredus ebendas.: Quinto solvam contraria — Sav. a. a. O. Bd. 3. S. 564: „die Glossen dieser Art sind auch in der Compilation des Accursius vorzüglich häufig und oft noch jetzt von großer Brauchbarkeit."

13) z. B. der unglossirten Gothofr. Ausg. v. 1594 (Spang. nro. 344): His accesserunt commentarii, quibus inter cetera .. leges similes, contrariae .. continentur.

14) z. B. Hub. Giphanii antinomiarum j. c. libri 4. 1605. Nicolai de Passeribus, conciliatio legum, quae in toto corpore j. sibi contrariari videntur; Eunomia Romana Ulrici Huber, 2. ed. Amst. 1724 u. a. m. in Spangenb. S. 236. Anm. 43.

15) z. B. vor allem die Dissensiones dominorum (glossatorum) ed. G. Haenel, Lips. 1834, dann die Sammlungen und Verarbeitungen von Schulting, Cocceji, J. A. Wesenbek, Fachinaeus u. a. m. R. Bachov ꝛc. bei Nettelbladt, initia hist. literaria jur. univ. Ed. sec. Hal. 1774. p. 512. Struve, bibl. c. 7 §. 17. Jetzt das Controverslexikon von C. Matthiä, Leipz. 1856. 2 Bde.

16) vgl. §. 21 de conc. Dig.

17) Windscheid, Pand. §. 4. Anm. 4.

18) l. 24 D. leg. I, 3.

die controlirende Funktion der Exegese. Sie ist es, die Cujacius im Codex so viel schwerer fand als in den Pandekten[19]).

Das Corpus Juris aus ihm selbst zu begreifen und zu erklären, ist Glossatoren-Art, bildet ihre Stärke und ihre Beschränktheit. Auf die Arbeit der Glossatoren geht die das Ganze umfassende, uns u. a. in den Gothofredischen Noten dargebotene Parallelisirung zurück (Anm 12). Aber darauf, daß die Glossatoren lediglich aus dem Corpus Juris schöpften, erhebt sich der Ruhm der Späteren, der Alciate und Cujaze, welche die vor- und die nachjustinianischen Rechtsquellen, die griechischen wie die lateinischen, welche die ganze alte Literatur zur Erklärung des just. Rechtes aufsuchten und durchsuchten[20]). Diese durchbrechen das Corpus Juris, suchen durch Justinians Wort auf das seiner Quellen hindurchzudringen, commentiren, statt des Justinianischen Rechtes, die einzelnen Juristen und Kaiser[21]), verfolgen nun absichtlich die den Glossatoren nur selten und unwillkürlich aufgestoßenen emblemata Triboniani[22]) und sind so die Urheber der hinter den Zeilen lesenden duplex interpretatio. Auch in ihren nur mehr philologisch-antiquarischen Diatriben hat diese s. g. cujacische Methode selbst für das geltende Recht und die Rechtsanwendung ihren Werth: allein auf Anerkennung unter den Praktikern, besonders den deutschen, mußten die Vertreter derselben in dem Maße verzichten, als sie von der Rechtsanwendung abstrahirten; die deutschen Praktiker wissen viel von Bartolus und Baldus, von Cujacius wenig, von den bloß „eleganten Juristen" nichts[23]).

19) Vorrede zu den angef. Paratitlen (Brief an P. de Foix).

20) vgl. Berryat St. Prix a. a. O. p. 314 not. 112. Arthur Duck de usu et auth. jur. civ. rom. Lips. 1676, I. 5. 17. Struve, bibl. cap. 9 §. 3: Scriptores qui jurisprudentiam ex antiquitatibus illustrant.

21) s. die bezüglichen Werke bei Spangenberg S. 203—221.

22) vgl. dazu 1) §. 7 de conc. Dig. 2) Spangenb. S. 238. Anm. 48 u. S. 239. 3) J. J. Wisenbachii emblemata Tribonian. zuerst Groning. 1633, zusammen mit Wybos Tribonianus (eine Gegenschrift) Hal. 1736; 4) Tribonianus ab emblematibus Wisenbachii liberatus, v. Bynkershoeck, Traj. ad Rh. 1739.

23) Duck l. c. — vetustiores Juris interpretes fructus nobis reliquerunt, Budaeus vero et recentiores magis flores quam fructus attulerunt.

2. Verarbeitung.

a) Theoretische.

§. 13.

Die Verarbeitung, welche im Gegensatze zur Bearbeitung das Wort der Quelle aufgibt, ihren Gedanken aber, entweder an sich (theoretisch), oder in Bezug auf einen neuen Fall (practisch) verfolgt und in neuer Form darstellt, die Quellen also gewissermaßen specificirt, muß in der theoretischen wie praktischen Richtung nach ihren Grundformen und deren Verbindung betrachtet werden.

Die theoretische Verarbeitung nun ist nach ihren

I. Grundformen

1. Generalisirung
2. Summirung
3. Excerpirung
4. Definirung
5. Systematisirung
6. Motivirung.

ad 1. Der Generalisirung sind wir bereits unter den „Brocarden" oder „Generalien" der Glossatoren begegnet, indem ein Theil dieser Sätze sich als Abstraction aus den Entscheidungen der Quellen darstellte (S. 55). Ohne die Verbindung, welche sie später mit der Systematisirung in den Compendien eingeht (§. 14 II, 2), finden wir sie später in den Axiomenbüchern[1]), loci communes[2]), Aphorismen[3]) und zum Theil in den Promptuarien[4]).

---

1) z. B. Axiomata legum, Lugd. 1546: Axiomata s. principia generalia juris utriusque. Frf. 1689. Seb. Almers, axiomata et principia utr. juris. Bremae 1672. Gabr. Alvarez de Velasco, axiomata juris. Madriti 1631. Ahasv. Fritschii axioma vulgatum. Frf. 1672. Nic. Lynckeri jurisprudentia axiomatica u. a. m. in Lipenius sub voce „axiomata" juris.

2) Math. Gribaldi loci comm. Basil. 1567. Aug. Barbosae, Jo. Otto Taboris, Gambsii et aliorum Thesaurus locorum communium Jurispr. Argent. 1652. Frf. 1617. Lips. 1719. Genev. 1737. F. Jod. Damhouder, loci comm. juris cum not. Nic. Tuldeni Antv. 1600. P. Brederodii, loci comm. in Bartoli opera omn. Frf. 1587 u. viele Andere, Lipenius s. h. v.

3) Arn. Corvini Digesta per aphorismos stricte explicata, 2. ed. Amstelod. 1696. J. Brechaei aph. jurispr. u. a. m. Lipen. sub o. axiomata u. loci comm.

4) z. B. das prompt. juris von P. Picus (Lugd. 1556), Seb.

ad 2. Die Summirung, eine Aufstellung von Uebersichten, Auszügen, Inhaltsangaben (*συνόψεις, ἐκλογαί, ἴνδικες* der Griechen) unterscheidet sich dadurch, daß sie nicht bloß den Gegenstand, worüber die Quelle handelt, sondern das, was sie über denselben enthält, angibt, von bloßen Titeln, Rubriken, späteren indices und Registern, — und dadurch, daß sie die Form der Quelle abstreifend in eigenen Worten redet von einer bestimmten Gattung des Excerptes. Sie kommt — um nur von Lateinischem zu reden — lange in vorirnerischer Zeit vor. Die Summa Perusina, eine Summirung der einzelnen Codexstellen bis 8, 54 möchte wenigstens in jenem alten gut lateinischen Summarium, das ihr Entdecker (Niebuhr) als Grundlage der vorliegenden rustiken Summa vermuthet[5]), bis unter Justinian selbst zurückreichen; den Umstand, daß Justinian in der inscriptio niemals idem heißt, sondern stets Justinian, während auf frühere Kaiser die Rückverweisung durch idem geschieht[6]), würde dann der Respekt vor der lebenden Majestät erklären. Auch waren Summen durch Justinian erlaubt[7]) und von den Griechen zu den einzelnen Stellen als *ἴνδικες, ἑρμήνειαι ἐν συντόμῳ* zahlreich verfaßt (vgl. S. 26). Noch älter können die Summae legum[8]) zum westgothischen Brevier sein. Als Uebersichten über den ganzen Titel finden wir die Summa in den Vorlesungen der Glossatoren[9]), als bereits systematische, den Titel weit überschreitende Darstellungen in den Büchern derselben[10]); als Uebersichten über die einzelnen Stellen „Summarien" in den meisten glossirten Ausgaben des C. J. (vgl. S. 51), namentlich Summaria Bartoli, Baldi etc., die jedoch nur Excerpte der Herausgeber aus den Vor-

---

Brand (Frf. 1600). Scipio Rendina (Venet. 1615), B. Carpzow (Lips. et Zittau 1727), J. E. J. Müller (tom. I—XII Lips. 1785—1790) mit Supplementen von C. Beyer (Vol. IV. 1800).

5) Niebuhr, Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 3. S. 391.

6) Krüger, Kritik d. just. Cod. S. 33.

7) const. Deo auctore §. 12 (l. 1 C. vet. jur. enucl. 1, 17). const. d. conf. Dig. §. 21 (Tanta circa nos l. 2 C. eod.)

8) Sav. Gesch. d. R. R. i. M. A. Bd. 2 S. 59.

9) a. a. O. S. 552 u. 553 not. a. Odofredus: Primo enim vobis dicam summam cujusque tituli antequam accedam ad literam.

10) von Rogerius (Cod.), Placentinus (Cod., Inst., tres libri), Johannes (Auth.), von Azo (Cod., Instit.), Hugolinus (Dig.), Pillius (tres libri): Sav. a. a. O. Bd. 5. S. 241 fg. S. 27 fgg.

lesungen und Schriften dieser Commentatoren sind[11]); in der Glosse des Accursius sind auch jene Summen excerpirt[12]). Wahre Summen sind die Novellenauszüge des Irnerius (Authenticae S. 17).

ad 3. Excerpte sind auch die Summen; allein es gibt Excerpte, welche, weil sie keinen eigenen Text geben, sondern den der Quellen festhalten, keine Summen sind; in ihnen beschränkt sich die Verarbeitung auf Auswahl, das Neue der Form auf Auslassung. Während die Summe die Quellen selbst erhalten wissen will, ist die Excerpirung der letzteren Art nicht selten schon in Desertion der Quellen begriffen — aus Nachlaß der dem Ganzen gewachsenen Kraft. Unser Corpus Juris selbst ist zwar ein gewaltiges, in die fast vergessene Schatzkammer des Alterthums zurückgreifendes Excerpt, aber immerhin Excerpt, Sammlung und Sichtung nicht nur, sondern auch Beschneidung der Quellen[13]); Excerpte sind das westgothische Brevier, die epitome Juliani (S. 18) und die codices epitomati des früheren Mittelalters (S. 14. 2). Kein wissenschaftliches Werk ist auf Verengung des Quellenkreises ausgegangen; Petri exceptiones[14]), dem Titel nach wirklich Excerpte (Sav. S. 140), enthalten zwar viele Stellen aus allen Theilen des C. J., sind aber vielmehr auserlesene Lehren als ausgelesene Stellen. Der liber ex universo enucleato jure exceptus des Vacarius ist ein Excerpt; aber von diesem Glossator nur um seiner armen (englischen) Zuhörer willen veranstaltet[15]).

Verschieden von dieser mehr corrumpirenden statt specificirenden Richtung des Excerptes ist die zum bloßen Schulgebrauch veranstaltete Mustersammlung: wie z. B. der delectus legum von J. Domat (Amst. 1703), das corpus j. c. in chrestomathiam contractum in usum academicarum pariter ac gymnasiorum von Seidensticker (Gött. 1798), Hugos „erster Versuch einer Chrestomathie von Beweisstellen f. d. heutige R.R."

---

11) Sav. Bd. 6. S. 182 fg. S. 243.
12) a. a. O. Bd. 5. S. 284.
13) vgl. Kierulff, Theorie d. gem. Civilrechts, Einl. XII.
14) a. a. O. Bd. 2. S. 134—162; gedruckt im Anhang zu diesem Bande S. 321—428.
15) — et pauperibus praesertim destinatus. (Sav. Bd. 5. S. 425).

(Berlin 1802), und ein anderer von A. Eckert[16]). Chrestomathien sind auch die institutiones cum literis rubro-nigris, Elzevirer-Ausgaben seit 1664, welche mit den rothen Lettern den nucleus zu geben bestrebt sind. — Verschieden vom Excerpt überhaupt aber ist die Ausscheidung des Veralteten, Unpraktischen: die veteris juris enucleatio in der just. Compilation (l. 1 §. 10 C. vet. jure enucl. 1, 17 — const. Deo auctore), die *ἀναχάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων*, wie sich die Basiliken selbst nennen, die Separirung der tres libri und der drei Collationen (S. 18), die institutiones Justiniani in praesens tempus temperatae[17]), und die durch Verschiedenheit der Typen geltendes, abgeschafftes, überflüssiges Recht unterscheiden wollen[18]) — eine besondere Art critischer, keine verarbeitende Thätigkeit.

ad 4. Die Definition, welche das in den Quellen enthaltene, aber noch unausgesprochene Wesen der Rechtsdinge zu bestimmen, von Unwesentlichem und Verwandtem zu unterscheiden sucht, ist bald für sich[19]), bald in Verbindung mit den nachher (sub. 5) zu erwähnenden divisiones[20]) nicht selten und frühe Gegenstand von eigenen Büchern Sammlungen und Erörterungen[21]) geworden.

ad 5. Den „ersten Anfang einer systematischen Behandlung der Rechtswissenschaft" sieht Savigny[22]) in den Summen — ohne Zweifel insofern, als in ihnen wenigstens innerhalb eines

---

16) Pand. Practikum oder Chrestomathie aller in besonderen Beispielen und Rechtsfällen des C.J.C. aufgestellten und entschiedenen Rechtsfragen, nach der Legalordnung und mit Bezeichnung der Parallelstellen. Erster Theil: die Fälle und Fragen; zweiter: die Entscheidungen enthaltend. Heidelb. 1853.

17) F. von Feltmann, Groning. 1671.

18) Institt. juris reconcinnatae ita ut typorum varietate distinguantur textus etc. von Vinc Placcius, Francof. 1682.

19) G. Lauterbeckii, Centuriae VII. definitionum, extant cum differentiis; Colon. 1578. P. Buysii deff. utriusque juris, Codomi 1586. Jac. Cujacii liber definitionum, Frf. 1602. J. Pacii a Beriga diff. juris civ. et can., Paris 1639. J. A. Corvini posthumus Pacianus, s. deff. juris civ. et can. Amst. 1659 — ad normam logicam formatas gibt L. A. Würfelius Frf. 1749 — u. a. m. bei Lipenius s. h. v.

20) z. B. J. Barckfeldii deff. et divisiones juris, Lubecae 1673. J. Belloni deff. et divisiones juris etymologicae Lugd. 1562.

21) Chr. Wendini diss. de nobili veterum J.C.C. in definitionibus ex arte definiendis solertia, Rost. 1588. S. Willenbergii diss. de periculosa def. ratione in jure civil. Ged. 1710.

22) Gesch. Bd. 3. S. 567.

ganzen Titels nach eigener Ordnung verfahren wird. In diesem Sinne können alle Schriften systematisirend genannt werden, welche nachmals den Quellenstoff nicht mehr im Anschluß an die einzelnen Stellen, wohl aber in dem an die einzelnen Titel, oder doch in dem an die Titel der Institutionen oder der Pandekten ꝛc. d. i. in der „Legalordnung" darstellen, mögen sie nun einen mehr bloß summirenden, oder generalisirenden[23]), oder aber einen dogmatisch[24]), oder casuistisch-practisch[25]) ausführenden Charakter haben. Ueberall hier tritt die Systematisirung aber nur secundär, zufolge des Umstandes auf, daß von bloßer Exegese abgegangen, ein selbstgeschaffener Text obenan, und der der Quellen darunter oder daneben gestellt wird, zur Erhärtung des anderen. — Primär auf Systematisirung dagegen gehen alle diejenigen Werke aus, welche

a) den Text der Quellen im übrigen unverändert, aber nach einer anderen Ordnung — etwa das ganze Corpus Juris nach Ordnung der Institutionen[26]), oder nach der der Pandekten[27])

---

23) z. B. Boeckelmann, compendium Institt. Lugd. Bat. 1679. van Eck, principia j. c. sec. ordinem Digg. zuerst Ultraj. 1689, Westenbergii, principia juris sec. ord. institt. Imp. Just. Amst. 1699 u. Sec. ord. Dig. Harder. 1712. Heineccii, elementa j. c. sec. ord. Institt., seit Amst. 1725 oft und mit Anmerkungen, die zuletzt in den Höpfner'schen Commentar auswachsen; desselben elem. j. c. sec. ord. Pand. zuerst Amst. 1728; dann die Grundrisse von Seidenstücker (Jena 1807), Heise (Heidelb. 1823), Burchardi (Bonn 1819), Haubold (Lips. 1820), Boecking (Bonn 1845, 1848) ꝛc.

24) z. B. das collegium Argentoratense von Just. Meyer, Arg. 1657. Ulr. Huberi praelectt. j. R. et hodierni ad Pand. zuerst Frcf. 1689. J. Voët, comm. ad Pand. zuerst Lugd. Bat. 1698. Hellfeld, jurispr. forens. sec. ord. Pand. zuerst Jen. 1764 und dazu Glücks ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. 1—34, Erlangen 1790—1830; fortgesetzt von Mühlenbruch (Bd. 35—43, 1832—1843, dann Fein (Bd. 44. 45; 1851—1853), Arndts Bd. 46 u. 47 1. Abth. 1868—71. Woneben Leist zu Dig. lib. 37, 1, 1870. u. Burkhard, zu Dig. 39,1. 1871.

25) z. B. Schilter, Exercitationes ad 50 libros Pand. Jen. 1675, später als Praxis j. R. in foro Germ. 1698. Lauterbach, collegium theor. practicum, zuerst Tubing. 1690. Leyser, Meditt. ad Pandectas, Lips. 1717—1748. Stryck usus modernus Pandd. Viteb. 1690—92 mit 4 Forts. von 1726—1729, ganz Hal. 1733—37.

26) z. B. Conspectus corporis j. R. ad ordinem institt. systematice dispositi et accessionibus parallelorum ex reliquis juribus imperii aucti v. Euseb. Berger, Francof. et Lips. 1746. 8.

27) Pothier, Pandectae Just. in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Paris 1748. Lugd. 1782. Paris 1825 (in 5 Bd. 4°).

oder nach eigener Ordnung[28]) wiedergeben, „Reconcinnationen" heißen, und nichts als diese Systematisirung bezwecken;

b) den ganzen Stoff in eigener Ordnung und eigenem Texte zugleich darstellen, wie dies vielleicht in des Wilh. Durantis († 1296) Speculum judiciale (speculum juris)[29]) zum ersten Male angestrebt, in den Commentaren des Franziskus Connanus[30]) und Hugo Donellus[31]) und in den Dig. jur. civ. libris L unseres Weigel (Vigelius 1529—1600) inmitten und entgegen den Exegeten in großem Stile durchgeführt, trotz des glänzenden Beispieles, das namentlich Donellus gab, aber erst in diesem Jahrhundert zur herrschenden Mode geworden ist; nur einige Compendien fallen in die Zwischenzeit[32]).

Eigene Ordnung liegt auch in der nach dem index legum des Labittus (Paris 1557) und der jurisprudentia restituta des Abr. Wieling (Amst. 1727) geschaffenen Palingenesia librorum veteris juris von Hommel (Lips. 1767—1768), wornach die Pandekten sich in die Bücher der excerpirten Juristen auflösen; allein in dieser „Reconcinnatio" geben keine sachlichen Gesichtspunkte, weder die natürlichen der alten, noch die abstracten der heutigen Jurisprudenz den Ausschlag: sie ist darum keine Systematisirung.

Für alle Fälle übrigens ist die Systematisirung nur in der Summe und nicht identisch mit dieser; an und für sich ist sie divisio[33]) und nichts als divisio; Theilung bald nach Arten, bald nach Gliedern, die bis zu den nicht mehr theilbaren Dingen (Elementen) hinabdringen, hinwider aber mit der in dem Recht und den Rechtsdingen gelegenen Gliederung zusammenfallen und so in der Vielheit die natürliche Einheit wahren soll. Das ist das „Kunstwerk",

28) wie solche Leibniz wollte (Spang. S. 374. 1).

29) nach Sav. Bd. 5 S. 589 fg. von 1473—1678 neunundbreißigmal gedruckt.

30) comm. jur. civ. libri X, zuerst Paris 1553.

31) comm. j. c. libri XXVIII zuerst Francof. 1596, zuletzt Norimb. 1832—1833.

32) s. König, Lehrb. d. allg. jur. Literatur, 2. Thl., Halle 1785 S. 394 II, S. 396. (Bultejus 1618, Habernickel 1757, Madihn 1764, Hofacker, Institt. u. Elementa 1763. 1785, Wehre, Primae lineae methodo-systematica ductae 1783. Reitemeier, conspectus j. R. 1784) nebstdem B. G. Struvii biblioth. juris selecta, ed. 3a. Jenae 1710 cap. 7 §. 14.

33) s. oben Anm. 14.

von dem Crassus bei Cicero träumt[34]), das die „Digesten“[35]) und die divisiones[36]) der Alten anstreben, das die „Natur“, welcher die Unsrigen durch Abweichung von der Ordnung des Corpus Juris näher zu kommen meinen[37]).

ad 6. Eine theoretische Verarbeitung der Quellen liegt auch in der Arbeit, welche das vorhandene Recht auf historische Vorstufen, allgemeinere begriffliche Grundlagen, ethische, ästhetische Grundsätze, praktisches Bedürfniß zurückzuführen, d. i. zu motiviren sucht. Denn was vorher eitle Satzung schien, wird sich infolge solcher Arbeit mehr und mehr als eine Schöpfung von innerer Gesetzlichkeit erweisen.“ Diese Verarbeitung setzt jede andere — die Uebersicht der Summe, die allgemeinere Fassung des Generale, die Theilung des Systems — umsomehr die kritisch-exegetische Bearbeitung des Rechtes voraus, und tritt denn auch zeitlich zuletzt auf.

Was zunächst die historische Entwicklung anlangt, so wird eine solche „bei den Glossatoren gänzlich vermißt“[38]) und bei den Postglossatoren ebenso[39]), u. E. nicht aus Mangel an Quellen[40]), die schon im 11.—15. Jahrhundert da sein mußten, um im 16. gefunden werden zu können, sondern aus Mangel an Trieb sie zu suchen — aus Mangel an historischem Sinn, der dem Menschen auch sonst später zu kommen pflegt, als jeder andere. Von einer historischen Entwicklung, welche uns auf die uranfängliche und nur mechanisch aufgehobene Gemeinschaft des Privatrechtes mit allem übrigen Rechte zurückführte, sind wir selbst heute noch fühlbar entfernt. Die Humanisten sind reich an historischen Detailerklärungen (S. 57), und legen in der historia

34) de oratore: Si enim aut mihi facere licuerit, quod jam diu cogito, aut alius ... effecerit: ut primum omne jus civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat — und dazu dann die Definition — tum propriam cujusque vim definitione declaret.

35) über die Bedeutung des Wortes Digesta s. Miscellanea zu Rechtsg. u. Textestritik v. Herbert Pernice, Prag 1870. I.

36) juris, personarum, rerum, actionum — Gaj. 1, 1; 1, 9; 2, 1; 4, 1. Dig. 48.

37) s. z. B. Nettelbladt § 564. Systemata I. Secundum ordinem Institutionum etc. II. Secundum ordinem naturalem.

38) Sav. Bd. 5 S. 232. Heineccius, antiquitt. rom. syntagm.

39) a. a. O. Bd. 6 S. 10. S. 88.

40) wie Sav. an dem Anm. 38 angf. O. zu meinen scheint.

juris[41]) den Grund für unsere s. g. äußere Rechtsgeschichte; aber eine Geschichte des gesammten Rechtes, wie sie J. Gothofredus im Sinn und in der Macht hatte, kennt noch J. G. Heineccius[42]) (1681—1741) nicht. Doch geht noch vor ihm J. V. Gravina in den originum juris civ. libri tres (Neap. 1702)[43]) systematisch auch auf „innere Rechtsgeschichte" ein. Das seitdem zu eigener Disciplin erwachsene Studium der Rechtsgeschichte weiter zu verfolgen, muß anderem Orte überlassen bleiben: hieher gehört nur noch die Bemerkung, daß die historische Forschung Begriffsforschung zugleich sein muß, und daß die Aufgabe der Rechtsgeschichte erst gelöst sein wird, wenn in dem ältest nachweisbaren Zustande zugleich der dogmatische Grundriß aller späteren Begriffsentfaltung vorliegt. Da wird das Privatrecht dann auch wieder heimgekehrt sein in die angestammte Verbindung mit dem öffentlichen Rechte.

Nirgends aber reicht die Geschichte bis in das erste Werden zurück. Daher denn, als man der Sage nicht mehr glaubte, die Speculation auch auf unserem Gebiete. Den Glossatoren und den Postglossatoren kann sie freilich so wenig nachgerühmt oder nachgeredet werden, als Historie. Denn wenn man gleich schon dem Irnerius Dialektik zuschreibt[44]) und den Jac. de Ravanis (um 1274) als deren eigentlichen Begründer in der Jurisprudenz bezeichnet[45]), so geht das nur auf die von der arabisch-aristotelischen Logik herübergenommene scholastische Darstellungs- und Verdauungsweise, nicht auf ein über das Gewordene zurückgreifendes Philosophem. Dasselbe gilt von der später durch M. Wesenbeck in Deutschland eingeführten ramistischen[46]), sowie von der nachmaligen axiomatischen und wolfmatischen[47]) Methode. Darnach enthalten auch die „Dialektiken", „Logiken", ja selbst die „Metaphysiken des Rechts" (Struve, cap. 9 §. 2) noch keine Rechts-

41) anschließend an D. de orig. jur. et omnium magistratuum et succ. prud. (1. 2).
42) praef. zur 1. Aufl. seiner antiqq. rom. (Bas. 1718).
43) und zwar in lib. II. qui est de jure naturali et gentium. —
44) Sav. Bd. 4 S. 27.
45) a. a. O. Bd. 5. S. 609.
46) Tennemann, Gesch. d. Philosophie Bd. 9. S. 420—442, bes. S. 438. Berryat St. Prix, hist. du droit Rom. p. 316 §. V.
47) Warnkoenig, jur. Enc. S. 324.

philosophie. Ueberhaupt ist unter den Juristen von Fach bis in's 17. Jahrhundert wenig philosophisches Anliegen bemerkbar [48]; den Raimundus Lullus (1234—1315) mit seiner ars magna [49] werden wir trotz der principia juris [50] so wenig zu den Unsrigen zählen wollen, als sich die Mediciner, ja vielleicht die Philosophen selbst seiner annehmen. Als sie endlich in diese erhabeneren Regionen eintraten, geschah es an der Hand besonders jenes Institutionentitels, der mit dem Rechte etwas Allgemeinmenschliches und natürliches in Verbindung bringt (de jure naturali, gentium et civili 1, 2); und sei es daß dieses vergriffene jus naturale et gentium der Quellen, oder die Gewöhnung der Juristen, von nichts anderem als vom Recht zu reden, oder eine kabbalistische Neigung der Philosophen, anstatt des bloßen erkennens auch einmal etwas zu schaffen, daran schuld ist: die Rechtsphilosophie erhob sich selbst zum Recht, stellte sich in Literatur [51] und Vorlesungen [52] dem positiven Rechte gegenüber, als eines, das — obwohl mit jedem Auctor wechselnd — jenem zur Richtschnur dienen [53], derogiren [54] oder doch aushelfen [55], dem aber umgekehrt die Gesetzgebung selbst nicht derogiren sollte [56].

Diese Wandlung der Rechtsphilosophie kann man für überwunden halten [57]. Allein auch die Meinung irgend eines Sy-

48) Kreitmayr, Annot. z. Cod. Max. bav. civ. I. 2 §. 4 „das Recht der Natur hat zwar mit Erschaffung des ersten Menschen seinen Anfang genommen, ist aber gleichwohl erst im vorigen saeculo in formam artis et disciplinae gebracht worden".

49) s. diese geschildert in v. Prantls Gesch. d. Logik.

50) im 1. Bd. seiner opp. omnia Mogunt. 1721.

51) die so reich ist, daß hiefür eigene Literaturgeschichten bestehen: z. B. Ch. Thomasii paulo plenior hist. jurispr. div. Halae 1719. Glafey, vollst. Gesch. d. R.'s der Vernunft, Leipz. 1746. Gebauer, nova jur. nat. historia, Wetzl. 1774. Meister, biblioth. jur. nat. et gent. Gött. 1749—1757. Essai sur l'histoire du droit naturel, Londres 1754. Eine Uebersicht s. bei Geyer, Gesch. u. Syst. der Rechtsph. in Grundzügen. Innsbr. 1863. S. 30—66.

52) Warnkönig a. a. O. S. 326.

53) Zeiller, das nat. Privatr., Wien 1802 §. 24 u. die das. cit. Leibnitz'sche Stelle.

54) so noch Schweppe, röm. Privatr. 4. Ausg. §. 2 (Citat von Unger.

55) wie noch nach §. 7 des österr. allg. bürg. Gesetzbuches; dazu Ungers System, 3. Aufl. Bd. 1 §. 11. I.

56) vgl. Unger a. a. O. Anm. 9.

57) Unger a. a. O. S. 70 fg. Geyer, Gesch. u. Syst. d. Rechtsph. Innsbr. 1863 §. 2.

stems, im Besitze der Rechtsidee zu sein, und aus ihr heraus sagen zu können, was Rechtens sein soll, steht über oder unter dem bloßen Erkennen. „Um noch über das Belehren, wie die Welt sein soll, ein Wort zu sagen, so kommt dazu ohnehin die Philosophie immer zu spät“ [58]). Ueber das Recht läßt sich nichts lernen als aus dem Recht. Ein Buch, das in den Entstehungsprozeß des römischen Rechtes hellere Lichter wirft, als jedes andere, hat diese an ihm selbst entzündet [59]). Die Motoren, von denen sich das Recht in seinen Satzungen bestimmen und leiten läßt, stehen zwar außer und vor dem Rechte, so daß man z. B. das aequum et bonum freilich auch unabhängig vom Recht, in der Ethik und Moraltheologie, verfolgt und verfolgen muß; aber w und wie es im Rechte wirkt, ist nur aus diesem ersichtlich, auße und in diesem gründlich verfolgt von M. Voigt, die Lehre vom jus nat. aequum et bonum und jus gentium der Römer (Bd. 1 — Bd. 3, 1. Abth. Leipz. 1856—1871). Aequum et bonum und utilitas publica haben später nach Maßgabe des Christe thums gewirkt; sein Einfluß ist denn auch eigens verfolgt und dargestellt worden [60]).

§. 14.

Fortsetzung.

II. Der Werke, in denen die Grundformen der theoretischen Verarbeitung sich mit einander verbinden, sind der Zahl nach mehr, der Art nach weniger, als derjenigen, in welchen nur dies oder jene Grundform unserer Literaturgattung zu Tage tritt. Sie lassen sich in Abhandlungen und Systeme eintheilen.

1. Die Abhandlung unterscheidet sich von Exegesen oder Commentationen, mögen diese auch noch so weitläufig sein, dadurch daß sie nicht den Text der Quellen, sondern irgend einen Gegenstand der Quellenbestimmungen (irgend ein Recht, Geschäft, oder eine Gruppe von Rechten, Geschäften ꝛc.) in den Vordergrund

58) Hegel, Grundlagen der Phil. d. Rechts, herausgeg. v. Gans 2. Aufl. S. 20.

59) Ihering, Geist d. röm. R.'s auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipz. 1. Aufl. Bd. I — III. 1. 1852—66.

60) K. Th. Troplong, de l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, Paris 1843.

ihrer Erörterung stellt, von dem Systeme dadurch, daß sie nicht den Gesammtinhalt des Rechtes, sondern nur einen Theil desselben zur Darstellung bringen will. **Kritik** und Exegese sind in ihr nicht ausgeschlossen, können nothwendig und die Hauptsache sein [1]), sind hier aber stets nur Mittel zum Zweck. Von den Grundformen der Verarbeitung werden sich, wenn die Abhandlung dogmatischen Zweck hat, stets die Definirung, Generalisirung und die Systematisirung in ihr verbinden, indem sie den Quellen dann nothwendig die für ihren Gegenstand geltenden Sätze oder Regeln abzugewinnen und diese nach der Gliederung des Gegenstandes in ihrem wesentlichen und unwesentlichen Bestand zu ordnen und darzustellen bestrebt sein muß; nebstdem kommt es oft zur historischen und sonstigen Motivirung, behufs Erhärtung und Feststellung jener Sätze.

In geringster Ausdehnung heißt die Abhandlung Dissertation, in größter Monographie, in mittlerer Abhandlung schlechthin. Ihr literarhistorischer Ausgangspunkt mag in der Brokardizirung (S. 55) liegen. Von den Glossatoren kennen wir eigene Abhandlungen nur über Actionenrecht, Prozeß und prozessualische Gegenstände (Actionen, Präscriptionen; ordo judiciarius, de remediis contra sententiam, de confessionibus etc.) [2]); vieles hiervon gehört aber der practischen Verarbeitung der Quellen (§. 15) an. Mannigfaltig in das materielle Recht dagegen greifen bereits die Postglossatoren ein (de cessione actionum, de succ. ab int., de jure emphyteutico, de alimentis, de testamentis, de pignoribus, flos ultimarum voluntatum, de legitimatione etc.) [3]), tausendfältig die Späteren. Von mittelalterlichen Abhandlungen erschien eine Sammlung von 9 Folianten in Lyon 1535 (tractatus doctorum juris), dortselbst eine von 17 Foll. a. 1549 (tractatus tractatuum), und in Venedig 1584 die tractatus universi juris, in 18 Foliobänden, deren einige selbst in mehrere Bände zerfallen, so daß die Sammlung darnach in 25, und die Registerbände mitgerechnet, in 28 Bänden besteht. Jeder

1) z. B. Ann. Fabroti replicatio ad Salmasium de mutuo in qua leges pleraeque et alia auctorum loca emendantur.

2) Uebersicht bei Savigny Bd. 5 §. 84.

3) Sav. Bd. 5. S. 406. 458. 491. 493. 533.

Band enthält Abhandlungen nur über Einen Gegenstand; civilistischen Inhalts sind (die Doppelbände als eins gerechnet) I–IX, XVII—XVIII; der erste enthält nur Kritik und Exegese[4]): die Zahl der gesammelten Schriften geht auf 715. Diese letzte Sammlung ist es, an die man gemeiniglich beim „tractatus tractatuum" und „Oceanus juris" denkt. Den Humanisten ist Ev. Ottos thesaurus juris romani (IV. Tom. fol. Bat. 1725 vermehrt auf ca. 97 Schriften und verbessert Ultraj. 1773, nachgedruckt Bas. 1744) gewidmet, um eben deswillen aber überwiegend kritisch-exegetischen, und in den Abhandlungen historischen oder antiquarischen Inhalts[5]). Dasselbe gilt von Heineccius jurisprudentia romana et attica[6]), sowie von Meermanns thes. juris civilis et canonici[7]), von denen der letztere absichtlich zur Fortsetzung und Ergänzung der Otto'schen Sammlung erschienen ist. Ein alph. Verzeichniß der einzelnen Autoren und Schriften der tractatus univ. juris sowie des Otto'schen und Meermann'schen Thesaurus findet sich in Nettelbladts init. hist. lit. App. III. Speciell den alten Gesetzen, wie schon der 4. Band Ottos (mit den quatuor fontes juris von J. Gothofred) und viele der einzelnen Tractate, gilt Fellenbergs jurispr. antiqua[8]). —

4) I. de jure cognoscendo et interpretando, II. de statutis et consuetudine et privilegiis, III. de judiciis, IV. de probationibus, V. de sententiis et re judicata, VI. de contractibus licitis, VII. de contr. illicitis, VIII. de ult. voluntatibus, IX. de matrim. et dote, XVII. de variis juribus et acquisitionibus, XVIII. de variis verbis juris.

5) Titel: Thes. j. R. continens majora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus rom. emendatur, explicatur, illustratur, itemque classicis aliisque auctoribus haud raro lumen accenditur. .

6) continens varios commentatores, qui jus rom., atticum, item classicos aliosque auctores veteres emendarunt, explicarunt, illustrarunt. Cum praef. J. G. Heineccii (Tom. I. F. Balduini opuscula omnia T. II. Interprett. u. de diff. jur. von B. Chesius u. G. Panzirol. T. III. S. Petiti leges Atticae nebst Commentaren). Lugd. Bat. 1738—1741.

7) Novus thes. j. civ. et can. continens varia et rarissima optimorum interpretum in primis Hispanorum et Gallorum opera tam edita antehac, quam inedita, in quibus utrumque jus emendatur, explicatur, atque ex humanioribus literis, antiquitatibus et veteris aevi monumentis illustratur. Tomi VII fol. Hag. com. 1751—1753. Supplementband 1780 durch Meermann d. J.

8) continens opuscula et dissertationes quibus leges antiquae praesertim Mosaicae, Graecae et Romanae illustrantur. Bernae 1760.

Dissertationen, seit langem rechtliche Voraussetzung der Promotionen, sind oft im Anschluß an die Fakultäten [9]), aus denen sie hervorgegangen, oft von den Promotoren [10]), die auch für derlei Dissertationen der spiritus movens zu sein pflegten, gesammelt und herausgegeben worden. Ihr Vorkommen ist so massenhaft, daß eine eigene isagogische Vorhalle speziell für diesen Literaturzweig erstund [11]).

An die Stelle der Sammlungen sind in neuerer Zeit Zeitschriften getreten, von denen nicht nur die Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft [12]) u. die für Rechtsgeschichte [13]), ferner das Rheinische Museum für Jurisprudenz [14]), die Sell'schen Jahrbücher [15]), die Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß [16]), das Jahrbuch d. gem. deutschen Rechts [17]), und die Jahrbücher für die Dogmatik d. heutigen röm. u. deutschen Privatrechts [18]), sondern auch das Archiv f.

---

9) z. B. dispp. Heidelbergenses, Colon. 1581: Colonienses, 1596; Argentoratenses, 1626—1673; dissertatt. juridicae Basileenses (Basil. 1618—24 Vol. I—VIII. 1653. Vol. nov. 1673 Vol. singulare); — Oelrichs Thes. dissertt. juridd. selectissimarum in academiis belgicis habitarum; continens diss. historico-antiquario-juridicas, quibus varia juris civ. capita veterumque auctt. loca emendantur, illustr. etc. Bremae 1769— Vol. I. —

10) wie z. B. Ingolstädter von Hub. Giphanius, 1595 u. Herm. Conring 1686; Frankfurter u. Halenser von Samuel Stryck 1690—1720; Tübinger von F. G. Harprecht. 1663; W. A. Lauterbach, 1728; Rostocker von E. J. F. Mantzel, 1736.

11) Lipenius sub v. disputandi methodi, z. B. J. H. Boehmero succincta manuductio disputandi et conscribendi dispp. juridicas, Halae 1703.

12) herausgeg. zuerst v. Savigny, Eichhorn u. Goeschen, dann Klenze, Rudorff, Berl. 1815—1850, 15 Bde.

13) v. Rudorff, Bruns, Roth, Merkel(†), Böhlau, 1861 bis jetzt 10 Bde.

14) v. Hasse, dann Blume, Puchta, Puggé, B. Hollweg, Böcking, Unterholzner, Bonn 1827—1835, 7 Bde.

15) Karl u. Wilhelm Sell, Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearbeitung d. röm. R.'s, Braunschw. 1841—44, 3 Bde.

16) v. Linde, Marezoll, v. Wening-Ingenheim, dann Schröter, Schulte, Gießen 1827—1844, 20 Bde.; 1845—1865 neue Folge Bd. 1—22.

17) v. Bekker u. Muther, dann Stobbe, Leipz. 1857—1863, 6 Bde.

18) v. Gerber u. Ihering, jetzt Ihering u. Unger (Jena seit 1857, 11 Bde.)

civ. Praxis[19]) theoretischen, die ersteren fast nur historischen, die anderen überwiegend dogmatischen Inhalts sind. Eine Sammlung von dogmatischen Abhandlungen, freilich der gesammten Rechtswissenschaft, ist auch Dr. J. Weiske's Rechtslexikon[20]); und Dr. L. Goldschmidts Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht[21]) enthält gleichfalls weithin römisches Recht.

Gesammelte Abhandlungen einzelner Autoren erschienen früher gewöhnlich als opuscula[22]), natürlich auch in deren opera omnia[23]); aus unserem Jahrhundert sind hervorzuheben die von Thibaut[24]), Schrader[25]), Gesterding[26]), Dirksen[27]), Neustetel und Zimmern[28]), Kritz[29]); Francke[30]), Heise u. Kropp[31]), Huschke[32]), Buchholtz[33]), Büchel[34]), Seuffert (J. A.)[35]), Arndts[36]), v. d. Pfordten[37]), Schmidt v. Ilmenau[38]).

---

19) v. Gensler, Mittermeier, Schweitzer, dann Löhr, Thibaut, Mühlenbruch, Wächter, Francke, Linde, Bangerow, Anschütz, Fitting, Heidelb. seit 1818. 52 Bde.

20) Leipz. 1839—1861 (A—Z) in 15 Bdn.

21) Erlangen 1861, seit 1865 mit Dr. P. Laband, seit 1868 mit Laband u. Dr. E. Malsz — bis jetzt 16 Bde.

22) s. dergleichen aus dem vorigen Jahrh. bei Nettelbladt §. 372

23) s. dergleichen aus dem 16. bis in's vorige Jahrh. bei Nettelbladt §. 369. §. 371.

24) Versuche über einzelne Theile der Theorie d. Rechte, Jena 1798 2. Aufl. 1817; civ. Abhh. Heidelb. 1814.

25) Abhh. aus dem Civilr., Hann. 1808.

26) alte u. neue Irrthümer der Rechtsgg. Greifsw. 1818: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmatt., Greifsw. 1825—40, 6 Bde.

27) Civil. Abhh. Berlin 1820, 2 Bde. und jetzt dessen hinterlassene Schriften, herausgg. v. F. D. Sanio, 2 Bde. Leipz. 1871.

28) römischr. Unterss. für Wissensch. u. Ausübg. Heidelb. 1821.

29) ereg. prakt. Abhh. über ausgewählte Materien d. Civilr's, Leipz. 1823; Darstellung prakt. Materien d. r. R. I. Dresd. u. Leipz. 1831.

30) Civill. Abhh., Gött. 1826 u. Beittr. z. Erll. einzelner Rechtsmat. Gött. 1828.

31) jur. Abhh., 2 Bde., Hamb. 1827.

32) Studien d. r. R.'s, Bd. I. Bresl. 1830.

33) Verss. über einzelne Theile der Theorie d. heut. röm. R., Königsb. 1831. juriſt. Abhh. ꝛc. 1833.

34) civilr. Erörterungen, 2 Bde., Marb. 1832, 2. Aufl. Marb. 1847.

35) gesammelte rechtsw. Abhh., Erl. 1837.

36) Beiträge zu versch. L. des Civilr. u. Civilpr. Bonn 1837.

37) Abhh. aus dem Pandektenr. Erl. 1840.

38) jur. Abhh. Jena 1841.

Wächter[39]), Jhering[40]), Bachofen[41]), Savigny[42]), Puchta[43]), Scheurl[44]).

Eine eigene Art von Abhandlungen sind diejenigen, welche die Besprechung und Kritik fremder Bücher zum Ziele haben. Möglicherweise qualificiren sie sich zur Literaturgeschichte (§. 16 S. 85 fg.); möglicherweise ist es ihnen vorzugsweise um Summirung oder Kritik blos des Inhalts zu thun, und gehören dann mittelbar auch sie zur Bearbeitung oder Verarbeitung der Quellen. Für Aufsätze und Abhandlungen dieser letzteren Art bestehen eigene Zeitschriften, aus diesem Jahrhundert die

kritische Zeitschr. f. Rechtswissenschaft (Tübinger) von R. Mohl, A. Rogge, C. Scheurlen, K. G. Wächter und K. Wächter, Tüb. 1826—1829, 6 Bde.

kritische Jahrb. f. d. Rechtswissenschaft v. Richter und Schneider, Leipz. 1837—1848, 24 Bde.

kritische Zeitschr. f. d. gesammte Rechtsw., v. Brinkmann, Dernburg ꝛc. Heidelb. 1853—1859, 5 Bde.

kritische Uebersicht d. d. Rechtsw. u. Gesetzgbg. von Arndts, Bluntschli, Pözl, München 1853—59, 6 Bde.; — die beiden letzten vereinigt in der

kritischen Vierteljahrsschrift f. Gesetzgbg. u. Rechtsw. herausgg. von Pözl, dann Pözl u. Becker, Pözl u. Windscheid, Pözl u. Brinz, München, seit 1859, 13 Bde. — Nur Summirungen enthalten die Schletter'schen Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft u. Gesetzgbg., seit 1855, 12 Bde.; überwiegend literarhistorisch waren die Schunck'schen Jahrbücher der gesammten deutschen jur. Literatur, Erlangen von 1826—1835 26 Bde.

Unserer neueren Wissenschaft am förderlichsten ist eine Reihe von Monographien geworden, deren später gleichwie sonstiger

39) Erörterungen aus dem röm., deutsch. u. württb. Privr. 3 Hfte., Stuttg. 1843.
40) Abhh. aus dem r. R., Leipz. 1844.
41) ausgew. Lehren d. röm. Civilr. Bonn 1848.
42) civill. Abhh. Berlin u. Leipz. 1823, vermischte Schriften, 5 Bde., Berlin 1850.
43) Kleine civ. Schriften, Leipz. 1851.
44) Beiträge zur Bearb. d. röm. R., Erl. 1852. 1854, 2 Bde.

einzelner Abhandlungen gelegentlich Erwähnung geschieht. Epochemachend durch Restauration des klassischen Rechtes sind Savignys Recht des Besitzes[45]), Mühlenbruchs Lehre von der Cession der Forderungsrechte[46]), Kellers Litiscontestation u. Urtheil[47]), Ribbentropp zur Lehre v. d. Correalobligationen[48]) — epochemachend durch Würdigung der hinausgeworfenen italienischen und deutschen Praxis C. G. Bruns, Recht d. Besitzes[49]).

2. Die Systeme verbinden mit ihrer systematisirenden Arbeit a) häufig und vornehmlich die Generalisirung, und werden dadurch zu Compendien[50]). Ein äußerer Anlaß zu diesen lag in den kürzeren Nachmittags-Vorlesungen[51]). Compendien nach eigenem Systeme, wie z. B. D. Hilligers Donnellus enucleatus[52]), H. Vulteji, jurispr. Rom. libri duo, Marb. 1618[53]) sind vordem seltener gewesen, als Compendien nach dem Institutionen- u. Digestensystem (S. 62 fg.); heutigen Tages ist das eigene System ebensosehr an der Tagesordnung, als die Generalisirung. Typus eines Compendiums sowohl was die Generalisirung als die theilende Kraft der Systematisirung anlangt, ist das von G. F. Puchta[54]); von ähnlicher Kürze, aber mehr auf schlichte Herausstellung der geltenden Sätze, als auf innere Verbindung gerichtet ist Seufferts pract. Pandektenrecht[55]) In der Mitte zwischen beiden steht Arndts[56]), der sich von manchen Abstrac-

45) seit 1803 sieben Auflagen, die letzte durch Rudorff mit dessen Zusätzen, Wien 1865.

46) 3. Aufl. Greifswald, 1836.

47) Zürich, 1827.

48) Göttingen, 1831.

49) Tübingen, 1848.

50) Institutionum libri quatuor, quos nova quadam alchymia in axiomata resolutos in usum cupidae legum juventutis — soli aprico exponit et coenae pleniori brevi subsecuturae praemittit Thomas Sagittarius Breslau.

51) vgl. z. B. Prantl, Gesch. der Ludw.-Max.-Univ. in Ingolst., Landshut, München, Bd. I.

52) Sive Commentarii M. Donelli de jure civ. in compendium, redacti etc. Jenae 1611—1617. Lugd. 1619.

53) s. weitere bei Nettelbl. §. 564. II.

54) Pandekten, seit 1838, jetzt (1872) 11. Aufl., Abth. 1, seit der 4. Aufl. von Rudorff besorgt u. annotirt.

55) seit 1824, jetzt die 4. durch Prof. D. E. A. Seuffert besorgte u. mit eigenen Anmerkungen versehene Ausgabe (Würzb. 1872).

56) seit 1852 die 7. Aufl. (Stuttg. 1872).

tionen Puchtas lossagt, diesem aber im Ganzen und Großen folgt, auch in der Kürze. Durch diese und dadurch, daß er seinen eigenen Text nicht selbst glossiren zu sollen meint, zeichnen sich auch J. Barons Pandekten[57]) aus. Kürzer als alle sind K. Esmarchs Grundsätze des Pandektenrechts[58]), welcher wie das Seuffert'sche Buch weniger die Entwicklung als den fertigen Bestand anstrebt. Mehr hinwider auf begriffliche Entwicklung und „organische Durchdringung der Vielheit durch die Einheit" ist J. F. Kierulffs leider unvollendete Theorie des gemeinen Civilrechts[59]) gerichtet[60]). Dasselbe gilt von Ed. Böckings Lehrbuch des römischen Privatrechts[61]), das sich der Ausführlichkeit nach „Pandekten", und weil nur das reine römische, hauptsächlich das classische Recht seinen Gegenstand bildet, „Institutionen", d. i. Einführung in das heutige r. R. nennen durfte; dasselbe gilt aber auch von der encyklopädischen Darstellung des heutigen r. R.s von C. G. Bruns in Holtzendorffs Encykl. der RW. (1869. 1872.)

Ausführlicher, d. i. in der Zertheilung des Stoffes weitergehend, daneben häufiger (wenn auch nur in dem Beiwagen der Anmerkungen) exegesirend, motivirend, controversirend (brocardizirend) sind in unseren Tagen die Compendien von B. Windscheid[62]), der so sehr als die Quellen auch die neuere Literatur und Praxis verarbeitet und zwei neue verstärkte Auflagen der 2 ersten Bände erlebte, noch bevor der dritte vollendet war, L. F. Sintenis[63]), Vangerow[64]), in denen beiden die Anmerkungen den Text überwiegen, die Anmerkungen Abhandlungen, die Texte wirklich Compendium (Sintenis), oder bloßer Grundriß sind (Vang.); in den ersten Decennien dieses Jahrhunderts die von

57) Leipz. 1872.

58) Wien 1860.

59) Erster Band, Altona 1839.

60) s. desselben denkwürdige Einleitung.

61) Institutionen, ein Lehrb. d. r. Privr., 1. Bd. Bonn 1843. 2. Aufl. Pandd. d. röm. Privr.'s oder Institutionen d. gem. Civilr.'s 1. Bd. Bonn 1853. 2. Bd. 1. Lief. Leipz. 1855.

62) Lehrb. d. Pandektenrechts, Düsseldorf, erste Aufl. 1862, 3. 1870.

63) d. pract. gem. Civilrecht, Leipzig seit 1844, 3. Aufl. 1869.

64) zuerst Leitfaden, dann Lehrb. der Pandekten. Marburg, seit 1838 a. 1869, siebente vermehrte und verb. Aufl.

A. F. Just. Thibaut[65]), A. Schweppe[66]), Wening-Ingenheim[67]) mit Erläuterungen, Zusätzen und Berichtigungen von J. A. Fritz[68]), Chr. F. Mühlenbruch, der noch einmal lateinisch schrieb[69]), C. F. Roßhirt[70]), R. v. Holzschuher[71]). Mit Ausnahme dieses letzten stammen sie alle vom Katheder her; Vorlesungen, nach dem Tode ihrer Urheber herausgegeben, besitzen wir von Göschen[72]), Puchta[73]), Keller[74]); Wächter[75]), und J. Unger[76]), neuerdings Förster[77]), Dernburg[78]) und Roth[79]), behandeln partikulares Recht, allein jene auf Grund, diese im Lichte des gemeinen, darum auch römischen Rechtes.

b) Noch ausführlichere Systeme, die bald Commentare, bald Systeme oder Handbuch schlechthin heißen, in denen die Exegese, Controverse, historische und dogmatische Motivirung nicht blos unterstützend in den Anmerkungen, sondern als wesentlich im Texte selbst vorkommen, sind die alten oben (S. 62) genannten Systeme des 16. Jahrhunderts, sind der Glück'sche Commentar (S. 62 Anm. 24), Savignys System des heutigen r. R.'s[80]), wäre Van-

---

65) System des Pandr.'s, seit 1803 die 9. durch Buchholtz besorgte Ausgabe, Jena 1846.

66) das r. Privr. in seiner Anwendung auf d. Gerichte, seit 1814 vierte Ausg. Göttingen 1828—1834, hier 3—5. Band fortg. von Mejer.

67) Lehrb. d. gem. Civilr.'s, seit 1822 fünfte von Fritz besorgte Aufl. München 1837. 1838.

68) Freiburg 1833—1839.

69) Doctrina Pandectarum, Hal. 1823—1825, 4. Aufl. ibid. 1838 (3 Bde.), dann: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Aufl. Halle 1839, dann durch Madai, 1844.

70) gem. d. Civilr. Heidelb. 1840.

71) Theorie u. Casuistik d. gem. Civilr. Ein Handb. f. Praktiker, seit 1843 zum 3. Male durch E. Kuntze, Leipz. 1863.

72) Vorll. über d. gem. Civilr. 3 Bde. Herausg. von A. Errleben Gött. 1838—1840.

73) herausgg. von Rudorff, 4. Aufl. 1854.

74) herausgg. v. E. Friedberg, Leipz. 1861. 2. Aufl. v. Lewis 1866.

75) Hdb. d. im Kgr. Württemberg geltenden Privr.'s 1. Bd. württ. historia juris. 2. allg. Theil (1842—1851).

76) System d. öst. allg. Privr.'s. 1. u. 2. Bd. (allg. Thl.) seit 1856 die 3. Aufl. Leipz. 1868. Ein 6. Bd. (Erbr.) 1. Aufl. 1864, 2. 1871.

77) Theorie u. Praxis d. gem. preuß. Privr.'s 1. u. 2. Bd. 2. Aufl. 1869; 3. u. 4. Bd. 1. Hälfte 1870. 1871.

78) Lehrb. d. preuß. Privr.'s. 1. Bd. 1. Abth. 1871.

79) bayer. Civilrecht. 1. Thl Tüb. 1871. 2. Thl. 1872.

80) Bd. 1—8, Berlin 1840—1849 nebst Registerband v. O. L. Heuser (Allg. Thl.), d. Obligationenrecht, Bd. 1 u. 2 (allg. Thl.). 1851. 1853.

gerows Lehrbuch, wenn seine Ausführungen alle Theile umfaßten, und A. Ch. J. Schmid's Handb. des gegenw. geltenden gem. D. bürgerlichen Rechts, Leipz. 1847. 1848, 2 Bde., wenn es mehr als Eigenthum, Superficies und Emph. (nebst Lehenrecht) enthielte. Denn auch diese Dome sind meistens unvollendet: außer dem Donell'schen die nach eigenem System erbauten alle.

Uebrigens kommen solche ausführliche Darstellungen oder Erörterungen gerne mit vornhereinbeschlossener Einschränkung auf einzelne Theile des Systems vor, w. z. B. J. L. Schmidts practisches Lehrbuch v. gerichtlichen Klagen und Einreden[81]) und nunmehr J. Bekkers Actionen[82]) — zwei Ausläufer der alten Actionenbücher; D. Unterholzners Lehre v. d. Schuldverhältnissen[83]), Schirmers Handbuch d. röm. Erbrechts[84]); Mandrys gemeines Familiengüterrecht, mit Ausschluß des ehel. Güterrechts[85]); Rudorffs Recht der Vormundschaft[86]).

b) practische.

§. 15.

Die practische Verarbeitung der Quellen besteht zunächst in der Rechtsanwendung selbst, dann aber in den Vorlesungen, Uebungen, Schriftwerken, welche der Rechtsanwendung, der richterlichen wie der cautelarischen, vor- oder nacharbeiten. Betrachten wir

I. Die Schriftwerke, welche der richterlichen Rechtsanwendung vor- oder nacharbeiten, so gehören hierher

1. Die Quästionen schon der Glossatorenschule, indem sie wirkliche oder fingirte Fälle in Frage und zur Entscheidung bringen. Aus den allwöchentlichen mündlichen Schul-Disputationen[1]), aber auch schon aus den ordentlichen Vorlesungen[2]) hervorgegangen sind sie aufgezeichnet und gesammelt[3]) und dann wie-

81) mit Zusätzen u. Berichtigungen von A. D. Weber, 9. Ausg. von Ch. Martin, Jena 1844.

82) des r. Privatr.'s, Bd. 1. jus civile, Berlin 1871.

83) nach des Vf. Tod herausgg. v. Ph. E. Huschke, Leipz. 1840. 2 Bde.

84) 1. Thl. Leipz. 1863.

85) Bd. 1. Tüb. 1871.

86) aus den gemeinen in D. geltenden Rechten entwickelt, Berlin 1832—34. 3 Bde.

1) Sav. Bd. 3 S. 271 fg.

2) a. a. O. S. 552 §. 204.

3) a. a. O. S. 570 §. 210; Bd. 5 S. 242 §. 85; S. 258 §. 90.

derum den Disputationen zu Grunde gelegt worden. Stücke dieser alten Sammlungen sind gedruckt bei Hänel, diss. dom. S. 588—598, Beispiele bei Savigny, a. a. O. Bd. 5 Anhang VII. — Derlei Quäſtionen bilden nachher einen Schul- und Literaturzweig auch unter den Postglossatoren[4]) und haben denn auch wieder mehrere allgemeine Sammlungen zur Folge[5]).

An den deutschen Universitäten treten die Disputationen[6]), oder doch deren ursprünglicher Charakter zurück, so daß wir die Quäſtionen des 17. und 18. Jahrh. (Lipenius) nicht mehr in ihrem alten Verbande mit der Schule und auch nicht mehr überall als Behandlung von Rechtsfällen zu denken haben. Unsere „Rechtsfälle" dagegen stehen zum Theil wiederum mit der Schule („Practika") in Verbindung[7]). Dem Wesen nach Quäſtionen, aber oft ausführliche Abhandlungen sind die der Praxis entsprungenen, nicht selten tief eingreifenden Erörterungen einzelner Rechtsfälle[8]).

2. Von den Quäſtionen nur dem äußeren Anlasse und Zwecke nach verschieden sind die mehr unter den Postglossatoren als unter den Glossatoren hervortretenden Consilien, d. i. von angesehenen Rechtslehrern ertheilte Gutachten. „Die berühmtesten

---

4) vgl. Sav. Bd. 7. Sachenregister, sub h. v. S. 204; Lipenius, bibl. s. h. v. Bd. 2 S. S. 233—237.

5) z. B. quaestt. selectae variorum variae. Colon. 1570 f. Quaestt. et dec. III partibus. Lugd. 1587 fol. Quaestt. et dec. varr. Frcf. 1599.

6) z. B. Prantl, Gesch. d. Ludw.-Max.-Univ. in Ingolst. Landsh., München, Bd. I. S. 190 „Die frühlesenden Professoren müssen jährlich wenigstens Ein Mal eine öffentliche Disp. halten — den nachmittägigen Docenten steht es frei solche zu halten"; doch s. auch S. 308, 309, 412, 414.

7) wie z. B. Dr. W. Girtanners Rechtsfälle zu Buchtas Pandd. und dazu das Pandekten-Praktikum von Dr. F. Pagenstecher, (Heidelb. 1860); Iherings Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen, zum akad. Gebrauch bearbeitet. — 2. Aufl. Jena 1870.

8) z. B. die rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles v. Mühlenbruch, Halle 1828, jetzt die Abhandlungen von Wächter und Bruns über bona fides anläßlich des Graf Metzsch'schen Processes, Burkh. W. Pfeiffers practische Ausführungen mit Erkenntnissen des Obg. zu Cassel, Hannover 1825—1838; Bülow und Hagemann, pract. Erörtt. Hann. 1798, 8. und 9. Bd. v. Spangenberg. Langenn und Kori, Erörtt. practt. Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächs. Civilr. Dresd. und Leipz. 1829—32, Arnold, practt. Erörtt. Erlangen 1844, 45, Dalwigk, practt. Erörtt. auserlesener Rechtsfälle, Hann. 1823, Hartitzsch, Entscheidgg. practt. Rechtsfälle mit Rücks. auf Erk. von Oberbehörden, Leipz. 1840, Schaffrath, practt. Abhh. mit Entsch. höherer Behörden, Bautzen 1841, Strippelmann, Samml. bemerkenswerther Entscheidd. des O.A.G. zu Kassel seit 1842.

sind die des Oldradus[9]), Baldus[10]), Tartagnus[11]), und „es ist aus ihnen gewiß noch jetzt großer Gewinn für die Dogmengeschichte zu ziehen“[12]). In Deutschland kommen (auch unter dem Titel von Responsen, seltener von Decisionen) zu den wie anderwärts so auch hier zahllosen Gutachten einzelner Juristen[13]) auch die der Fakultäten[14]), — mit den „Sprüchen“, „Decisionen“, welche diese als Spruchcollegien oder Schöffenstühle abzugeben haben, nicht zu verwechseln.

3. In diesen „Sprüchen“, „Decisionen“ haben wir bereits richterliche Erkenntnisse. Auch diese sind zahlreich gesammelt, sowohl die von Gerichtshöfen und Schöppenstühlen, als von Fakultäten; besonders zahlreich die decisiones Rotae Romanae; in Deutschland früher besonders die decisiones camerales[15]); dann z. B. Vitebergenses et Lipsienses[16]), summi tribunalis Wis-

9) zuerst in Rom 1472, dann oft gedruckt. — Sav. Bd. 6, S. 58.
10) edirt u. a. Frankf. 1589. Sav. a. a. O. S. 244.
11) Lugd. 1547. 1563. Francf. 1610.
12) Sav., Gesch. Bd. 6 S. 470.

13) z. B. Udalr. Zasii, responsa juris s. consilia Basil. 1538 etc. Hier. Schurff, Conss. juris centuriae III. Frcf. 1575 etc. Jo. Fichardi, Conss. T. II. Frcf. 1590, Joach. Mynsinger a Frundeck conss. decades VI Basil. 1576, Centuriae II. Frcf. 1601, M. Wesembecii conss. voll. VII. Bas. 1584. Vitemb. 1601. 1619. 1624. J. Sichard, consilia Frcf. 1598. D. Mevii conss. postuma Frcf. 1680, 1717; kürzehalber nur bekanntere Namen wie die von Fachineus (1610), Vultejus (1611), Vigelius (1620), Treutler u. Schöps (1625), Berlich (1625), Wehner (1631), Richter (1665), Michaelis (1673). Brunnemann (1677), Fritsch (1679), Feltmann (1690), Lyncker (1704), Rivinus (1705), Berger 1706), Ehlingensperg (1735), Schiltenberger (1739), J. G. Heineccius (1744), Pütter, auserlesene Rechtsfälle (1760), Strube, rechtl. Bedenken (1761) ꝛc. Beckmannorum fratrum consilia et decisiones 1784 etc.

14) z. B. Variarum academiarum et JCC. clarissimorum consilia, Tomi V. Frcf. 1568—1578; der Altorffer durch Rittershausen Frcf. 1603 ꝛc., der Strasburger durch F. Schmid, Argent. 1641; der Hallenser durch Ludewig, Halae 1733, der Tübinger durch A. F. Lauterbach 1731, Schöpff 1760 u. Sam. Stryck, Ulm 1755. Ueberhaupt Hempel lexicon juridico-consultatorium, Frf., Lips. 1751—1756, Schroeter, repert. juris consultat. Lips. 1793. 1794.

15) von Raph. Seyler, Frf. 1572, Chr. Barth 1604, Andr. Gail Frf. 1614, Joh. Meichsner, Mainz 1663, Kaspar Klock, Frf. 1649, Joach. Mynsinger, Frf. 1666.

16) Tomi III. Frcf. 1599—1608, Carpzov, jurispr. for. Lips. 1646 fgg.

mariensis (oder codex Alefianus)[17]), summi provocationum Senatus Elect. Sax.[18]), Palatinae[19]), Tubingenses[20]) u. so fort die Erkenntnisse und Sprüche von fast allen Obergerichten und Fakultäten. Die der letzteren werden bald verstummt sein, während Sammlungen von jenen fortlaufen (§. 2 Anm. 17).

ad 2 und 3. Mit den Consilien und Decisionen stehen Bücher in Verbindung, welche in früheren Jahrhunderten dem S. 6 gerügten Mangel einer Constatirung und Auslese dessen, was von der Rechtsanwendung zum Rechte geworden ist, abzuhelfen suchten: das sind die Sammlungen der opiniones communes[21]) und receptae sententiae[22]). Demselben Zwecke dienen hauptsächlich oder nebenher auch die oben §. 13 Anm. 4 genannten Promptuarien.

II. Die cautelarische Literatur, noch in vorirnerischer Zeit besonders in Frankreich gepflogen und in die römische selbst hineinreichend[23]), besteht

1) in Formelbüchern, deren eines dem Irnerius[24]) zugeschrieben wird, und deren mehrere von noch einigen Glossatoren[25]) und Postglossatoren[26]) herrühren; sie sind meist mit theoretischen

---

17) durch David Mevius, Stralsund 1664—1675, Frf. 1681. 1689 und nachher oft mit Commentaren ꝛc.

18) durch Ch. H. v Berger, Dresden 1720.

19) durch Caspar Manz u. W. Textor, Frf. 1693.

20) Selectae dec. et resolutiones durch W. A. Schöpff, Tüb. 1726—1730.

21) z. B. Thesaurus comm. opinionum, Frf. 1616. Antonii opin. Frf. 1574. Hier. Caevallos, speculum aureum comm. opin. Colon. 1644.

22) J. Clari recc. ss. liber Frf. 1622. H. Rendina, promptuarium sentt. recc. Venet. 1615.

23) Sav. Gesch. ꝛc. Bd. I §. 140. §. 98 Bd. 2. §. 44 und Zusätze dazu im 7. Bd. S. 49 fg.

24) formularium tabellionum. — Sav. Bd. 4 §. 23 S. 62.

25) Bern. Dorna (ca. 1240): de libellis et conceptione libellorum (ein Klagenspiegel im Anschluß an des Johannes arbor actt.), ungedruckt, Sav. Bd. 5 S. 153 fg. — Roffredus, de libellis et ord. judiciorum (wie libelli de jure canonico) oft gedruckt, Sav. a. a. O. S. 209 fgg.

26) Rolandinus Passagerii † 1300: Summa artis notariae (Rolandina s. Orlandina) in Durantis Speculum u. außerdem oft gedruckt nebst seinen tractatus de notulis und seiner aurora (Sav. Bd. 5 S. 544), sowie sein flos ultimarum voluntatum (Sav. S. 546); —

Einleitungen und Begründungen verbunden. Seit dem 16. Jahrhundert kommen sie auch bei uns und auch in deutscher Sprache vor[27]); auf neuere Werke dieser Art ist bereits oben §. 2 Anm. 17 verwiesen.

2. De cautelis handeln seit dem 16. Jahrhundert alle die Schriften, welche statt der Formel-Aufstellung selbst nur die juristische Ueberlegung pflegen, aus welcher die sicherste Formulirung für jeden Geschäftsfall hervorgeht Da wird, was vom Standpunkte des Beweisrechtes überflüssig, nothwendig, nützlich, worauf in Ansehung der Personen, Sachen, Formen zu achten, was im Allgemeinen und in jeder Gattung von Geschäften besonders zu berücksichtigen sei, verfolgt und dargestellt — mit all dem kein neues Recht, wohl aber das Recht von einem neuen Standpunkt gelehrt, und, insofern außer dem Recht auch einmal die gemeine Uebung mit ihren Bräuchen und Mißbräuchen in Betracht kommt, ein ebenso nützlicher als berechtigter Literaturzweig entwickelt. Aus demselben sind hervorzuheben Baldus ab Ubaldis de cautelis et remediis[28]), die von R. P. Fichard veranstaltete und seinem eigenen Cautelenbuche beigefügte Sammlung der Tractatus variorum JCC. (B. Caepollae, Th. Ferratii, J. de Arnon, J. Dil. Durantis, M. A. Blanci) de cautelis[29]); J. Chirodoti Synopsis methodica cautelarum JCC. veterum et recentium in 4 partes distr., Bas. 1600; Samuel Strycks Tractatus de cautelis contractuum[30]), de cautelis tes-

---

Petrus de Unzola: verschiedene Zusätze u. Fortsetzungen zu dem vorigen (Sav. S. 549), Petrus Boaterius, Commentar zu Rolandinus (Sav. S. 553).

27) z. B. Formularbuch, Straßburg 1517 fol., ein anderes Frankf. 1562, Eisleben 1567, Leonard Schwartzenbach, Frankf. 1580, Nik. Eisner, Formular allerley Gewälde, Tutorien ꝛc., Maynz 1584 f., J. Jodok. Becks vollständiges u. nach dem heutigen Curialstyl eingerichtetes Formelbuch. Nürnb. 1734. 1743.

28) nach Sav. Bd. 6 S. 246 not. g. als Anhang zur Practica (judiciaria), nach Lipenius (nach G. Thomasii Diss. — am Ende des Buchstabens cautela) selbständig Lugd. 1577.

29) von Fichard, Frcf. 1575. 1582. Lugd. 1572. 1577 fol., neu geordnet und mit Noten versehen von P. C. Brederodius, Bas. 1590, Frcf. 1612, Jen. 1618 Lipen: unter dem Titel Eurematicon s. cautelarum.

30) seit 1684 oft und auch in deutscher Uebersetzung (von vorsichtiger Schließung der Contracte), a. 1736 zu Berlin mit einer Einleitung von J. G. Heineccius de jurispr. heurematica s. cavente gedruckt.

tamentorum [31]) und juramentorum [32]), Ch. Reittmeyers Centuria cautelarum prima et secunda [33]), H. Brencmanns de heurematicis diatriba s. in Her. Modestini librum singularem περὶ εὑρηματικῶν Commentarius, Lugd. Bat. 1711. Neuere Werke und populäre wie den „sicheren Testamentsmacher" s. an den §. 2 Anm. 17 agff. DD.

Eine zu besonderem Ausdruck gebrachte und in einen Zusatz zum Geschäfte eingekleidete Cautel ist die Clausel; sie wird so frühe wie die Cautel überhaupt zum Gegenstand eigener Werke und Sammlungen, die Clausel überhaupt [34]), sowie bestimmte einzelne Clauseln [35]).

IV. Die Literaturgeschichte.

§. 16.

Mit der Geschichte unserer Literatur haben sich nicht erst seit dem 17. Jahrhundert [1]), sondern so frühe als es auch speciell-juristische Literaturgeschichten gab [2]), allgemein literarhistorische Werke

31) Halae 1703—1738 fünfmal; beide auch in seinen seit 1743 Lips. et Fcf. gedruckten opera omnia (u. zwar in den opp. praest. und im Supplementband.)

32) Francf. seit 1706 3mal; Hal. 1732 u. opp. omnia (praest.)

33) Brunsv. 1681.

34) Vitalis de Cambanis, de clausulis, Paris 1515, Venet. 1570, auch im s. g. tractatus tr. mit Celsus Hugo, Francf. 1578; B. Bertazolii tr. clausularum instrumentalium, Patav. 1599, Frcf. 1599, Jac. Marchiselli, tract. clausularum instrumentalium, Frcf. 1599; G. Barschamp, radix clausularum, h. e. methodica tractatio praecipuarum vulgo clausularum dictarum, Viteb. 1620; Aug. Barbosa, tr. de clausulis usu frequentibus, Lugd. 1644 u. a. m. bei Struve, bibl. cap. 10 §. 13, Lipenius, s. v. clausula.

35) z. B. J. B. Costa, de cl. conventionalibus; Venet. 1616. 1630, besonders über die in Consensualcontracten J. H. a Sode. Erford.; H. Cocceii, de clausulis instrumentorum mutui, Heidelb. 1684; desselben diss. de cl. testamentorum Frcf. 1691 u. de cl. rebus sic stantibus 1699 (über letztere auch Sudwell, Dresd. 1680, Koepping 1739 und Kopp, 1750); C. Grumpii, diss. de cl. doli Arg. 1660; C. van Bynkershoeck, de cl. reservatoria et derogatoria, Lugd. Bat. 1752, Guido Papa, de cl. derogatoriis, Col.; über die cl. derog. testamentis adjecta, vorher Wernher, J. B., Wit. 1701, wohin auch die Abhandlungen über die cautela Socini u. a. m. bei Lipenius sub voce clausula u. cautela verzeichnete gehören.

1) wie man nach Haubolds instt. juris R. litterariae, Lips. 1809. tom. I. §§. 6—9 glauben möchte.

2) ein allgemeines Gelehrtenlexikon von Wilh. Pastrengo († 1361 —1370) de originibus rerum libellus Venet. 1547; Joh. Trithemius († 1516) de scriptoribus ecclesiasticis — „eigentlich ein allgemeines Gelehrtenlexikon"; Sav., Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. 3. §. 13. S. 33 §. 16. S. 39.

beschäftigt[3]). Betrachten wir hauptsächlich die speciell juristischen, so gilt als ältestes der freilich aus bloßen Citaten des Dipplovataccius) bekannte tractatus des Baldus de Ubaldis († 1400), de commemoratione famosissimorum doctorum in utroque jure[4]); dann ein Kapitel aus des J. B. Caccialupus „modus studendi in utroque jure" aus dem J. 1467[5]), das neunte besonders bibliografisch wichtige noch immer ungedruckte Buch aus des Diplovataccius Werk de praestantia Doctorum[6]). — Johann Fichards vitarum recentiorum JCC. periochae, eine Fortsetzung der vitae veterum JCC. des Bern. Rutilius, Basel 1539, des Marcus Mantua Benavidius epitome virorum illustrium (Patavii 1555), Panzirol's de claris legum interpretibus (erst 1637 gedruckt), das „erste Werk, welches mit allem buchmäßigen Anstand und in einer gewissen Vollständigkeit und Ausführlichkeit unsere Literargeschichte zu behandeln unternommen hat"[7]) — und nach manchen anderen endlich des Camaldulenserabtes Maurus Sarti's (von Maurus Fattorini und Giovanni Fantuzzi fortgesetztes) Werk de claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus a Saeculo XI usque ad Saec. XIV (Tomi I. pars I. Bonon. 1769 pars II. 1772), ein Werk, ohne das die Geschichte der Glossatoren nicht möglich wäre[8]). Erst in diese letztere Zeit fallen die Versuche einer systematischen, speciell juristischen Universal-Literaturge-

3) 1. allgemeine: G. Morhof, Polyhistor literarius, zuerst Lübeck 1688; P. Bayle, Dictionnaire historique et critique, zuerst Rotterdam, 1697, 2 Bde.; dann u. a. vermehrt u. fortgeführt von einer gelehrten Gesellschaft, Leipz. 1801. B. G. Struve, introd. in notitiam literariam, Jena 1704, erneuert von J. F. Jugler, 3 Bde., 1754—1763. N. H. Gundling, ausf. Discurse über die vornehmsten Wissenschaften, und besonders die Rechtsgelahrtheit, Bremen 1739—42, J. G. Meusel, Leitf. zur Gesch. d. Gelehrsamkeit, Leipz. 1799—1800, L. Wachler, Hdb. d. allg. Gesch. d. literarischen Cultur, Marb. 1804 u. a. m. bei Haubold l. c. §. 5; ferner 2. speciell biografische, oder einzelnen Nationen gewidmete Literaturgeschichten, daselbst §. 6. 7. allgemein literarhist. Zeitschriften, Archive ꝛc. §. 8.

4) Haubold a. a. O. S. 16, 1. Sav. a. a. O. S. 34 §. 14.
5) Sav. a. a. O. S. 35 §. 15.
6) Sav. a. a. O. S. 42—48.
7) Sav. a. a. O. S. 54.
8) Sav. a. a. O. S. 69.

schichte[9]), aus denen Daniel Nettelbladts (von König[10]) ins Naive übersetzten) initia historiae literariae juridicae universalis (zuerst Halle 1764) hervorgehen. Aber kritischer und origineller als diese Schematismen war schon Burkh. Gotth. Struve's Bibliotheca juris selecta[11]); kritisch und systematisch grundlegend aber speciell für eine romanistische Universal-Literaturgeschichte wären Haubolds schon mehrfach citirte Institutionen der römisch-juristischen Literaturgeschichte, wenn er nicht, u. E. seiner eigenen Grenzscheidung entgegen, im bibliografischen Theil unter dem Kapitel der „Quellen" ein großes Stück historia juris in die historia juris literaria eingemischt, und anstatt der entworfenen 3 Theile kaum $1^1/_2$ vollendet hätte. Vollendet, und umfassend angelegt, dabei die Grenzen wahrend, allein auf mündliche Ergänzung berechnet und also notizenhaft ist Hugo's Literärgeschichte mit dem falschen sich nachträglich selbst corrigirenden Titel eines Lehrbuchs der Geschichte d. röm. Rechts seit Justinian oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte, als Bd. 6 seines civ. Curses, zuerst Berlin 1812, 3. Ausg. 1834.

Nicht über das Mittelalter herab geht Savigny's „Geschichte d. röm. R. im Mittelalter"[12]); auch ihr möchte man den Titel, und daß sie unvollendet sei, zum Vorwurfe machen. Allein was 1) den Titel Rechtsgeschichte anlangt, so muß bemerkt werden, daß er mit einer eigenthümlich Savigny'schen Auffassung der Reception das r. R. zusammenhängt. Entsprechend dem imperialen Zusammenhang, in welchem man sich vordem mit dem alten

9) von Stoll, Einl. zur Hist. der jur. Gelahrtheit. 1741. Bünemann, hist. lit. juris primae lineae 1750. Eisenhart, institt. hist. juris literariae, 1752. Hommel, schola juris literaria, 1758, dann literatura juris, 1763. Heumann, apparatus jurispr. literariae, 1752.

10) Lesebuch d. allg. juristischen Literatur, Halle 1785 z. B. §. 18: „Wer mit Nutzen eine juristische gelehrte Reise machen will, muß wissen 1. wohin er seine Reise zu richten ꝛc." oder §. 19 „Die Bildnisse der Rechtsgelehrten müssen so gesammelt werden. Die Bildnisse der Rechtsgelehrten müssen 1. auf etwas starkes Papier eingeleimt werden ꝛc."

11) zuerst Jena 1703, 8. Aufl., besorgt durch Buder, das. 1756, 8.

12) 6 Bde. mit Autoren- und Quellenregister, Heidelberg 1826—31; 2. Ausgabe, 7 Bde., wovon der letzte Verbesserungen und Zusätze, ein Sachen-, Autoren- und Quellenregister enthält 1834—1851.

Rom dachte und dessen Recht als eigenes Recht erkannte, haben die älteren Literatoren ohne weiteres die classischen Juristen und den Numa Pompilius in unsere Literaturgeschichte hereingezogen[13]); erst in Haubold §. 2 finden wir den Irnerius grundsätzlich als Grenzmarke — wahrscheinlich in Folge der Erwägung, daß die alte Literatur noch zu den Quellen und Hilfsquellen[14]), und für die Recipienten des Corpus Juris erst die der Glossatoren zur Bearbeitung und Verarbeitung der Quellen gehöre. Dagegen greift Savigny, getrieben von der Hypothese der Unzertrennlichkeit von Rechts- und Volkseinheit, und von der Consequenz, daß die abendländischen Völker römisches Recht haben, weil in ihnen das römische Volk fortlebte[15]), wieder über Irnerius zurück, aber nicht auf die veteres JCC., senatuscc. und leges (was vielleicht auch consequent gewesen wäre), sondern auf die dunkle Zeit und unausgefüllte Kluft zwischen Romulus Augustulus und Irnerius, um nachzuweisen, daß das römische Volk und mit ihm römisches Recht auch nach der Zerstörung des weströmischen Reiches in dessen alten Grenzen fortbestanden habe, und letzteres nicht zufällig, nach einem Zwischenraum von 6 Jahrhunderten, wiedergefunden sei. So werden die 2 ersten, das ohnedies bücherarme Zeitalter vom fünften bis elften Jahrh. umfassenden Bände thatsächlich und nothwendig zur Rechtsgeschichte, während die 4 folgenden, den Glossatoren und Postglossatoren gewidmet, Literärgeschichte sind. 2) „Vom 16. Jahrhundert an" aber erscheint dem Verfasser „unsere Rechtswissenschaft von Grund aus verändert, theils durch den neuen und überwiegenden Einfluß von Philologie und Geschichte, theils durch die schärfere Absonderung der Nationen"[16]) und so denn auch die Beschränkung auf das Mittelalter innerlich geboten. Mögen diese Gründe des Zurück- und Uebergreifens auf der einen und der Enthaltung auf der anderen Seite richtig oder unrichtig sein: die Früchte der Savigny'schen

13) z. B. Diplovataccius, Fichard, der nur die vitae veterum JCC. des Rutilius fortsetzte, — Benavidius, Panziroll, Gravina u. noch Nettelbladt und König.

14) s. oben §. 6.

15) Vorrede zur 1. Aufl. der Gesch. d. R. R. im M. A.

16) a. a. O.

Forschung sind so reif und reich, daß hauptsächlich auf diesem Werke der Ruhm des Verfassers sich gründet. Immerhin aber ist zwischen der neueren Zeit und dem Mittelalter des Zusammenhanges gewiß nicht weniger, als zwischen der irnerischen und vorirnerischen, und darum der Wunsch begründet, daß Stintzing, für beide Epochen bewährt, bis auf uns herabsteigen möge.

Im Einzelnen scheidet man unsere Literaturgeschichte zum mindesten in einen biografischen und in einen bibliografischen Theil. Den einen Zweck, den man der Literaturgeschichte zuschreibt: ut accendat animos ad hoc literarum genus in dies magis perficiendum[17]), oder die „recreatio animi“[18]) fördert die Biografie gewiß, wenn sie vom äußeren in's innere Leben ihrer Helden eindringt, wie dies neuerdings in den Biografien z. B. des Donellus von Eissell[19]) und Stintzing[20]), des Cujacius von Berryat-St. Prix[21]), des Antonius Augustinus von Andresius[22]), des Ulrich Zasius von Stintzing[23]), Heises von W. Bippen[24]) der Fall ist. Allein als Theil der Literaturgeschichte kann sie doch nur gedacht werden, wenn man diese wie das stillschweigend allenthalben geschieht, zur Gelehrtengeschichte ausdehnt und wie z. B. Hugo und Savigny auch den Unterricht mit aufnimmt. Im compendiarischen Umrisse dient der biografische Theil meist nur zur zeitlichen und örtlichen Orientirung, mitunter auch zur Werthschätzung und kurzen Charakteristik wie bei Struve und namentlich Haubold.

Im bibliografischen Theile begegnen wir einem Wechsel der Behandlung vom bloßen Bücherverzeichnisse bis zur kritischen Darlegung des Erschienenen. Grenzt jenes in Gestalt der Kataloge ans Gewerbe, so geht diese in dem Augenblicke, da sie sich, statt blos mit der Art, mit dem Inhalt des Buches befaßt, in die Bearbeitung oder Verarbeitung selber über. Darum ist entfernt nicht alles was in kritischen Jahrbüchern, Zeitschriften u.

17) Haubold §. 4 c.
18) Nettelbladt §. 15.
19) Doneau, sa vie et ses ouvrages, Dijon 1860.
20) Hugo Donellus in Altdorf, Erl. 1869.
21) im zweiten Theil seiner histoire du droit.
22) s. oben S. 18 Anm. 62.
23) Basel, 1857.
24) Georg Arnold Heise, Mitth. aus dessen Leben. Halle 1852.

dgl.[25]) (S. 72) vorkommt, darum insonderheit auch die Dogmengeschichte nicht Literarhistorie[26]). Das Bücherverzeichniß enthält bereits wissenschaftliche Arbeit, wenn es wie Martini Lipenii bibliotheca realis juridica[27]) zwar alphabetisch, aber nach Materien, — und mehr noch, wenn es wie in den Compendien nach Gattungen und Arten gegliedert ist. Dieser letzteren Gliederung aber sollte erst durch eine Untersuchung über die Elemente der juristischen Literatur (s. bes. §. 14) Bahn gebrochen werden.

Natürlich gibt es auch Geschichten der Literaturgeschichte[28]), wie Vorreden zu Vorreden der Vorreden[29]), und für diese kommen nicht nur des Johannes Andreä († 1348) wahrhafte Nachrichten[30]), sondern auch des Odofredus († 1265) Geschichtchen[31]) als Quellen in Betracht. Der Literaturgeschichte selbst dagegen sind bloße Nachrichten, Büchernotizen, Grabschriften und Bilder, kurz alle die Monumente, deren Savigny unter den Quellen seiner Literaturgeschichte gedenkt[32]), zwar auch nicht gleichgiltig; allein die Hauptsache ihres Inhalts: die Art und Arten der Bücher, das Urtheil über ihren Fort- und Rückschritt, und — was den letzten Zweck aller Geschichte bildet — unsere Selbsterkenntniß schöpft sie nur aus den Büchern selbst.

V. System.

§. 17.

Vom Rechte (im s. g. abstracten oder objectiven Sinne des Wortes) war schon bisher die Rede; von unserem im Corpus Juris J. beruhenden, canonisch, reichsrechtlich und practisch modificirten Rechte nämlich. Und zwar ist alles, was von ihm vorkam: die Thatsache der Reception oder daß es unser Recht ist, der

25) bei Haubold §. 12 aufgeführten und verwiesenen Bibliotheken' Literaturnotizen, Büchersälen, allerneuesten Nachrichten.
26) vgl. Nettelbladt, §. 195.
27) Frcf. 1679 fol., zuletzt Lips. 1757 fol., wozu ein Supplementbändchen von A. F. Schott, Lips. 1775, B. C. de Senckenberg, Lips. 1789, und L. G. Madihn, Vratisl. 1816.
28) Nettelbladt §§. 10—13.
29) Jean Pauls.
30) Savigny a. a. O. Bd. 3 S. 31.
31) a. a. O. Bd. 5 S. 365.
32) a. a. O. Bd. 3 §§. 1—10.

Nachweis der Quellen, also namentlich der Schriftwerke, in denen wir es finden, die Thatsache der Arbeit, durch welche es faßlicher und anwendbarer geworden ist — von rechtlichem Belang, und in so weit in, nicht außer das System gehörig. Allein anderseits kommen diese Thatsachen und Monumente nicht aus dem Rechte, das wir darstellen sollen, bilden keinen Theil seiner Bestimmungen, sind im Vergleiche zu diesen exoterisch, buchstäblich äußere Geschichte, und wohl darum gewöhnlich außer das System gesetzt, als „Einleitung", es sei nun in dem einzuleitenden Werke (z. B. Puchta, Arndts, Windscheid) oder in Gestalt eines eigenen Buches (Spangenberg, Glück, Erxleben). In sein System selbst aufgenommen sind sie von Savigny.

Im folgenden Theile dieses ersten Buches wird abermals vom Rechte (abstr. S.) die Rede sein, allein esoterisch, als einem im Pandektenrechte bestimmten Dinge, dem ersten Stücke seines Rechtsinhalts. Denn das Recht enthält vor allem Bestimmungen über sich selbst. Nur muß, seitdem das Pandektenrecht, Criminal- und Prozeßrecht, Staats- und Kirchenrecht, kurz Privat- und öffentliches Recht wie von einander unabhängige Dinge behandelt werden, und mehr noch, seitdem die legislativen Competenzen für öffentliches und Privatrecht auseinandergefallen sind, gefragt werden: welchem Theile des Rechtes jene Selbstbestimmung zustehe, dem öffentlichen oder dem Privatrechte? oder hat jeder Theil für sich dieses Recht?[1])

Nach der Sichselbstbestimmung bestimmt das Recht die Rechte (subj. Sinnes). Es muß darauf bestanden werden, daß diese, außer ihm selbst, den letzten, ja einzigen Gegenstand aller seiner Bestimmungen bilden, daß Personen, Sachen und Handlungen nur insoweit, als sie Glieder oder Theile (Subjecte, Objecte, causae, Inhalt) der Rechte sind, auch Gegenstand rechtlicher Bestimmungen sind; daß, da man zur Bewältigung des Stoffes systematisiren d. i. theilen oder gliedern muß, eben diese Theile sich zur nächsten und natürlichsten weiteren Gliederung darbieten, daß aber als Haupttheile außer den Rechten selbst oder an sich nur die Personen

1) vgl. Franz Adickes, zur Lehre von d. Rechtsquellen, Cassel und Göttingen, 1872 S. 1 fg. S. 15 unten.

und Handlungen, nicht auch die Sachen zu fassen seien, deswegen, weil Sachen nur in einigen, Personen und Handlungen dagegen (vom Zweckvermögen abgesehen) in allen und zu allen Gattungen der Rechte vorkommen. Dies gilt von allen, den öffentlichen wie Privatrechten, und nicht ohne Rücksicht darauf, daß wir uns im Privatrechte nicht außer jedem anderen, sondern inmitten alles anderen Rechtes befinden, ist gerade diese Theilung festgehalten. Nur darauf, daß unser System genau das römische der personae, res, actiones sei, ist nunmehr zu verzichten. Denn Rudorff [2]) hat uns belehrt, daß das römische System in seiner zweiten Hälfte nicht von dem unkörperlichen Ding der Rechte, sondern sinnlich wie es ist, von sichtbaren, greifbaren Dingen ausgeht [3]), und darum nach Personen, Sachen, Handlungen theilt; sichtbar, greifbar aber ragen aus dem Meere der Satzungen einzig die Personen, Sachen, Handlungen hervor, als der Gegenstand, worauf sie sich sämmtlich beziehen. So kommt es, daß in den Haupttheilen des Systems das unsichtbare Ding der Rechte gar nicht zum Vorschein kommt; unsere blos auf das Privatrecht berechnete Hypothese, daß auch im System in den res das Object anstatt des an ihm stattfindenden Rechtes gedacht sei, muß, wiewohl sie sich auf den Sprachgebrauch im Detail stützen konnte, vor jener aus der Gesammtanschauung und für das gesammte Rechtssystem schöpfenden Ansicht aufgegeben werden. Allein im Rechte, das selbst unsichtbar ist, darf in die Länge nicht nach dem Auge, sondern muß nach dem Gedanken getheilt, und also trotz des römischen Systems dem Rechte das Recht im subj. Sinn gegenübergestellt bleiben.

Ob man die Personen und Handlungen als abgelöste Glieder der Rechte je für sich behandelt, oder aber als „allgemeinen Theil" einem die Rechte mit Abstraction von Person und Handlung erörternden „besonderen Theil" gegenüberstellt, scheint logisch und didactisch wenig zu verfangen; allein innerhalb der wenig sicheren Grenzen eines allgemeinen Theils findet und nimmt außer den Personen und Handlungen noch manches andere, bald dies bald das Platz, womit die Systeme an Festigkeit des Umrisses verlieren.

2) nicht der A. B. des Centralblattes.
3) Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 3.

Den Handlungen, welche Rechte schaffen, möchte man gleich den Personen, die die Rechte haben, den Platz vor den Rechten einräumen. Allein im Gesammtsysteme würden den feindlichen Actionen die des streitigen, sowie die des öffentlichen Rechtes zu folgen haben, und diese stünden als Geltendmachung und Ausübung von Rechten diesen natürlicher nach als vor.

Zweiter Theil.

Vom Rechte überhaupt.

(Bestimmungen des Pandectenrechtes über das Recht.)

I. Begriff.

D. justitia et jure (1, 1)

§. 18.

Das Recht ist ein Gesetz, welches den Menschen zum Anlaß, Gegenstand, Zweck und Urheber hat.

Als handelnde Wesen können die Menschen einander ebensowohl stören und zerstören, als erhalten und fördern. Darin, daß es auch unter Denen, welche von jeher zum Frieden unter einander berufen schienen, von jeher zu zerstörlichen Handlungen kam, lag wohl der erste Anstoß[1]) zu jenen Bestimmungen, Satzungen, welche als solche ein Gesetz sind, und zum Unterschiede von anderweiten Gesetzen Recht heißen.

Diese Bestimmungen laufen sämmtlich auf Gebote, Verbote, Gewährungen hinaus[2]), enthalten demnach unmöglich etwas anderes, als was wir thun sollen, dürfen oder können, nicht dürfen oder nicht können[3]) und haben also nothwendig den Menschen als ein handelndes und handlungsfähiges Wesen[4]) zum Gegenstand.

Im Gedanken so wenig als in der Geschichte vorhanden ohne eine menschliche Gemeinschaft, aus der sie hervorgehen, haben unsere

1) vgl. Hobbes, bei Trendelenburg, Naturrecht, Leipz. 1860 S. 10 §. 10.

2) vgl. l. 7 D. leg. (1, 3): Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.

3) l. 1 eod., — *προστατικὸν μὲν ὧν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ ὧν οὐ ποιητέον.*

4) Will. Blackstone, comment. on the laws of England, 12. Aufl. London 1793, Bd. I §. 2. Law . . signifies a rule of action — in theire more confined sense . . the rule not of action in general, but of human action or conduct. —

Satzungen den Bestand und das Wohl eben dieser Gemeinschaft[5]), also wenn nicht aller Menschen, so doch nur des Menschen zum Zweck[6]). Und nur durch den Menschen kommen sie zu Stande, durch sein Wort und durch seine Werke (§. 26), wenn ihre Nothwendigkeit und ihr Grundzug gleich schon in unserer Schöpfung begründet war[7]).

Technisch heißt nur eine Art des Rechtes Gesetz (§§. 21, 26); allein in der allgemeineren Bedeutung einer Regel ist alles Recht Gesetz[8]), und mit all den anderen Regeln und Regelungen, die vielleicht von ihm den Namen Gesetz entlehnt haben[9]), namentlich mit dem Natur- und dem Sittengesetze verwandt. Ueberdies haben die beiden letzteren gleich ihm den Menschen zum Gegenstand; das Sittengesetz nur den Menschen, das Naturgesetz auch den Menschen. Allein, um von anderen Unterschieden zu schweigen, gehen sie in der Verwirklichung auseinander, da die des Sittengesetzes in Freiheit, die des Rechtsgesetzes auf Zwang, die des Naturgesetzes in Nothwendigkeit beruht. Verwirklichung will jedes; aber während die zwangweise den Begriff des Guten auf Seite des Gezwungenen ausschlösse, steht unter den Gewährungen des Rechtes auch die des Zwanges, und dazu die Gesammtbürgschaft der Gemeinde, aus der es hervorgegangen — heute der Staat — an seiner Seite[10]). Hinwiederum aber, während die Verwirklichung dem Naturgesetze nie versagt, bleibt der Rechtszwang häufig aus, es sei nun, daß der Berechtigte selbst den „Kampf ums Recht" nicht aufnimmt, oder daß die Genossen sein Recht verkennen oder verachten, oder daß menschliche Gewalt überhaupt nicht ausreicht. Träfe ferner ein vermeintliches Naturgesetz nicht zu, so wäre es keines; denn wir erkennen und haben es nur in der Realität;

5) Haec . . societatis custodia fons est ejus juris etc. Hugo Grotius, de jure belli ac pacis, prolegg. 8.

6) l. 2 D. statu hom. 1, 5. Quum igitur hominum causa omne jus constitutum sit. —

7) l. 2 D. leg. (1, 3) — *ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον Θεοῦ, δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονίμων.* —

8) Blackstone, a. a. O.

9) vgl. Adelung, sub. h. v.

10) l. 2 cit. — *ἐπανόρθωμα δὲ τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, πόλεως δὲ συνθήκη κοινή, καθ' ἣν ἅπασι προσήκει ζῆν ἐν τῇ πόλει* – Versio vulg.: — coërcitio eorum quae sponte vel involuntarie delinquuntur, communis sponsio civitatis etc.

greift dagegen anstatt des Rechtes das Unrecht Platz, so ist das Recht doch da; es will Verwirklichung, besteht aber nicht in der Verwirklichung, ist ebenso wesentlich von idealer, als das Naturgesetz von realer Natur. Aber was seine Schwäche (daß es nur im Gedanken ist), das ist auch seine Stärke (daß es im Gedanken ist); darin liegt sein endlicher Sieg über das Unrecht und die Gewalt, welche in ihrer höheren Potenz, als Zusammensetzung von Einzelgewalten (manus militaris), ohne Rechtsverband selbst nicht haltbar ist.

II. Arten.

1. Gesetzliches und Juristen-Recht.

D. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine 1, 3. de constitutionibus principum 1, 4. de origine juris, et omnibus magg. et de succ. prudd. 1, 2. C. de legibus, et constt. pp., et edictis 1, 14. de mandatis pp. 1, 15 de sec. 1, 16 quae sit longa consuetudo 8, 53.

§. 19.

Gesetzliches Recht nennen wir hier alles dasjenige Recht, welches auf rechtsschaffender Satzung beruht, und also Satzung ist und heißt. Von dieser constitutiven Art ist nicht nur was die Römer lex, edictum magistratus, constitutio principis, und die Unsrigen Gesetz, sondern auch, was wir Gewohnheitsrecht (consuetudo, mores), und was wir autonomes Recht nennen. Von nurmehr declarativer Art ist das Juristenrecht; denn dieses beruht entweder auf interpretatio, d. i. in der Erklärung was das Recht zu neuauftauchenden Rechts- oder Streitfällen sagt, oder auf cautio, d. i. auf jener Fassung, Formulirung, Autorisirung, Beurkundung der Geschäfte, die dem Willen der Handelnden entspricht, und den Gefährden des Rechtes und der Prozesse bestmöglich vorbeugt, — also hier und dort auf bloßer Rechtsanwendung.

Die Rechtsanwendung führt zum Gegensatze eines reinen und angewandten Rechtes und damit immerhin zu einer besonderen Art des Rechtes. Denn im angewandten Rechte ist zum reinen nicht blos Arbeit, sondern auch Stoff, der neue Streitfall, die

neue Geschäftslage, überhaupt ein neuer Gegenstand hinzugekommen. Die blos theoretische Verarbeitung (§. 13), die da zum reinen Recht keinen neuen Stoff bringt, kann dem Juristenrecht nur beigezählt und nur insofern beigezählt werden, als sie zu der practischen Verarbeitung (Rechtsanwendung) in einem präparatorischen Verhältnisse steht. Falsch ist es, die theoretische Verarbeitung als solche, oder gar nur sie als Juristenrecht hinzustellen, falsch darum auch, anstatt vom Juristenrecht von einem „Recht der Wissenschaft“[1]) zu reden.

§. 20.

Form der Satzungen.

Die Satzung, aus welcher die Satzung oder das gesetzliche (constitutive) Recht hervorgeht, ist zunächst theils Verbot, theils Gebot, theils Gewährung (§. 18 Anm.); hierauf folgt, dem Triebe nach Verwirklichung entsprechend, die Sanction, d. i. eine Strafandrohung, Damnation, Nichtigkeitserklärung, Aufstellung einer Klage, wodurch Gebot, Verbot, Gewährung gegen Mißachtung, Auflehnung, Eingriffe Dritter bewahrt (gefeit) werden wollen.

Einestheils nun aber verbergen sich jene Vordersätze der Satzung (Gebot, Verbot, Gewährung) häufig in der Sanction; unsere Strafgesetze sind durchweg das Verbot der unerlaubten Handlung stillschweigend in sich fassende Strafandrohungen; die Verbote der Privatdelicte sehen wir in die Statuirung einer obligatio oder actio gekleidet[1]); und auch sonst scheinen privatrechtliche Satzungen nicht selten auf bloße Damnation oder Aufstellung einer actio gelautet zu haben[2])

Umgekehrt kommen Gebote ꝛc. auch ohne Sanction vor. Die Imperative der XII Tafeln (ita jus esto etc) scheinen Gewährungen ohne Sanction gewesen zu sein, so daß die legis actiones nur auf Grund des Gesetzes, nicht im Gesetze stunden[3]). Insonderheit erfolgten die singulären Verbote gewisser Rechtsgeschäfte

1) Savigny, Syst. Bd. I. §§. 19, 20. Puchta, P. §. 16.

1) z. B. l. 1 §. 2. D. ad leg. Aq. 9, 2 vgl. Rudorffs ed. perp. §§. 134—142; 185; 188.

2) vgl. z. B. Gajus 4, 11, 22—24.

3) Gaj. 4, 11 — vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant.

(Schenkungen, Veräußerungen, Manumissionen, Intercessionen ꝛc.) möglicherweise ohne jede, oder doch ohne die hier infallible Sanction der Nichtigkeitserklärung, und hießen solche leges dann imperfectae oder (wenn wenigstens die Strafandrohung nicht fehlte) minus quam perfectae[4]; wie sonst Aufstellung einer actio, so lag hier Gewährung einer exceptio der Jurisdiction ob. Neuestens aber ist solchen Verboten die perfecte Wirkung ohne Weiteres beigelegt[5].

Von den Decreten, Interdicten, Cautions- und anderen Befehlen der außerordentlichen magistratischen Rechtshilfe, sowie von den vorerwähnten Verboten des jus singulare abgesehen scheint die privatrechtliche Satzung überhaupt keine Gebote und Verbote, sondern nur die Gewähr einzelner Handlungen, es sei nun außergerichtlicher Dispositionen (Obligirungen, Mancipirungen, Testirungen), oder der das Privatrecht (Eigenthum, Forderung, patria potestas) sanctionirenden gerichtlichen Handlungen (actiones) enthalten zu haben; die Verbote der unerlaubten Handlungen und die Gebote der Obligationserfüllung gehen in der Damnation oder in der Aufstellung von Actionen auf; Eigenthum und patria potestas, kurz die Grundrechte des Privatrechts selbst dürften über alle ausdrückliche Satzung hinaus theils auf die stillschweigende des Gewohnheitsrechtes, theils aber über alle und jede Satzung hinaus auf eine Action der Gemeinde (Auftheilung des gemeinen Landes) zurückgehen.

Satzungen von gleich constitutiver, ja von vielleicht älterer und ursprünglicherer Art, als die des Gesetzes, entspringen der Gewohnheit, und der Umstand, daß sie nicht ausdrücklich, in Worten, sondern stillschweigend, in Werken, erfolgen, entschuldigt es nicht, daß man diese Satzungen nicht ebensowohl Gesetze nennt, als jene[6]. Unter den Satzungen der Gewohnheit herrscht aber die Gewährung noch ausschließlicher, als unter denen des Gesetzes; das ge-

4) Ulp. 1, 2.

5) l. 5 pr. C. de leg. 1, 14. Theod u. Valent. a. 439 — ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere.

6) vgl. Cicero, in den partitiones oratoriae 37, 130: — Sed propria legis et ea quae scripta sunt, et ea quae sine literis aut gentium jure aut majorum more retinentur.

wohnheitsrechtliche Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten löst sich vielleicht in eine ausnahmsweise Gestattung ihres Widerrufs auf[7]).

Uebrigens ist keine Form der Satzung leicht ohne Begleitung der beiden übrigen denkbar; z. B. das Gebot der Orthodoxie nicht ohne das Verbot der Häresie, und ohne die Gestattung der Verfolgung[8]); allein vollständig ausgesprochen findet sich die ganze Folge der Satzungen, wie schon angedeutet, selten. Um so häufiger erscheint in den Gesetzen der letzten Zeit neben der Satzung (tenor legis — Dispositivworte) deren Motivirung (ratio legis).

§. 21.

Zeitliche Beziehung der Satzung.

Die Satzung ist nicht nur als Gebot und Verbot, sondern auch als Permission nur in Betreff künftiger Handlungen denkbar. Auch wenn wir sie auf Gewährung nicht blos einer einzelnen Handlung, sondern irgend eines Rechtes (z. B. Corporationsrechtes, s. g. Rechtes der juristischen Person) lautend denken, bezieht sie sich nothwendig auf das Futurum; Einräumung in praeteritum wäre gar keine Permission mehr, sondern ein Gebot, die Vorschreibung der Fiction nämlich, daß ein erst heute statuirtes Recht fortan als schon vordem vorhanden gedacht und behandelt — oder daß gegenwärtiges Gesetz als schon damals erlassen erachtet werden solle u. s. f., nach der Art und Weise etwa, wie sich in Nov. 143 a. E. die authentische Interpretation eines Gesetzes auf das Datum eben dieses Gesetzes zurückbezogen haben will.

Desgleichen könnte die Aufhebung einer bisherigen Permission (eines Rechtes) in praeteritum nur vermittelst der Fiction, daß die vorausgegangene Permission nicht, oder nichtig ertheilt worden sei, gedacht, zu dem Ende freilich auch ein color fraudis — daß die Permission erschlichen worden sei — gewählt werden[1]). Finden sich Gesetze, welche „nominatim et de praeterito tempore" ge-

7) vgl. S. 1304 meiner 1. Auflage.

8) l. 1 — l. 5 C. summa trin. 1, 1.

1) vgl. l. 2 pr. C. summa trinit. 1, 1 — sciant omnes, etiamsi quid speciali quolibet rescripto per fraudem elicito ab hujus modi hominum genere impetratum sit.

geben sind[2]) und auf Grund früherer Gesetze erworbene Rechte ohne diese Fiction oder ohne diesen color fraudis aufheben[3]), so will zwar ein erworbenes Recht und eine frühere Permission, aber sie wollen nur in futurum, nicht rückwärts aufgehoben sein. Kaiser Zeno will in der cit. l. 64 nicht sagen, daß die Decurionen, welche gewisse Aemter bekleidet, keinen Augenblick von ihrer Last befreit gewesen, sondern nur, daß sie von nun an nicht mehr von derselben frei sein sollen. Desgleichen wollen Gesetze, welche gewisse Rechte, wie z. B. das der legitimatio per subsequens matrimonium ausdrücklich auch „rückwärts" eingeräumt wissen wollen[4]), nur sagen, daß diese Rechte nicht blos denjenigen zustehen sollen, in deren Person die geforderten Voraussetzungen von jetzt an zutreffen, sondern auch denjenigen, in deren Person sie schon vorher da waren — indem sie außerehelich noch vor dem Gesetze geboren[5]), oder ihre Eltern noch vor dem Gesetze verheiratet waren; daß sie auch rückwärts bis auf den Tag dieser Verheiratung schon legitim gewesen sein sollten, ist nicht gesagt.

Jene ficticische Zurückdatirung kommt außer der authentischen Interpretation — die man immerhin als einen „Zusatz" zu dem Gesetze[6]) betrachten und so dann ihrem Ergebniß nach, auch zeitlich eins mit dem Gesetze denken mag — wenigstens innerhalb unserer Quellen nicht vor, würde aber, wenn sie vorkäme, wie bemerkt, doch nur ein Gebot, mithin unmöglich auf etwas anderes, als auf die Zukunft gerichtet sein — das Gebot nämlich, daß Laien und Richter von nun an denken und handeln sollten, als ob das gewisse Recht oder seine Aufhebung früher entstanden oder erfolgt wäre, als es in Wirklichkeit der Fall ist; diese künftige Vorstellungs- und Handlungsweise kann das Gesetz erzwingen, bewirken aber, daß die Rechte oder deren Aufhebung in Wirklichkeit vor ihrem wirklichen Datum da waren, kann das Gesetz nicht; eine rückwirkende, d. i. rückwärts verwirklichende Kraft hat es nicht, hat es so wenig als wir diese irgend einer irdischen

2) l. 7 C. de leg. 1, 14. Theod. u. Val.
3) z. B. l. 64 C. de decur. 10, 31. Zeno.
4) Nov. 19 pr.
5) Nov. 19. pr. cit. — valere etiam in illis, qui ante hujus modi legislationem nati sunt.
6) l. cit. in f. — quae adjecta sunt per interpretationem.

oder überirdischen Macht beizulegen vermögen. Der color fraudis aber wäre, wenn er irgend einmal, in religiösem oder politischem Fanatismus, zur Anwendung käme, eine Lüge in Gesetzesgestalt und ein weiterer Beweis, daß man Geschehenes nicht in Wahrheit ungeschehen, und Nichtgeschehenes nicht geschehen machen kann.

Der Satz, daß die Gesetze keine rückwirkende Kraft haben[7], ist also, wenn man dabei nur in der That an Rückwirkung (Resolvirung ex tunc) denkt, eine Nothwendigkeit, und läßt, wie dies Böcking mit Recht lehrt[8], Windscheid[9] u. A.[10] aber entweder nicht eigens verfolgen, oder stillschweigend verneinen, keine Ausnahme zu. Ganz anders der Satz, daß Gesetze nur Künftiges normiren[11] — ein Satz, der in den Quellen selbst oft dahin umlautet, daß Gesetze nicht „zurück" oder in „praeteritum" bezogen werden sollen[12], von den Unsrigen häufig ohne weitere Unterscheidung als die Negation der rückwirkenden Kraft der Gesetze hingestellt[13], bei Scheurl[14] und R. Schmid[15] aber von dieser mit Recht unterschieden wird. Denn er geht nicht gegen die auch ohne ihn unmögliche Rückwirkung, sondern nur gegen eine an sich mögliche Einwirkung auf aus der Vergangenheit stammende Rechte und Geschäfte, besagend, daß von Gesetzen, welche den Erwerb gewisser Rechte überhaupt versagen oder an erschwerte Bedingungen knüpfen, oder welche die Gewähr gewisser Geschäfte, Actionen, Ersitzungen oder Verjährungen überhaupt versagen oder an neue Formalien, Prozesse, Fristen, überhaupt Voraussetzungen knüpfen, — die schon

---

7) z. B. östr. allg. b. Gb. §. 5 u. die Anm. 9, 10. Agff.

8) Pand. d. r. Priv. §. 95, §§. e—k.

9) P. §. 32 Anm. 4.

10) z. B. Savigny, Syst. Bd. 8. §. 383 fgg. Roth, bayr. Civilr. §. 15 Anm. 14. Keller, P. §. 13. Unger, Syst. I. §. 20 S. 117. Wächter, w. Privr. §. 29, §. 30. Baron, P. §. 9.

11) l. 7 C. cit.: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam — l. 65 C. dec. 10, 31 — leges futuris regulas imponere.

12) l. 65 C. decur. 10, 31 — besonders in den Ausnahmen (Anm. 16) z. B. l. 1 C. Th. ad SC. Claud. 4, 11 „quam legem et de praeterito custodiri oportet" l. unic. §. 4 C. contract. jud. 1, 53 — „quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus".

13) vgl. die Anm. 10 Agff.

14) Beiträge z. B. d. r. R. Nr. 6. S. 141 fg.

15) die Herrschaft d. Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen SS. 101—148.

erworbenen Rechte und die schon abgeschlossenen Geschäfte nicht (nämlich auch in futurum nicht) betroffen werden sollen. Dieser Satz ist allerdings eine bloße Regel, erleidet häufig Ausnahmen[16]), so häufig, daß der Gesetzgeber es mitunter glaubt ausdrücklich sagen zu müssen, daß er nur in futurum gesprochen haben wolle[17]). Er ist eine Interpretationsregel, giltig nur für den Fall, da das Gesetz zwar sprachlich auch auf schon vorhandene Rechte oder Geschäfte bezogen werden könnte, allein nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen hat[18]). Grundlos ist hiebei die Controverse oder der Zweifel, ob die Regel blos Perfecta, oder auch Imperfecta (noch nicht vollendete Ersitzungen, noch nicht in Kraft getretene Testamente u. dgl.) betreffe[19]) und außer den Bereich des Gesetzes gestellt haben wolle; denn es ist in der entscheidenden l. 7 C. cit. sofort selbst ausgesprochen, daß das Imperfectum dem Perfectum gleich stehe[20]). Nur daß wir mit den pendenten Geschäften nicht bloße Hoffnungen (z. B. der möglichen Intestaterben) verwechseln dürfen[21]).

Der Beispiele, in denen Gesetze sich ausdrücklich auch in praeteritum und auf negotia pendentia bezogen wissen wollen, sind viele[22]); um dem Zweifel und damit der Regel zu derogiren, mußten sie ausdrücklich de praeterito etc. caviren; inwiefern dem nicht so sein solle[23]), oder das bezügliche Gesetz (l. 7 C. cit.) selbst „unrichtig" sei[24]), will nicht einleuchten. Daß Satzungen,

16) l. 65 C. cit. l. 17 C. fide instr. 4, 21. l. 21 C. ad SC. Vell. 4, 29, Nov. 19 praef.; die Epiloge zu Nov. 112. 115. 117. Weitere Beispiele bei Böcking a. a. O. Anm. 8.; und oben Anm. 12.

17) z. B. l. 17 C. §. 1 certum pet. 4, 2, l. 23 §. 3 C. mandat. 4, 35, l. unic. in fin. C. rei ux. act. 5, 13, l. 29 in f. C. testam. 6, 23, l. unic. §. 15 C. caduc. toll. 6, 51, l. 7 §. ult. C. curat. fur. 5, 70, Nov. 22 c. 1. Nov. 78 epilog. Nov. 99 c. 1 §. 2 in f.

18) nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est — l. 7 C. cit.

19) vgl. z. B. Puchta, P. §. 112. Windscheid, P. §. 33. Keller, §. 13. c.

20) et adhuc pendentibus negotiis — cf. l. 2 §. 9 C. jurej. 2, 59, l 17 C. fide instr. 4, 21, l. 29 in f. C. test. 6, 23. Vangerow, P. §. 26. Anm. 2. a. E.

21) Keller, §. 13. b. Unger, §. 20. S. 120. 3.

22) s. oben Anm. 16.

23) Seuff. Arch. Bd. 12 Nr. 120.

24) Windscheid, P. §. 32 Anm. 4.

selbst wenn sie sich ausdrücklich auch auf die Vergangenheit bezogen wissen wollen, gleichwohl auf rechtskräftig oder gütlich beigelegte Ansprüche nicht zu beziehen seien[25]), ist in den Quellen nicht ausgesprochen[26]), allein dennoch Rechtens: nicht um deswillen, weil die Gesetzgeber es in vielen Einzelfällen ausgesprochen haben[27]), sondern weil der einmal beigelegte Anspruch nicht mehr besteht, weil das Gesetz das Urtheil, den Vergleich, die Zahlung erst resolviren müßte, wenn es den dadurch aufgehobenen Anspruch noch maßregeln wollte.

2. Nationales u. internationales Recht.

§. 22.

Nach den Institutionen[1]) stünde dem nationalen (aus einer bestimmten Volks- und Staatsgemeinschaft hervorgegangenen und lediglich für diese geltenden Rechte — jus civile —[2]) nicht sowohl ein internationales (aus der Uebereinstimmung unbestimmt vieler Völker hervorgegangenes und zwischen diesen geltendes), sondern ein allgemein menschliches Recht gegenüber, ein Recht, das in jedem Volke gleichmäßig entsteht und bei jedem gleichmäßig gilt[3]), überdies noch ein allgemein animalisches, auch in der Thierwelt wachsendes und geltendes Recht[4]). Allein ein derartiges „jus gentium" und „jus naturale" hat in Wirklichkeit niemals existirt, und gibt es auch heute nicht. Allenthalben mag

25) Unger, §. 20 a. E. Baron, §. 9 Anm. 6.

26) vgl. Windscheid, §. 33. Anm. 2.

27) wie namentlich Justinian in Ansehung der Institutionen und Digesten: l. 2 §. 23 C. vet. jure enucl. 1, 17; das SC. Tertull. l. 1 §. ult. D. h. t. 38, 17; Epiloge zu Nov. 112. 115. 117 und manche der in Anm. 16 und 17 citt. ll. — Windscheid a. a. O.

1) Gaj. I, 1; pr. — §. 2. J. de jure naturali, gent. et civ. l. 1 §. 3, §. 4. (Ulp. libr. I. Inst.) D. just. et jur. 1, 1, l. 5 l. 6 eod.

2) — quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis — Gaj. l. c. §. 1 J. cit. —

3) Gaj. I., l. §. 1 J. cit. — quod vero naturalis ratio inter omnes constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.

4) pr. J. cit. Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur — cf. l. 1 §. 3 D. cit.

es Eigenthum, Grenzen, Handel, Kauf und Verkauf, Miethe, Obligationen und dgl. m.[5]) geben; allein daraus folgt noch nicht, daß überall ein und dasselbe Eigenthums-, Grenz- und Contractsrecht vorkomme; in Wirklichkeit findet man überall ein anderes[6]). Von einem Thierrecht kann, wenn das Recht vom Menschen und für den Menschen ist (§. 18) ohnehin keine Rede sein. So ist denn noch bei Gajus von keinem solchen jus naturale, und noch bei Cicero von keinem mit Allerweltsrecht identischen jus gentium die Rede[7]); ihm erscheint das jus gentium als ein gesetztes[8]), fast möchte man meinen, als ein von den Römern selbst gesetztes[9]), für einen gewissen, die barbari ausschließenden[10]) Kreis von Völkerschaften, darunter für die Römer selbst[11]) geltendes Recht. Dabei ließe sich vermuthen, daß es noch früher gemeinsames Product der im Verkehr begriffenen ebenbürtigen gentes, und für deren Verkehr geschaffen, also wahrhaft Völkerrecht, und zwar internationales Privatrecht gewesen, und erst später von dem nun übermächtigen Rom in die Hand genommen, weiter entwickelt und fixirt worden sei. Ein Beleg für diesen ursprünglich internationalen Charakter des privatrechtlichen jus gentium liegt darin, daß das publicistische Völkerrecht, welches auch unter den Spezialbezeichnungen jus belli ac pacis, foederum, fetiale etc. vorkommt und entschieden internationales Recht ist und bleibt, gleichfalls jus gentium heißt[12]). Nur so viel ist von dem jus naturale, gentium und civile der Institutionen wahr, daß den Rechtssatzungen innerhalb eines und desselben Rechtes theils natürliche Nothwendigkeit, theils allgemeine Zweckmäßigkeit, theils endlich

5) l. 5 D. cit.

6) s. z. B. die Musterkarte von Kaufsrechten aus Theophrastus in D. F. Hofmanns Beitr. zur Gesch. d. griech. u. röm. R.'s. S. 76 fgg.

7) M. Voigt, d. Lehre vom jus nat., aequum et bonum und jus gentium der Römer. I. Theil §. 15.

8) s. oben §. 18 Anm. 7; §. 26. Anm. 7.

9) de off. III. 17, 69: Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt — und der Gegensatz von jus g. zu leges populorum in Off. III. 5, 23.

10) pro Mil. 11, 30: Sin hoc et ratio doctis, et necessitas barbaris, et mos gentibus, et feris natura ipsa praescripsit —.

11) Off. III, 17, 69: Quod civile non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet. —

12) Voigt, a. a. O. Thl. II. vgl. §. 5 Anm. 7 mit Anm. 8.

die bestimmte Volkseigenthümlichkeit zu Grunde liegt, daß also die der ersten und zweiten Art nach dem Wesen ihres Inhalts in den Rechten aller Völker wiederkehren werden[13]).

Dagegen darf behauptet werden, daß unter uns ein privatrechtliches jus gentium in dem oben vermutheten ursprünglichen Sinne eines internationalen Privatrechtes wieder aufgelebt sei (§. 23.)

§. 23.

Das heutige internationale Privatrecht.

In allen den Fällen, wo Handlungen, Dispositionen, Rechte, Obligirungen des Ausländers vor inländischen Gerichten in Frage kommen, spricht man von einer Collision oder einer Concurrenz der Rechte des Inlandes und Auslandes[1]) — nicht ganz zutreffend, da, wenn kein drittes, doch nur entweder das eine oder das andere dieser Rechte zur Anwendung kommen kann. Wohl aber ist in all jenen Fällen fraglich, was für ein Recht zur Anwendung komme, nach was für einem Rechte sich die Handlungs-, Dispositions- und Rechtsfähigkeit, sein Erwerb und seine Bindung richte. In der classischen Zeit des römischen Rechtes und früher dürfte diese Frage größtentheils durch den Bestand der Peregrinengerichte und des §. 22 erörterten jus gentium gelöst gewesen und hierin der Grund gelegen sein, weshalb uns die Quellen selbst auf dieselbe keine Auskunft ertheilen. In unserer Doctrin aber herrscht von altersher der Glaube an eine „örtliche Herrschaft" des Rechtes vor, so daß Fähigkeiten, Handlungen, Rechte, je nachdem sie, örtlich betrachtet, in dieses oder jenes Territorium zu fallen scheinen, auch vom Rechte des In- oder Auslandes ergriffen gedacht, und darnach beurtheilt werden. In solchen Territorialgedanken wurzelt vor allem die von Bartolus (zu l. 1 C. s. trinitate 1, 1) stammende Unterscheidung der statuta personalia, realia, und mixta und die damit zusammenhängende, als Gewohnheitsrecht erklärte[2]) Behauptung, daß die Person des Aus-

13) Cic. pro Mil. 11, 39: Sin hoc et ratio doctis et necessitas barbaris, et feris natura ipsa praescripsit, ut omnem semper vim quacunque ope possent a corpore, a capite, a vita sua propulsarent.

1) z. B. Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze. — Voëtius, de statutis eorumque concursu, Lugd. Bat. 1700.

2) Thibaut, Pand. §. 38. Kierulff, Theorie d. Civilr.'s S. 75—82.

länders dem Rechte seiner Heimat, sein Grundbesitz dem Rechte des locus rei sitae, sein Geschäft dem Rechte des Ortes der Handlung (locus regit actum) folge. In neuerer Zeit hat man diese Regel für zu unsicher befunden[3]), allein der Satz, daß „jede Person in ihren Rechtsverhältnissen nach dem Rechte ihres Domicils zu beurtheilen und Ausnahmen zu erweisen seien“[4]), — oder der, daß die Gerichte einzig nach dem Rechte ihres Landes zu sprechen haben, und daß es eben doch nur nach dem Rechte ihres Landes geschehe, wenn sie in gewissen Fällen nach dem Rechte des Auslandes zu sprechen ermächtigt und verpflichtet sind[5]), — oder der, daß jedes Rechtsverhältniß nach dem Rechte des Ortes, wo es entstanden sei[6]), oder wo es seinen „Sitz“ habe[7]), zu beurtheilen sei, kommt vom Territorialgedanken nicht los, fällt der Unsicherheit der Bartolinischen Regel in Gestalt der Ausnahmen anheim, oder macht alle Gesetzbücher und Statuten der Welt zum Appendix unseres Landesrechtes, oder schafft in dem Sitz, weil die Rechtsverhältnisse nun einmal keinen haben[8]) oder wie die Obligationen auf zwei Stühlen sitzen, ein unlösbares, oder ein nur willkürlich lösbares Problem.

Um deswillen nun aber, weil man mit der Oertlichkeit der Rechtsverhältnisse, oder dem finium regundorum judicium zwischen der örtlichen Herrschaft des in- und des ausländischen Rechtes nicht zum Ziele kommt, darf an einer grundsätzlichen Lösung der

3) Savigny, Syst. Bd. 8 S. 120—124.

4) Eichhorn, d. Privatr. §§. 20. 25. 30. Puchta, Gewohnheitsr. S. 155—160 — von Puchta freilich nur in Betreff der verschiedenen Rechte im Inland angenommen.

5) Wächter, a. a. O. S. 261. 70. Dr. Reinhold Schmid, die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, Jena 1863. Francis Wharton, a treatise on the conflict of laws or private international law, including a comparative view of Anglo-American, Roman, German, and French jurisprudence, Philadelphia 1872 u. dazu Bar in der Münchner Vierteljschr. Bd. 15 S. 2, sowie dessen intern. Privat- u. Strafr. S. 8—56.

6) Schäffner, Entwicklung des internationalen Privatr. Frankf. 1841 §. 32.

7) Savigny, a. a. O. S. 28. S. 108. §§. 361—382. Windscheid, P. §. 35. Roth, bayr. Civilr. I. Theil §. 16. Unger, östr. Privtr. I. §. 22. S. 162.

8) vgl. Dernburg, Lehrb. d. preuß. Privr., 1. Bd. §. 26. S. 45 oben.

Frage nicht verzweifelt werden [9]). Vielmehr dürfte der Schlüssel zur Lösung in dem Namen liegen, den man dem gesuchten Rechte instinctiv, oder kurz abfertigend wie Puchta, gegeben hat. Denn nicht blos von Collision oder Concurrenz der Gesetze, sondern auch von internationalem Privatrechte ist überall hier die Rede, und Puchta bemerkt, daß die Herrschaft des inländischen Gesetzes gegen den Ausländer nicht blos durch Ausnahmen, sondern durch einen anderweitigen Grundsatz (unter dem er sichtlich einen völkerrechtlichen denkt) gebrochen sein könne [10]). Das hier zur Sprache kommende internationale Privatrecht nun und der von Puchta in Sicht genommene Grundsatz ist eben das Recht, nach welchem der Fremde zu behandeln ist, aber nicht eins weder mit dem Rechte des Inlandes, noch mit dem Rechte des Auslandes, noch mit einem angeblichen Gesetze des Inlandes, wornach der Fremde bald diesem, bald jenem Rechte unterworfen sein soll, sondern Völkerrecht, das weder in diesem noch in jenem bestimmten Lande oder Volke, auch wie vieles andere Völkerrecht [11]) nicht erst in einem Völkervertrage, sondern in stillschweigender, wachsender Uebereinstimmung und werkthätiger Uebung der im Verkehre mit einander begriffenen, unabgeschlossenen Völker seinen Grund hat. Dieses speciell auf die privatrechtliche Stellung des Fremden gerichtete Völkerrecht hat sich noch nicht endfertig herausgestellt, besteht aber in dem von Puchta angedeuteten Grundsatz der Anerkennung des Fremden und seiner Gleichstellung mit dem Inländer, und kann im Einzelnen mit folgenden, theils längst sicheren und unter den verschiedensten Titeln oder Theorien vertretenen, theils erst noch der Feststellung bedürftigen Sätzen skizzirt werden:

Man anerkennt

1) die Person des Fremden, läßt in und mit dieser seine Handlungs-, Dispositions- und Rechtsfähigkeit gelten, eben darin

---

9) wie von Bernburg a. a. O. S. 44.

10) Pand. §. 113 a. E.

11) Hugo, Lehrb. der jur. Encyklopädie (1. Bd. des civilistischen Cursus) 8. Aufl. Berlin 1835, S. 445: „Für das Völkerrecht sind die Regeln selten aus an Allgemeinheit grenzenden Verträgen, sondern meist nur aus dem, was bisher unter den Völkern geschehen, entschuldigt oder getadelt worden ist, zu schöpfen."

und darum das Recht der Heimat — was im Resultate auch nach allen anderen Theorien bald als Regel, bald als Ausnahme angenommen wird; — man anerkennt ihn

2) in seinen erworbenen Rechten[12]), ob er diese nun unter denselben Voraussetzungen auch bei uns erworben hätte, oder nicht (z. B. durch bloßen Vertrag erworbenes Mobiliareigenthum) — sie würden denn unter die Gattung der bei uns überhaupt für unmöglich erklärten gehören (Sclaverei, Mobiliarhypothek). Häufig macht man aus der Anerkennung der jura quaesita ein Princip für sich[13]), in Wahrheit aber ist sie bloße Folgerung aus der Anerkennung der Person; denn die bereits erworbenen Rechte gehören mit zur Person des Berechtigten, sind eine Pertinenz desselben. Auch die Ausnahmen von dieser Anerkennung beruhen in keinem Gedanken des Völkerrechts; denn dieses kann nur Gleichstellung, nicht Bevorzugung des Ausländers vor dem Inländer wollen; —

3) in Anerkennung seiner Handlungs- und Rechtsfähigkeit läßt man den Fremden auch im Inlande erben und erwerben[14]); beides jedoch nur unter den Voraussetzungen und Formen des inländischen Rechts. Letzteres trifft im Resultate mit der Regel „locus regit actum" zusammen; seinem Ursprung nach kommt es aus keinem Territorialgedanken wie diese, sondern wieder aus der internationalen Gerechtigkeit, welche nach Anerkennung der Personen nurmehr Gleichstellung gewähren kann; —

4) darnach läßt man ihn auch gegen die Person des Inländers erwerben (Forderungen nämlich), es sei nun im Inland oder im Ausland, letzteren Falls bald nach dem Rechte des Ortes der Handlung, bald nach dem des Erfüllungsortes, bald nach dem des schuldnerischen Wohnsitzes[15]); es tritt dieses örtliche Recht aber zurück, wenn es in Widerspruch steht mit einer am Ort des urtheilenden Richters geltenden, zwingenden, streng positiven Rechtsregel,

---

12) vgl. l. 7 pr. D. captiv. 49, 15 (Proculus) — quid inter nos atque eos (foederatos et liberos) postliminio opus est, quum et illi apud nos et libertatem suam, et dominium rerum suarum aeque atque apud se retineant, et eadem nobis apud eos contingant.

13) vgl. darüber Wächter a. a. O. Bd. 25 S. 1—9.

14) Allg. preuß. Landr. I. 5. §. 115. Sav., a. a. O. S. 354. Anm. e.

15) vgl. z. B. Savigny, S. 247, S. 354.

indem in solchen Fällen der freie Wille der Parteien überhaupt keinen Einfluß haben kann[16]). Damit ist hier die Geltung jener verschiedenen örtlichen Rechte von der Territorialität des Rechtes auf den freien Willen der Parteien hinübergeleitet[17]), damit aber auch zugleich eingeräumt, daß der Fremde sein Recht gegen den Inländer gleichwie die Rechte im Inland stets nach dem Rechte des Inlandes erwirbt. Denn soweit er es nach einem anderweitigen Rechte erwirbt, geschieht es kraft der ihm gleich dem Inländer vom inländischen Rechte eingeräumten Willkür; —

5) man anerkennt auch seine Dispositionen über Vermögensstücke in unserem Territorium, mögen sie unter Lebenden, oder von Todes wegen erfolgen. Letzterenfalls darf zur Wirksamkeit seiner Handlung mehr nicht gefordert werden, als sein einheimisches Recht verlangt[18]); man würde ihn sonst, wenn er Vermögen hier und dort hinterläßt, sein Testament gegen unsere Begriffe mehrmal und in verschiedenen Formen zu machen zwingen, oder seinen Erben und Legataren den hierlands befindlichen Theil seines Nachlasses vorenthalten müssen.

Eine letztwillige Disposition liegt auch darin, daß man ab intestato verstirbt, indem man annimmt, daß der Erblasser diejenigen Personen als Erben gewollt habe, welche jetzt das Gesetz beruft[19]). Da nun zu vermuthen ist, daß der Fremde hiebei eher an die in seinen, als in unseren Landesgesetzen berufenen Personen gedacht habe, und der Fremde gleich dem Inländer ernennen kann, wen er will, müssen wir ihn auch ab intestato nach dem Gesetze seines Landes vererben lassen[20]). — Wie aber, wenn testamenti factio und Capacität der zu honorirenden Personen hier und dort verschieden bestimmt wäre? Die testamenti factio ist wie das commercium, von dem sie nur einen Ausbruch bildet, ein Gemeinschafts- oder Gegenseitigkeitsbegriff, eine Fähigkeit nicht

16) Sav., a. a. O. S. 248.

17) Sav., a. a. O.: „Die Ableitung der hier aufgestellten Regeln aus der vermutheteten freiwilligen Unterwerfung des Schuldners —".

18) vgl. Sav. §. 376. §. 381.

19) l. 3 pr. §. 1 D. jure codic. 29, 7 — intelligitur enim is quoque heres scriptus — l. 8 §. 1 eod. — quoniam creditur pf. sponte sua eis relinquere legitimam hereditatem. Savigny, a. a. O. S. 303.

20) vgl. Savigny, a. a. O.

nur dessen, dem sie beigelegt wird, sondern auch dessen, „mit dem" er sie hat[21]); die Frage, wen der Fremde einsetzen könne, ist so gut eine Frage auch nach seiner Rechtsfähigkeit, als die Frage, ob er testiren könne, und bestimmt sich nach dem Rechte, nach welchem sich seine Person überhaupt bestimmt; wenn wir seine Person anerkennen, müssen wir auch seine angestammte Fähigkeit, diese und jene Person einzusetzen, anerkennen, sollten wir Inländer sie gleich nicht einsetzen können. Aus demselben Grunde müssen wir aber umgekehrt Einsetzungen, zu denen er von Haus aus unfähig ist, die Anerkennung auch dann versagen, wenn er derselben, wenn Inländer, fähig wäre; denn wir wollen den Fremden als solchen anerkennen, mit nichten ihn zum Inländer machen.

Incapacität ist zwar keine Unfähigkeit im Sinne mangelnder testamenti factio, immerhin aber eine Behemmung der tf. passiva, und ebendeswegen auch eine der tf. activa. Folgeweise dürfte sich auch die Frage, wer aus dem Testamente des Fremden erwerben (capere) könne, nach dem fremdländischen Rechte richten. —

Nicht zu vermengen mit der Frage nach der privatrechtlichen Stellung des Fremden im Inlande ist die Frage nach der Behandlung des Inländers aus Handlungen im Ausland: ob seine von dorther rührenden Testamente, Adoptionen, Heiraten, Eigenthums- und Forderungsrechte vor unseren Gerichten sich als solche nach in- oder ausländischem Rechte zu bewähren haben? Das ist keine Frage des internationalen Rechtes mehr; allein insoweit es sich um Rechte handelt, von denen man sagen kann, daß sie im Auslande erworben wurden, scheint internationales Privatrecht wenigstens folgerungsweise zur Anwendung kommen zu müssen; denn anerkennen wir Rechte, welche der Fremde im Ausland und nach ausländischem Rechte erworben hat, so scheint die gleiche Anerkennung dem Inländer zu Theil werden zu müssen, wenn er Rechte im Ausland erworben hat.

Indessen geht ein Theil der Privatrechte, wie die haus- und eheherrliche, Gewalt bereits in das Wesen der öffentlichen Rechte

21) Ulp. 22, 1. Heredes institui possunt, qui test. factionem cum testatore habent.

über, so daß in ihnen halbwegs öffentliche Gewalten enthalten sind, und die Art und Weise ihrer Begründung nicht leicht, weder der Autonomie der Einzelnen, noch der Gesetzgebung des Auslandes, preisgegeben wird; sie muß dann der Inländer, wofern er sie im Inland haben und üben will, auch im Ausland nach inländischen Rechte erwerben [22]). Die reinen Privatrechte dagegen, die er kraft internationalen Rechtes im Auslande erwirbt, müssen allerdings in seiner Person nicht minder anerkannt werden, als in der des Ausländers.

Wieder etwas anderes, als die privatrechtliche Stellung des Ausländers im Inlande ist die des Provinzialen in einer anderen Provinz desselben Landes, die des Ortsbürgers in einem anderen Ort und vor einem anderen Gericht desselben Landes. Sofern in den verschiedenen Provinzen, Orten, verschiedene Rechte gelten, entstehen hier aber ähnliche Fragen wie bezüglich der privatrechtlichen Stellung des Ausländers im Inland; ja das Wort „Statuten" in der „Collision der Statuten", und in der Unterscheidung von statuta personalia, realia, mixta weist darauf hin, daß die Doctrin von der räumlichen Herrschaft der Gesetze gerade hier ihren Ursprung genommen habe und erst nachträglich auf das Verhältniß des Fremden zum Inland erstreckt worden sei. Wie nun aber von dem Gedanken einer örtlichen Herrschaft der Gesetze aus die Meisten zu denselben Grundsätzen für den Ausländer im Inland, wie für den Provinzialen in der anderen Provinz u. s. f. gekommen sind, so dürfte das Gleiche auch vom Standpunkte unseres internationalen Privatrechtes aus der Fall sein. Denn jene Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und Gleichstellung im Privatrecht mußten zwischen Reichs- und Landesgenossen noch früher gelten, als zwischen Fremden und Inländern, und wollte man ihnen in ihrer Anwendung auf die verschiedenen Angehörigen desselben Reiches auch den Namen eines internationalen Privatrechtes nicht geben, so sind sie doch von der Art eines solchen, deswegen, weil der Ursprung und die Anlage des Reiches eine föderative und eben in dieser die weitgehende Autonomie oder Verschiedenheit der Rechte in den einzelnen Territorien begründet war.

22) Wächter, a. a. O. Bd. 25. S. 185. Schmid, S. 78 l. a.

Fragt man darnach z. B. nach dem Einflusse, den der Domicilwechsel auf die nicht vertragsmäßig bestimmten ehelichen Güterverhältnisse habe, so müssen wir in Uebereinstimmung mit der in Theorie und Praxis[23]) vorherrschenden Ansicht antworten: keinen; allein nicht, als ob ein Conflict zwischen dem Rechte von hier und dem von dort vorliege, und dem von dort der Vorzug gebühre; denn sonst verfielen wir dem Territorialgedanken, von dem man freilich auch hier auszugehen pflegt; sondern deswegen, weil wir die von Inländern aus einer anderen Provinz hergebrachten Rechte nicht minder anerkennen, als die des eingewanderten Fremden[24]).

3. Oeffentliches und Privatrecht.

§. 24.

Dieser Unterschied ist zweifach begründet:

1) durch den Unterschied der Rechte subjectiven Sinnes, indem das die Gewährung, Definirung, Begründung, Geltendmachung der öffentlichen Rechte enthaltende Recht öffentliches, das den Privatrechten geltende dagegen Privatrecht ist und heißt — jus publicum, privatum[1]). Daß unser Staats-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht das Recht der Staatsgewalten normire, liegt zu Tage; aber auch das Straf- und Prozeßrecht normirt die Staatsgewalt, indem es gewisse Zweige derselben (gladii potestas, jurisdictio) einschränkt. — Der Römer kennt aber keine Publicität als die des Staates, keine öffentlichen Rechte, als die staatlichen Gewalten und Gerechtsame. Darum definirt er sein jus publicum als dasjenige, welches ad statum rei Romanae pertinet[2]); denn das auf den

23) so dem Resultate nach die Meisten, z. B. Wächter a. a. O. S. 53. Savigny, a. a. O. S. 330; in Betreff der Praxis Roth, a. a. O. S. 138. Anm. 34. 35.

24) vgl. Schmid, a. a. O. S. 82.

1) l. 1 §. 2. D. just. et jure 1, 1. Jus publicum im Corpus Juris: Magistratus (D. 1, 9—22 mit den entsprechenden Codertiteln I, 26—57), Jurisdictio (D. II 1—3 C. III 13, 1—5), Legislation (D. I 3, 4 C. 1, 14—16, 23), Criminalrecht und Criminalprozeß (D. XLVIII. 1—24 C. IX. 1—51), Civilprozeß (D. II. 4—15 III. 1—6. IV. 1. C. II. 1—20, 57—59. III. 1—27; D. XLII. 1—8 C. VII. 42—61; D. XLIX. 1—13 C. VII. 62—75), Kirchenrecht (C. I. 1—8), Miscellaneen (D. XLIX. 14. 15. L. 1—15. C. X—XII).

2) l. 1 §. 2 cit.

Staat bezügliche Recht geht darin auf, daß es die die Staatsgemeinschaft bildenden Rechte sammt entsprechenden Pflichten gewährt und bestimmt; — darum faßt er den Gesammtinhalt dieses jus publicum als eines zusammen, das in sacris, sacerdotibus, magistratibus consistit [3]). Straf- und Prozeßrecht sind nur Schranken der magistratischen Gewalten; als solche sind auch Senat und Comitien für die alte, das in den Miscellaneen enthaltene Verwaltungsrecht [4]) für die spätere Zeit zu denken. Staatsactionen waren dem Römer auch die sacra publica, staatliche Rechte die des sacerdotium; die Trennung in einen Privat- und Staatsgottesdienst (sacra privata und publica) kommt im christlichen Rom nicht mehr vor; um so mehr ward ihm der orthodoxe Glaube, nebstdem daß er lex divina, sacrosancta hieß [5]), zugleich zum weltlichen Gesetz [6]) und insoferne ganz allgemein zur Staatssache erhoben. Folgerecht möchte man sagen, daß heute, da die Religion nicht mehr weltliches Gesetz ist, die Religion nicht mehr Staatssache, das Kirchenrecht kein öffentliches Recht sei. Einwenden kann man, daß glaubenshalber auch äußerlich Gemeinschaften bestehen, und unter diesen namentlich Eine, welche die der Staaten weit überschreitet, daß diese Gemeinschaften ihre eigene Verfassung und ihr eigenes Recht, innerhalb dessen den Gegensatz von dem, was um des Gemeinsamen, und dessen, was um der Einzelnen willen ist, und darin das Wesentliche des Unterschiedes von jus publicum und privatum haben. Allein will man demzufolge zwischen einem öffentlichen und einem Privat-Kirchenrecht unterscheiden, so muß man denselben Unterschied auch innerhalb der Corporationen, oder (wenn man die Kirche den Corporationen beizählt), innerhalb der Corporationen überhaupt machen. Ungleich wichtiger aber, als diese Frage, ist der Satz, daß auch diese Gemeinschaften, mögen sie nun Corporationen heißen oder nicht, von publicistischer Art sein oder nicht sein, in ihren weltlichen Aeußerungen dem weltlichen

3) l. 1 §. 2 cit.

4) s. oben Anm. 1.

5) J. Gothofr. paratitlon zu C. Th. de fide cath. 16, 1 l. 6 C. ss. eccl. 1, 2.

6) l. 1 — l. 8 C. de summa trinitate et fide catholica, et ut nemo de ea publice contendere audeat 1, 1; C. 1, 5—11 de haereticis etc.

Gesetze unterworfen sein müssen[7]), daß dagegen anderseits die Trennung des Glaubensgesetzes vom Staatsgesetze auch eine Wahrheit sein muß, und die einmal gewährte Glaubensautonomie nicht durch engherzige Beschneidung ihrer weltlichen Offenbarung rückgängig gemacht werden darf.

Ein Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht erwächst aber 2) aus einem Unterschied im Privatrechte selbst. Denn dieses ist insoweit als es sich nicht darauf beschränkt blos Privatrechte zu betreffen, sondern in deren Ansehung auch nur will, was die jeweilig im Geschäft begriffenen Privaten selbst wollen[8]), seinen eigenen Willen nur für den Fall, da diese selbst nicht ausdrücklich wollen, und nur so wie diese vermuthlich wollen[9]) vorschreibt, damit also keine absolut bindende, sondern durch entgegengesetzten Privatwillen derogirbare Satzungen aufstellt, Privatrecht im ausgezeichneten Sinne des Wortes. Soweit es dagegen zwar auch nur Privatrechte betrifft, allein sich dabei um das, was die Handelnden selbst wollen, nicht kümmert, sondern diesen in Vertretung des gemeinen Wesens einen unbeugsamen, durch keinerlei Willkür derogirbaren[10]) Willen vor- und entgegengesetzt, ist es schon halb öffentliches Recht, Privatrecht nach seinem Gegenstand, öffentliches nach seinem Grunde, darum denn auch jus publicum[11]), zuweilen commune[12]) genannt.

4) Normales und anomales Recht.

§. 25.

Die bei weitem überwiegende Masse von Rechtssätzen beruht auf logischer und analogischer, durch die Rechtsanwendung veran-

7) vgl. l. 4. D. de collegiis et corporibus 47, 22 — dum ne quid ex publica lege corrumpant.

8) so typisch die XII Tafelsätze: cum nexum faciet, mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto — uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto — das prätorische Edict: Pacta conventa . . . servabo (l. 7 §. 7 D. pact. 2, 14), — factisch zahllose Sätze, die nur Willensauslegung sind, besonders D. legat. I.—III.

9) z. B. Gaj. II, 64 — quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret venditori pignus vendere si pecunia soluta non esset.

10) Jus publicum privatorum pactis mutari non potest — l. 38 D. pact. 2, 14 z. B. l. 20. D. rel. 11, 7 l. 12 §. 1 D. pact. dot. 23, 4 l. 42 D. pact. 2, 14 l. 27 D. r. j. 50, 17.

11) s. Anm. 10.

12) l. 7 §. 16 D. pact. 2, 14.

laßter Fortentwicklung (§. 32) der Urbegriffe und Urſatzungen von den Rechten, Rechtsgeſchäften und Rechtsfähigkeiten; ein noch immer beträchtlicher Theil derſelben aber iſt außer dieſem Syſtem der Hauptmaſſe, und gegen daſſelbe aufgekommen [1]). Der Römer nennt erſtere jus commune, letztere jus singulare, nicht als ob dort für Alle ununterſchieden daſſelbe gelte [2]), ſondern bald deswegen, weil man das vorherrſchende in der That als das gemeine im Gegenſatze zum beſonderen bezeichnen kann, bald auch deswegen, weil das jus singulare nicht ſelten in privilegienartiger Auszeichnung gewiſſer Perſonen und Sachen beſteht, und ſo denn auch beneficium und privilegium heißt [3]), ja ſogar ſelbſt wieder „commune" heißen kann, wenn es nämlich Allen (z. B. auch den majores) anſtatt wie ſonſt nur Einigen (minores) zuſteht [4]). Dem Weſen des Unterſchiedes näher läge die ſeltenere Bezeichnung von jus ordinarium und extraordinarium [5]).

Von allem, was man ſonſt noch über dieſen Unterſchied ſagen kann, iſt das wichtigſte das, was die Quellen ſelber ſagen: daß das jus singulare nicht fortentwickelt werden dürfe [6]). Im Gegenſatze zum normalen Rechte, das einer unabſehbaren Propagation fähig iſt, wird alſo dem anomalen gewiſſermaßen die Zeugungsfähigkeit abgeſprochen — ein Ausſpruch, der ſich denn doch nicht von ſelbſt verſteht [7]). Allerdings iſt demſelben damit nicht jede, den Buchſtaben überſchreitende Anwendung abgeſprochen; die nothwendige d. i. die logiſche (§. 32. 1.) gehört zu jedwedem Rechte, mag ſie ſich, wie das argumentum a majore ad minus oder das a contrario vom Buchſtaben entfernen oder nicht; dagegen die logiſch blos mögliche (analogiſche) iſt ihm verſagt [8]) und muß ihm verſagt ſein,

1) Jus singulare est, quod contra tenorem juris propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est: l. 16 D. leg. 1, 3.

2) vgl. Savigny, Syſt. Bd. 1 S. 63 fg.

3) z. B. l. 3 l. 21 D. test. milit. 29, 1 l. 37 D. j. f. 49, 14 l. 1 §. 2 D. ad munic. 50, 1.

4) l. 12 D. min. 4,4.

5) l. 2 C. inst. vel. subst. 6, 25 vgl. mit l. 20 §. 3 D. statul. 40, 7.

6) l. 141 pr. D. r. j. 50, 17: Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

7) ſ. dagegen Windſcheid, Pand. §. 29 Abſ. 1. a. E.

8) z. B. l. 23 §. 3 D. fide. lib. 40, 5; ſ. dagegen Windſcheid, a. a. O. Anm. 3.

wenn jener Ausspruch nicht nichts sagen und der Grundstock des Rechtes gesichert sein soll gegen Ueberfluthung durch die excentrisch eindringenden Singularitäten.

Nach seinen Gründen ist das jus singulare vom jus commune nicht verschieden, etwa so, daß jenes „auf dem reinen Rechtsgebiet", dieses „auf einem fremdartigen Gebiet" [9]) entspringe. Die Gründe sind hier und dort von derselben Art [10]); dieselbe Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Gunst, Gemeinnützigkeit, die das einemal zur Regel führte, hat ein andermal deren Abbeugung verursacht. So dürfen jus aequum und strictum (rigor), von denen jedes seine Regeln und Ausnahmen hatte, mit jus commune und singulare nicht verwechselt werden [11]).

An der Entstehung des jus singulare betheiligen sich wohl alle die Rechtsquellen, aus denen auch das jus commune entspringt [12]); selbstverständlich entspringt es aber nirgends aus bloßer Rechtsanwendung (Anwendung schon vorhandenen Rechtes), ist es nothwendig gesetzliches Recht im Sinne der Satzung gegen bloßes Juristenrecht (§. 19) darum auf auctoritas constituentium (Anm. 1) zurückgeführt, und mit Vorliebe jus constitutum genannt [13]).

III. Entstehung.

§. 26.

D. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine 1, 3 de constt. principum 1, 4 C. de legibus, et constt. pp. et edictis 1, 14 de mandatis pp. 1, 15 de Scons. 1, 16 quae sit longa consuetudo 8, 53 de div. rescriptis et pragm. sanctionibus 1, 23.

So nothwendig, oder so voraus gedacht das Recht auch sein mag, beruht es doch in freier That [1]), menschlicher Satzung. Und

---

9) Savigny, a. a. O. S. 61.

10) Windscheid, a. a. O. Anm. 1. vgl. z. B. die utilitas in der Anm. 1. cit. Stelle mit der in l. 6 D. exc. r. j. 44, 2; ferner l. 51 §. 2 D. ad leg. Aqu. 9, 2 — Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.

11) Ueber diesen neuestens von M. Voigt beleuchteten Gegenstand näheres im Obligationenrecht.

12) z. B. Gewohnheitsrecht: l. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1.

13) Alciatus, parerg. lib. VII. c. 26. l. 1 D. rer. amot. 25, 2 l. 20 §. 3 D. statul. 40, 7 l. 44 §. 3 l. 40 D. usurp. 41, 3.

1) s. oben §. 18. Anm. 7.

zwar entsteht alles entweder in Worten, oder in Werken. Denn entweder wird was Rechtens sein soll, erst gesagt und ist was gesagt, Rechtens (lex, edictum, senatus consultum, constitutio principis, Gesetz im technischen Sinne), oder es wird, was Rechtens sein soll, sofort gethan, und Recht, was als solches geübt wird[2]) (mores et consuetudo, jus moribus constitutum, Gewohnheitsrecht). Gewisse Mischarten der Entstehung liegen mitten inne.

Damit das Wort zum Recht werde, muß es Einer sprechen, der dazu die Macht hat, und in der Form sprechen, welche vom Rechte beliebt ist. Diese Macht muß, wenn sie wirklich Recht schaffen soll, selbst wieder aus dem Rechte kommen, wird aber im justinianischen Rechte ausschließlich dem Princeps zugeschrieben[3]). Weit entfernt als Antiquität behandelt zu werden, fand das in Deutschland starke Vertretung und wachsende Nachahmung[4]), ist jetzt aber, in der Theorie wenigstens, wieder allenthalben überwunden. Dagegen macht die Frage, wann der Fall eines Gesetzes, wann der einer bloßen Verordnung, welche der Landesherr noch allenthalben allein erlassen kann, vorliege, noch immer Schwierigkeit[5]).

Die Form anlangend, in welcher gesprochen werden muß (modus legum condendarum), gilt das Erforderniß schriftlicher Abfassung[6]), und Zerlegung der Aussprechung in Promulgation und Publication auch bei uns. Allein das nähere, wie die Promulgation, d. i. die Aussprechung selbst (z. B. in coelestes literae, sacrum encaustum, manus divina)[7]) und die Publication vor sich gehen soll, bestimmt sich nicht nach dem römischen Recht und das Erforderniß der Schriftlichkeit selbst nicht erst aus dem r. R. Freilich fehlt es hierüber denn auch an einer gemeinrechtlichen Theorie[8]). — Das Gesetz entsteht aus der Schrift (ex

2) „ — was mir Ernst ist, thu' ich,
„Noch eh ich spreche —". Cordelia in König Lear I. 1.

3) — cui soli (Hal.) legislatorem esse concessum est — tam conditor quam interpres legum solus imperator juste existimabitur — l. 12 C. leg. 1, 14.

4) Schmidt, Dr. K. A., die Reception d. r. R. in D. S. 96—104. beſ. S. 101.

5) z. B. Förſter, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuß. Privatr. Bd. 1. 2. Aufl. §. 9. S. 33. Pözl, bayr. Verfaſſungsr. 4. Aufl. §. 163.

6) §. 3 J. jure nat., gent. et civ. 1, 2.

7) z. B. l. 8 C. h. t. 1, 14 l. 6. C. div. rescr. 1, 23.

8) vgl. Franz Adickes, zur L. v. d. Rechtsquellen §. 1.

scripto venit), besteht aber, einmal entstanden, ohne die Schrift. Selbst an die Worte, in denen es ausgesprochen wurde, ist sein Fortbestand nicht gebunden. Das Gesetz entsteht aus dem Worte, besteht aber im Gedanken, — der oft später erst den entsprechenden Ausdruck findet (§. 28. §. 32, S. 128).

Damit die That zum Rechte werde, muß sie zu gemeiner Gewohnheit, Sitte und Brauch werden, d. i. zur anhaltenden[9]), gleichmäßigen[10]), gemeinsamen Uebung Aller, für die dieses Recht gelten soll und die in die Lage kommen, davon Gebrauch zu machen[11]). Fordert man überdies noch opinionem necessitatis, und Wahrheit der Ueberzeugung im Gegensatze zum Irrthum[12]), so beruht dies zum mindesten nicht in den Quellen[13]). Nur daß Rechtens sein solle, was man thut, und daß man also wohl daran thue, so zu handeln, ist der Gedanke, von dem die zur Gewohnheit führende That begleitet sein muß[14]), nicht daß es schon Rechtens *sei*, und darum gethan werden *müsse*; letzteres ist Folge der fertigen, nicht Bedingung der erst werdenden Gewohnheit; zum Gegentheil gelangt man nur auf Grund der mit Recht nicht recipirten oder wiederaufgegebenen Savigny-Puchta'schen Ansicht, daß das Gewohnheitsrecht noch vor der Gewohnheit, in einer angeblich vor dieser bestehenden gemeinsamen Volksüberzeugung da sei[15]).

Das Eigenartige der legislativen und der gewohnheitsmäßigen Rechtsentstehung verbindet sich zu einer Mischart in derjenigen *Rechtsanwendung*, welche wir oben die consiliarische und richterliche genannt haben und Rechtssprechung nennen können.

9) „usus longaevus" l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53 „inveterata consuetudo" l. 32 §. 1 cf. l. 33 l. 35 D. h. t. 1, 3.

10) „consuetudo . . . jugiter observata": l. 3 C. privill. Schol. 12, 30 — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius est"? l. 34 D. r. j. 50, 17.

11) „tacito consensu omnium" l. 32 §. 1 cit. „consuetudo civitatis vel provinciae" l. 34 D. l. 1 l. 3 C. h. t. 8, 53.

12) *Windsch.*, §. 16. 1. 4.

13) l. 39 D. h. t. „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, *in aliis similibus* non obtinet. —

14) l. 1. C. h. t. — ratio, quae consuetudinem *suasit*.

15) vgl. darüber die literargeschichtl. Uebersicht von Fr. *Adickes* a. a. O. §. 3.

Als Rechtssprechung ist diese Rechtsentstehung Wort, als eine die nicht schon mit dem ersten Worte, sondern erst durch stete Wiederholung [16]), oder allmälige Annahme von Seite der Berufenen [17]) zum Rechte wird, gleicht sie der zur Gewohnheit führenden Uebung. Die cautelarische Rechtsanwendung dagegen ist nur eine gewisse Seite der Rechtsübung (in Rechtsgeschäften), indem sie bei dieser von den rechtlich möglichen oder denkbaren Sicherungsmitteln Gebrauch macht, hierin auch zur Gewohnheit führen kann [18]).

Wort und Werk, Gesetz, Gewohnheit und Rechtssprechung haben in der Rechtssetzung jedes ihren eigenen Beruf. Ein Aufkommen der Rechtsgeschäfte ist ohne volksmäßige Uebung undenkbar; wenn einmal die Gesetzgebung derlei einführt, so bleibt es leicht bei dem Abstractum — einer Gattung von Pflanzen, welche die Möglichkeit haben zu wachsen, aber nicht wachsen [19]); gerade so wie wenn mit einem fremden Rechte Institute importirt sind, denen kein volksmäßiges Verständniß, Bedürfniß und so denn auch keine Uebung entgegenkommt [20]). Besitz und Eigenthum, die Gewalten der Familie und des Staates, kurz die Grundarten der Rechte sind Gegenstände so drängenden Begehrens und Bedürfnisses, daß auch sie früher in der That ihre Ausübung, als in dem Wort ihre Anerkennung und Festsetzung gefunden haben werden; wenigstens weiß hier nur die Sage von einem „Es werde" zu erzählen [21]). Die Gewährung und Garantirung (Verbriefung)

16) l. 38 D. h. t. — rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere. l. 1 C. h. t. Praeses . . . quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt . . . statuet. —

17) placuit, plerique consentiunt, recepta sententia, receptum est, eo jure utimur: z. B. l. 12 D. pact. 2, 14 l. 3 pr. D. agn. lib. 25, 3 l. 11 §. 9 D. pec. 15, 1 l. 73 D. cond. et dem. 35, 1 l. 14 D. jurisd. 2, 1 l. 14 pr. D. app. 49, 1 l. 38 §. 3 D. pup. subst. 28, 6 l. 4 pr. eod. l. 10 §. 1 D. usurp. 41, 3 l. 7 §. 6 D. min. 4, 4 l. 219 D. v. s.

18) z. B. pr. J. duob. reis 3, 17 — stipulandi ita si . . . respondeat.

19) wie die bürgerlich-bäuerlichen Fideicommisse in Bayern.

20) S. 3 unten Nr. 2. vgl. Münchner Vierteljschr. Bd. 14 S. 206.

21) z. B. leges regiae (u. a. Dirksen, Versuche für Kritik u. Auslegung der Quellen d. r. R.'s S. 234 fgg.).

der bereits thatsächlich vorhandenen Rechte und Rechtsgeschäfte dagegen, sowie die Fixirung und Einschränkung ist Sache des Wortes; von den römischen Gesetzen enthalten die XII Tafeln Verbriefungen, die übrigen (leges, plebiscita, senatusconsulta) kaum etwas anderes als jus singulare. Ein fest abgegrenztes Wirkungsgebiet hat die Rechtsprechung, indem sie einen Streitfall voraussetzt, an und für sich nur jus inter partes macht, und auch da nur entscheidet, d. h. ausspricht was in diesem Falle Rechtens sei (was das Recht zu ihm sage), also vorhandenes Recht anwendet, kein neues macht. Allein abgesehen davon, daß sie das reine Recht in angewandtes verwandelt (§. 19), in der Analogie nurmehr halb auf vorhandenem Rechte steht (§. 32, 2) und durch hinzukommende Bewährung zum jus inter omnes wird (Anm. 16), so steht sie auch mit dem Gewohnheitsrechte in gewisser Wechselwirkung. Denn einerseits läßt sich schwer denken, daß eine Uebung ohne zustimmende Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht erwachse; anderseits aber wird sich auch die Rechtsprechung den zur Gewohnheit führenden Motiven nicht leicht entziehen können und ihr durch Anknüpfung an bereits vorhandenes Recht entgegenzukommen suchen.

§. 27.

Autonomie, Observanz, Herkommen ꝛc.

Die Grundarten der Rechtsentstehung wiederholen sich in jenen Bünden (Corporationen), welche wiewohl dem Staate und seinen Gesetzen unterthan in den eigenen Angelegenheiten eigene Rechtssetzung haben[1]) und da sie Corporationen sind, auch haben müssen[2]). Denn diese Rechtssetzung erfolgt gewöhnlich in Worten (Statuten, Autonomie im e. S.), möglicherweise aber auch gewohnheitsmäßig, in Werken der sg. Observanz[3]).

Große Aehnlichkeit mit der gewohnheitsmäßigen Uebung hat das Herkommen, insoferne man darunter die Thatsache versteht, daß eine gewisse Gruppe von Personen stets und gleichmäßig

1) l. 4 D. colleg. 47, 22.
2) S. 1016 meiner Pandekten 1. Aufl.
3) vgl. Puchta, Gewohnheitsr. II. §. 11 bes. S. 108.

ein gewisses Recht (z. B. Holz- oder Weiderecht) gegenüber einem gewissen Dritten — oder umgekehrt Dieser gegen Jene (z. B. Mühlgastzwang) werkthätig in Anspruch genommen hat. Indessen fehlt es zum Gewohnheitsrechte hier immer noch an dem ersten Erforderniß, daß was man thut Rechtens d. i. Recht im objectiven Sinne sein solle[4]). Noch unzweideutiger ist dies bei der s. g. unvordenklichen Zeit der Fall. (von welcher w. u.)

IV. Auslegung.

§. 28.

Gegenüber dem durch das Wort (ex scripto) entstandenen Rechte kann, bevor es zu dessen Anwendung kommt, Auslegung d. i. Ermittlung des in dem Worte ausgesprochenen Sinnes oder Willens (voluntatis quaestio) nothwendig werden. Diese Nothwendigkeit entspringt einzig und allein aus dem Worte, und zwar aus einer Zweideutigkeit desselben: es sei nun, daß das Gesetz 1) in einem einzelnen Ausdruck[1]) oder 2) in der Syntax[2]) oder 3) im Belange seiner Positionen (ob sie blos exemplificativ oder ob sie exclusiv seien)[3]) — zweideutig ist. Wo keine Zweideutigkeit der Sprache vorliegt, kann der Sinn noch unverstanden oder er kann ein verkehrter sein; allein letzterenfalls handelt es sich nicht mehr um Auslegung, sondern um Correctur des Gesetzes (§. 30); ersterenfalls sprechen wir zwar immer noch von Auslegung, allein es ist das eine Auslegung, welche nur durch Dunkelheit in uns veranlaßt, nicht objectiv im Gesetze selbst begründet, und so denn auch nicht für Alle gleich nothwendig ist[4]). Wo das Wort zwar mehrere Bedeutungen hat, allein technisch nur eine, liegt richtiger keine

---

4) vgl. Puchta a. a. O. Sintenis, Civilr. §. 3. Anm. 22. S. 36 II. S. 115 u. die oberstr. Erkt. von Celle u. Cassel in Seuff. Arch. Bd. IX. 116. X. 190, 3. XI, 2. I, 3. — gegen die oberstr. Erkk. in Stuttgart, Jena, Lübeck im württ. Arch. f. R. W. Bd. 8, 2. S. 112. Seuff. Arch. XIV. 193.

1) z. B. l. 23 D. her. pet. 5, 3.

2) z. B. §. 6 J. act. 4, 6 „bonis . . possessis" zu tradiderit oder zu permittitur?

3) §. 32, Anm. 5. 6.

4) vgl. Thibauts klaren Text u. dunkle Köpfe, Lehrb. d. Institt., ed. Gyet 1842 S. 306 §. 2.

Zweideutigkeit vor; denn die technische Bedeutung gilt bis zum vollen Beweise des Gegentheils[5]). — Auch die Zwiespältigkeit, welche im Gesetze dadurch entsteht, daß sich dasselbe über denselben Gegenstand an verschiedenen Stellen verschieden ausspricht oder auszusprechen scheint, ist nicht schon als solche Anlaß zu der echten Auslegung. Denn entweder besteht der Zwiespalt wirklich: dann heben sich die entgegengesetzten Aussprüche auf und kommen als solche in der Rechtsanwendung gar nicht mehr in Betracht (§. 31); oder der Zwiespalt löst sich: dann kommt erst darauf an, ob dies blos durch endliches Verständniß der nicht sofort begriffenen einen oder anderen Stelle geschieht, oder aber durch eigentliche Auslegung, indem die eine oder andere Stelle an Zweideutigkeit litt; letzterenfalls kommt es zwar aus Anlaß eines Zwiespalts, allein schließlich doch vonwegen einer Zweideutigkeit zur Auslegung[6]).

Wie nun aber Zweideutigkeit allein zur allgemeinen Nothwendigkeit der Auslegung führt, so beruht auch einzig in ihr deren Zulässigkeit[7]); ein unzweideutiger Ausspruch muß als das genommen werden, was er sagt, es darf nicht hinter ihm gesucht oder in ihn hineingetragen werden, was er nicht sagt[8]). Der Richter, welcher hiegegen handelt, ist nicht mehr in Auslegung, sondern im Verstoß gegen jus clarum in thesi begriffen und involvirt Nichtigkeit des Erkenntnisses, gerade so wie derjenige, welcher durch ähnliche Behandlung von Rechtsgeschäften auf actenwidrigen Thatsachen fußt[9]). Läßt man in neuerer Zeit Auslegung auch von unzweideutigen Gesetzen zu[10]), so denkt man dabei an bloße Schularbeit, nicht an responsorische und richterliche Thä-

5) arg. l. 69 pr. D. leg. III. Non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem, vgl. Burchardi, a. a. O. S. 70. Anm. 7.

6) z. B. das zweideutige vel facto ejus in l. 5 pr. D. j. d. 23, 3 gegen §. 5 eod.

7) vgl. l. 25 §. 1 D. leg. III. Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

8) z. B. l. 101 D. v. o. 45, 1 vgl. Windscheid, P. §. 71. Anm. 8.

9) Strippelmann, die Nichtigkeitsbeschwerde nach gemeinem und hessischem R. §. 54. S. 271. S. 398. III, 1. — Wernz, Comm. zur Prozeßordnung in bürg. Rechtsstreitigkeiten im Kgr. Bayern S. 658. Nr. 23 „(wo der Richter) unter dem Vorwande der Auslegung den klaren Sinn eines Vertrages oder einer Rechtshandlung ändert."

10) Savigny, Syst. Bd. 1. §. 50 S. 318 b. Lang, Beiträge zur Herm. d. r. R.'s 1857. S. 75.

tigkeit; beruft man sich aber zur Entkräftung von l. 25 §. 1 cit. und zum Beweise, daß „die Römer die Sache anders angesehen" auf l. 1 §. 11 D. insp. ventre 25, 4[11]), so verwechselt man Auslegung und Anwendung des Gesetzes (§. 31).

Richtiger ist, was man in neuerer Zeit gegen die alte Eintheilung der Auslegung in grammatische und logische Auslegung einwendet[12]) und aber auch schon früher[13]) eingewendet hat. Nach ihrem Anlaß müßte man alle Auslegung eine sprachliche nennen; nach ihren Mitteln aber (§. 29) ist sie weder blos sprachlich, noch blos logisch, sondern all das, was zur Feststellung einer Thatsache (des gewissen gesetzgeberischen Willens) führen kann. Fast scheint es aber, daß auch die alte Eintheilung in grammatische und logische Auslegung aus einer Vermengung der Auslegung und Anwendung, dazu von Anlaß und Mittel entstanden sei; denn während jene von sprachlichen Anstößen ausgeht, verwirklichet sich diese durch Logik und Analogie.

Zum Theil in derselben Vermengung wurzelt die Unterscheidung von extensiver und restrictiver Auslegung. Erstere ist analoge Rechtsanwendung (§. 31, 2), letztere aber Correctur (§. 30).

Wahrhaft Arten der Auslegung ergeben sich nach der Autorität des Auslegers, je nachdem sie (mit oder ohne Vorarbeit der Doctrin) blos vom Richter, oder vom Rechte selbst ausgeht (doctrinelle — authentische A.), letzterenfalls entweder von der Gesetzgebung (legale) oder von der ihr ebenbürtigen Uebung (usuelle A.). Die blos richterliche Auslegung macht wie die res judicata überhaupt bis auf weiteres nur jus inter partes, erwächst aber durch constante Uebung zu allgemeinem Rechte[14]). Das Zenonische Gesetz, nach welchem künftig überall, wo die richterliche Uebung nicht schon zur Gewohnheit geworden sei, nur mehr der Princeps, unter uns also nur die Gesetzgebung auslegen sollte, ist antiquirt[15]). Ueber die zurückgreifende Wirkung der legalen Auslegung s. oben S. 96.

11) Quamvis sit manifestissimum edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.

12) Savigny, a. a. O. S. 319 fg. 213 fg. Laug, a. a. O. S. 66.

13) Eckhard, herm. juris 1750. ed. Walch 1802. I. c. 1. §. 17.

14) l. 38 D. leg. 1, 3. Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere cf. l. 23 l. 37 eod. l. 1 C. quae sit l. cons. 8, 53.

15) Thibaut, a. a. O. §. 9. Sav. a. a. O. S. 314.

§. 29.

Mittel.

Wie bei der Auslegung der Rechtsgeschäfte muß auch bei der der Gesetze vor allem das id quod actum est ins Auge gefaßt[1]) und demnach geprüft werden, ob der Sinn oder Wille des Gesetzes nicht noch vor dessen endlicher, oder in dessen übriger Fassung, oder in den vorausgegangenen Gesetzen[2]) oder sonstwie zu Tage getreten sei.

Da vor dem derart erwiesenen Willen das Wort des Gesetzes selbst und überhaupt kann weichen müssen (§. 30), so gilt dieses um so mehr von der einen oder anderen der mehreren Bedeutungen des Wortes.

Innerhalb der heutigen Gesetzgebung wird übrigens der Beweis des fraglichen Willens vorwiegend aus den „Motiven zum Gesetzentwurf" und den „Verhandlungsprotokollen" geschöpft werden müssen[3]); für die älteren Gesetzbücher (Landrechte ꝛc.) werden besonders die früheren Redactionen maßgebend; für das Corpus Juris kommt vornehmlich die übrige Fassung des Gesetzes d. i. der ganze Bereich aller übrigen einschlägigen Stellen[4]), und dann das voraufgegangene Gesetz d. i. das jus antejustinianeum[5]) in Betracht; auch das postjustinianisch-byzantinische Recht hat nicht blos kritischen Werth. Im Hinblick auf die sowohl in Sachen der Kritik (§. 4) und der schulmäßigen Erklärung (Exegese — §. 12), als der (richterlichen) Auslegung auf die vorjustinianische Fassung einzelner Stellen zurückgreifende Forschung spricht man von duplex interpretatio[6]).

Weil auf unmittelbaren Erweis des fraglichen Willens gerichtet geht die Verfolgung des id quod actum est jedem anderen Auslegungsmittel voran.

---

1) l. 96 D. r. j. 50, 17. In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset; vgl. meine Pand. 1. Aufl. S. 1571 fg. u. S. 1552 fg.

2) l. 26 D. leg. 1, 3. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur — l. 27 eod. quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est — l. 28 eod. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur.

3) vgl. z. B. Goldschmidts Hdb. d. Handelsr. Bd. 1. Abth. 1. S. 103. 4. S. 168. III.

4) vgl. S. 56.

5) s. oben §. 6.

6) s. oben S. 57.

An zweiter Stelle stehen die Vermuthungen, wenngleich manche von ihnen gesetzlich sanctionirt (praesumtiones juris) sind, und die Nothbehelfe, die gleichfalls im Rechte angeordnet sind.

Rechtsvermuthungen aber oder Nothbehelfe, welche großentheils ausdrücklich für die Auslegung der Gesetze bestehen, zum Theil aber ebensowohl auf Auslegung der Gesetze als der Rechtsgeschäfte bezogen werden können, gehen dahin, daß der Gesetzgeber von den mehreren möglichen Bedeutungen diejenige nicht gewollt habe: welche die außergewöhnliche oder nicht technische ist[7], — welche das Gesetz als fehlerhaft erscheinen läßt[8] — nach welcher es in Strafsachen strenger statt milder ist[9], — mit welcher es mehr buchstäblich als sachlich[10], mehr förmlich als natürlich gefaßt würde[11] — wornach es weniger wohlwollend wäre[12] oder gar in das Gegentheil seiner wohlwollenden Absichten umschlüge[13] — wornach begünstigte Sachen zu Fall statt zu Stande kämen[14] — durch welche das Geschäft, der Verkehr, mehr gehemmt als befördert würde[15].

Was insonderheit noch den Grund des Gesetzes (ratio legis) anlangt, so kommt zu bedenken, daß er nicht das Gesetz selbst (tenor legis — §. 21), mit dem Willen oder Inhalt des Gesetzes also nirgends identisch, mithin überall kein unmittelbarer Beweis für den Sinn oder Willen des Gesetzes ist[16]. Bei dem

---

7) arg. der oben §. 28. Anm. 5. cit. l. 149 cf. l. 148 D. v. s. 50, 16 u. dazu Heineccius, ad leg. Jul. et P. P. lib. 3 c. 3. II. S. 384.

8) l. 19 D. leg. 1, 3. In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. Ant. Faber: per quam fit nequid male et absurde constituatur. — z. B. das liberos habere.

9) l. 42 D. poen. 48, 19 l. 155 §. 2 D. r. j. 50, 17. cf. l. 56 eod.

10) arg. l. 5 C. bonis, quae lib. 6, 61 — quia consequens est ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare — l. 8 C. jud. 3, 1 cf. l. 85 §. 2 D. r. j. 50, 17.

11) vgl. mit l. 17 D. leg. 1, 3 z. B. l. 19 D. ad exh. 10, 4.

12) l. 18 D. leg. 1, 3 vgl. l. 3 D. const. 1, 4.

13) l. 25 leg. 1, 3 l. 19 in f. C. fide instr. 4, 21.

14) cap. 26 X. de sent. 2, 28 . . nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento — l. 85 pr. D. r. j. 50, 17 in ambiguis pro dotibus respondere melius est.

15) l. 67 D. r. j. 50, 17. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est. Anders Burchardi, S. 83 II. Savigny, S. 229, h.

16) arg. l. 20 l. 21 D. leg. 1, 3.

Umstande jedoch, daß er für diesen bald mehr bald weniger entscheidend ist, kann er sich ebenso sehr der Bedeutung eines unmittelbaren Beweises nähern, als in die einer blos factischen Vermuthung verlieren oder ganz bedeutungslos werden [17]). Nur wo er im Wohlwollen gegen gewisse Klassen von Personen und Sachen besteht, ist er zur Rechtsvermuthung verwerthet [18]). Um aber irgend eine Bedeutung für die Auslegung zu haben, muß er selbst feststehen; außerdem darf er nicht nur nicht verwerthet, sondern muß er, eine Gefahr für das Gesetz selbst, gemieden werden. [19]).

V. Correctur.

§. 30.

Der Gesetzgeber ist all den Verirrungen und Irrthümern ausgesetzt, die der Partei in einseitigen Rechtsgeschäften zustoßen können. Es ist denkbar, daß durch Versehen irgend ein Wort, Ausdruck sich ohne seinen Willen in das Gesetz einschleiche [1]), oder daß ein Wort, Satz zwar mit Bewußtsein, aber aus Irrthum ausgesprochen oder aufgestellt wird. Zu dieser letzteren Klasse von Fällen rechnen wir namentlich auch den, da dem Ausspruch ein logischer Fehler zu Grunde liegt [2]). Ist der Ausdruck in Vergleich zu dem thatsächlichen Willen des Gesetzgebers zu weit [3]) oder zu eng [4]), so findet derselbe zwar nicht ohne, allein er findet ohne den vollen Willen des Gesetzgebers statt, indem er mehr Fälle hereinzieht oder ausschließt, als der Gesetzgeber will.

Bei solchen Unrichtigkeiten oder Mangelhaftigkeiten des Gesetzes kann es sich, weil sein Ausdruck unzweideutig ist, nicht mehr um Auswahl zwischen verschiedenen Bedeutungen (Auslegung), sondern um einen Entscheid zwischen Buchstaben und Willen: ob der Buchstabe ohne Willen oder mit seinem irrthümlichen Willen — oder ob der Wille ohne den Buchstaben (der Wille wie er

17) vgl. Savigny, a. a. O. §. 34. §. 35 B.
18) s. oben Anm. 14. z. B. l. 5 C. bon. quae lib. 6, 61.
19) l. 21 cit.

1) z. B. Schreib- oder Druckfehler in den Originalexemplaren der Gesetze.
2) z. B. l. 13 §. 2 D. excus. 27, 1.
3) z. B. l. 3 pr. in fin. D. tut. 26, 1. Windscheid, P. §. 22. Anm. 2.
4) z. B. „filiis" statt „filiis" „filiabus, nepotibus" l. 2 §. 28 cf. §. 24 D. ad SC. Tertull. 38, 17.

wirklich war aber nicht oder nicht genau zutreffend zum Ausdruck kam, oder wie er ohne den Irrthum gewesen wäre) vorgehen solle. Entscheidet man sich für den Willen, so liegt eine Correctur vor, indem das Gesetz genommen wird, nicht wie es lautet, sondern wie es lauten sollte.

Sowohl aus Einzelentscheidungen [5]), als aus allgemeinen Aussprüchen der Quellen [6]) geht nun aber hervor, daß die Correctur zulässig und geboten ist [7]). Doch gilt dies nur für die Fälle, da der Ausspruch ohne den Willen des Gesetzgebers, da er zu eng oder zu weit, und da er durch logischen Fehlgriff erfolgt ist; daß überall, wo der Gesetzgeber durch irrthümliche Vorstellungen zu seinem Ausspruche gekommen ist, corrigirt werden dürfe, läßt sich nicht behaupten. Und nirgends darf vom Buchstaben eher abgegangen werden, als bis unzweifelhaft feststeht, daß der Gesetzgeber ein anderes gewollt hat oder, bei richtiger Folgerung, gewollt hätte [8]). Auch kann die Correctur, gleich der Auslegung, nur durch die Auctorität der dauernden Uebung oder der Gesetzgebung selbst [9]) zu gesetzlichem Ansehen gelangen.

Nach all dem findet „die bei Rechtsgeschäften geltende Regel [10]), daß der erweisliche Wille der handelnden Personen selbst ihren klarsten Worten vorgehe", allerdings auch auf die Gesetze Anwendung [11]).

VI. Rechtsanwendung.

§. 31.

Ueberhaupt.

Während die Auslegung und Correctur der Gesetze nur Ein Object hat, das Gesetz nämlich, hat die Rechtsanwendung zweierlei

5) l. l. citt.

6) l. 17 D. leg. 1, 3. Scire leges hoc non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem — arg. l. 69 pr. D. leg. III.

7) l. 13 §. 2 cit. — Sed etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult (*γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται.*)

8) arg. l. 69 pr. D. leg. III. Non aliter a verborum significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem. „Für testator kann man hier unbedenklich legislator setzen." Burchardi, a. a. O. S. 70. Anm. 7.

9) l. 3 pr. D. tut. 26. 1 — lex XII. tab. ita accepta est. —

10) vgl. m. Pand. 1. Aufl. S. 1552.

11) dagegen Burchardi §. 16 Nr. 2. S. 75. Hinwider Savigny, Syst. Bd. 1 §. 37 und Burchardi selbst in §. 15. Anm. 7.

Objecte vor sich: das Recht im obj. S. und einen Fall. Der Fall ist entweder ein Rechts(Streit-)fall, indem zwischen 2 Parteien ein Recht oder Anspruch rechtshalber fraglich geworden ist (quaestio juris — nicht blos quaestio facti); oder ein Geschäftsfall, indem sich fragt, wie das Geschäft in Ansehung des Rechtes am sichersten einzurichten sei. Dort haben wir die responsorische oder richterliche Rechtsanwendung (Rechtsprechung), hier die cautelarische Rechtsanwendung. Dort soll ausgesprochen werden, was das Recht (obj. S.) zu dem Falle sage (quid juris sit), ob der Anspruch existire, nicht existire, oder was es für ein Anspruch sei, oder worauf er gehe; von dem um solchen Ausspruch Angegangenen setzt man voraus, daß er den zwischen dem Recht und den auftauchenden Fällen bestehenden Rapport verstehe; er ist für den, der ihn nicht versteht, ein Dollmetsch (interpres), sein respondere ein interpretari[1]); oder jeder dünkt sich seines Rechtes sicher, und verlangt nicht sowohl Auskunft, als ein unparteiisches Urtheil, in dem Dritten nicht sowohl den Rechtsverständigen (juris consultus) als den Richter (judex). Beide Gattungen von Rechtsprechung setzen Kenntniß des Rechtes, und zwar des ganzen Rechtes[2]), seines Sinnes, nicht blos seines Buchstabens[3]), darum auch Auslegung und Correctur voraus; ja erst durch die Rechtsanwendung kommen Auslegung und Correctur zum Ansehen; allein viele der schwierigsten Rechtsprechungen setzen keine Auslegung voraus, haben unzweideutiges Gesetz vor sich, und ihre Schwierigkeit in dem Fall, nicht im Gesetz. Jedenfalls ist die Rechtsanwendung selbst und an sich nicht Auslegung.

§. 32.

Die Rechtsprechung insonderheit.

Die responsorische und richterliche Anwendung des Rechtes selbst oder der Ausspruch, was im einzelnen Falle Rechtens sei, beruht entweder 1) in logischer oder 2) in analogischer Schlußfolgerung.

1) z. B. die interpretatio in den Tripertiten des S. Aelius (l. 2 §. 38 D. orig. jur. 1, 2), die keine „Exegese" der XII T., sondern eine Sammlung von auf Grund der XII T. ertheilten Responsen war.

2) l. 24 D. leg. 1, 3. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita respondere vel judicare.

3) l. 17 eod. Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

ad 1. In den meisten Fällen beruht er auf directer Schlußfolgerung, und zwar

a) vom Abstracten aufs Concrete; z. B. Minderjährigkeit berechtigt zur i. i. r. (Abstractum); Du bist minderjährig (Concretum); Du bist zur i. i. r. berechtigt [1]);

b) vom Abstract-Generellen zum Concret-Speziellen, z. B. Obligirungen der Frauen für Andere sind ungiltig; Titia hat eine Species von Obligirung für Andere eingegangen, indem sie den Titius defendirte. Diese Defension ist ungiltig [2]) — oder: die Frau hat, indem sie sich für die von ihr delegirte Schuldnerin beim Gläubiger verbürgte, sich nicht für Andere obligirt; die Bürgschaft ist giltig [3]).

c) vom Abstract-Mehreren zum Concret-Geringeren (a potiore ad minus); z. B. der Superficiar hat gegen den Proprietar in rem actionem, was mehr ist als exceptio; nun vindicirt ein Proprietar gegen der Superficiar; diesem steht exceptio zu [4]); —

d) von dem mit Ausschließung des Gegentheils abstract Gesetzten auf das concrete Gegentheil (argumentum a contrario — unius positio alterius exclusio —), z. B. das Gesetz verbietet den Frauen gerichtliches Zeugniß in Ehebruchsachen; Titia wird in einer Diebstahlssache als Zeugin vorgeschlagen; zu diesem Zeugniß ist Titia fähig [5]). Hier ist besondere Vorsicht nothwendig, da namentlich Responsen und Rescripte das Eine oft nicht um deswillen setzen, als ob sie alles andere ausgeschlossen haben wollten, sondern zufällig, weil es der Casus mit sich bringt [6]).

Ist anstatt Gesetzes eine Abmachung der Parteien maßgebend (§. 24, 2), so bildet diese das Abstractum, aus welchem dieselben Schlußfolgerungen auf den concreten Fall stattfinden, wie aus dem Gesetze [7]).

---

1) l. 4. C. h. t. 2, 22 (21).
2) l. 2 §. 5 D. ad SC. Vell. 16, 1.
3) l. 27 §. 2 eod.
4) l. 1 §. 4 D. superf. 43, 18 — nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.
5) l. 18 D. test. 22, 5 — colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere — cf. l. 22 D. leg. 1, 3.
6) z. B. dic filiaf. in l. 4. C. sol. matr. 5, 18 u. dazu G. Noodt in comm. ad h. l. Thibaut, Gesch. u. Inst. d. r. R. S. 379. Windscheid, P. §. 22. Anm. 7.
7) z. B. argum. e contr.: l. 26 §. 2 D. pact. dot. 23, 4.

In ihrem vollen syllogistischen Ausdrucke kommen diese Schlußfolgerungen übrigens auch in der Rechtsprechung kaum einmal vor; die römischen Responsen sind, in ihrer einfachsten Gestalt[8]), derart gehalten, daß häufig nur der Schlußsatz zur Erscheinung kommt[9]), während man den Minor aus dem Casus[10]), den Major durch Abstraction, allenfalls auch Generalisirung ꝛc. aus dem Schlußsatz[11]) gewinnen muß, zuweilen freilich ohne einige Entdeckungsgabe nicht gewinnt, indem diejenige Seite des Casus, welche in Verbindung mit dem Major den Entscheid (Schlußsatz) erzeugt (punctum saliens), leicht nicht ausgesprochen[12]), geschweige denn betont ist; möglicherweise beschränkt sich die Antwort aber auch auf bloße Aussprechung des Major[13]), oder des Minor[14]), indem dann Quaerent den Entscheid (Schlußsatz) sich selbst deduciren mag. Die Arbeit der Rechtsprechung liegt denn auch am wenigsten in der Folgerung, die wenn Vorder- und Mittelsatz fest stehen, leicht und nothwendig (§. 25 S. 111) ist, — um so mehr dagegen in der Aufstellung des Vorder- und Mittelsatzes; häufig ist der Vordersatz beim Eintritte des Falles selbst noch unsicher, ja gerade durch diesen erst recht in Frage gestellt[15]); möglicherweise der Mittelsatz bedenklich, besonders dahin, daß fraglich wird, ob der vorliegende Fall noch unter das vom Rechtssatze entschiedene Genus fällt[16]). In solchen Fällen ist die Rechtsprechung Rechtsquelle nicht sowohl dadurch, daß sie reines Recht in angewandtes verwandelt, als dadurch, daß sie durch Entscheidung des Concreten das Allgemeine befestiget (§. 19). Hauptsächlich daraus aber, daß die für den

8) z. B. Responsen von C. Scaevola in l. 70 D. procur. 3, 3 l. 26 D. pec. const. 13, 5 l. 54 D. pec. 15, 1 l. 28 pr. D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 60 pr. D. mand. 17, 1 l. 18 D. qui pot. 20, 4.

9) wie in all den Anm. 8 citt. Stellen.

10) z. B. l. 70 cit. „Dem Titius ist auch eine b. f. actio mandirt."

11) l. 70 cit. bei der Anstellung von b. f. actiones muß Kläger sich auf Defension gegen allfällige Gegenansprüche ex eadem causa gefaßt machen.

12) z. B. in dem vorigen Falle.

13) z. B. l. 28 D. depos. 16, 3: deberi ex b. f. judicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est. —

14) z. B. l. 58 D. don. i. v. e. u. 24. 1. Schenkungen intra v. e. u. nichtig — hier keine Schenkung — das Geschäft rechtsbeständig.

15) z. B. die Eigenthumsfrage zufolge des aufgetauchten Condictionsfalles in l. 12 §. 5 D. usufr. 7, 1.

16) z. B. ob der Fall in l. 32 § 2 D. ad SC. Vell. 16, 1 noch als pro alio obligari zu fassen sei — l. 7 §. 2 D. arb. furt. caes. 47, 7.

Entscheid zu verwendenden Vorder- und Mittelsätze häufig erst selbst zu begründen sind, dürfte die Mannigfaltigkeit all der erst noch zu definirenden Figuren entspringen, in denen sich die schwierigeren Responsen und namentlich die Quästionen bewegen.

ad 2. Analogisch nennen wir die Schlußfolgerung, welche, bildlich gesprochen, nicht aus einem Rechtssatz, sondern seitwärts desselben gezogen wird, indem man einen vom Gesetzgeber für einen engeren Kreis von Fällen aufgestellten Satz (A) erst erweitert, um zu diesem allgemeinen Satze (G) aufsteigend zunächst auf einen dem vorhandenen (A) ähnlichen (S) und vermittelst des letzteren auf den concreten Fall (C) herabzukommen; z. B. was die ff. von ihrem Manne erwirbt, erwirbt sie für sich (A); wir wollen, daß sie alles für sich erwerbe, was sie im Hinblick auf die Ehe erwirbt (G); also erwirbt sie auch Brautgeschenke für sich (S), und hat der Bruder, der in concreto die Brautgeschenke in den väterlichen Nachlaß ziehen will, Unrecht (C)[17]. A und S sind sich „ähnlich", verwandt, aber nicht wie Genus und Species in auf- und absteigender Linie, sondern aus dem postulirten Stipes communis (G) mit und nebeneinander herrührend seitwärts verwandt; die analoge Folgerung ist ein „ad similia procedere"[18].

Das Wesen dieser Procedur liegt aber nicht in der Folgerung (von S aus G, von C aus S und G), sondern in der Generalisirung des vorhandenen Rechtssatzes (A), einem Dinge, welches zwar logische Operation, aber kein Schluß, und als Postulirung eines weiteren Rechtssatzes über ein bloßes Entscheiden oder die blos responsorische richterliche Thätigkeit erhaben der Legislation ähnlich ist. Daß gleichwohl nicht blos die Legislation und Jurisdiction, sondern auch schon die Interpretation (responsorisch-richterliche Rechtsprechung) diesen Schritt thun darf[19], hängt mit einer gewissen Schwäche der Gesetzgebung zusammen und ist eine Forderung der Gerechtigkeit. Kann der Gesetzgeber nicht

17) l. 5 C. bon. quae lib. 6, 61.

18) l. 12 D. leg. 1, 3 cf. l. 27 in fin. eod. l. 65 §. 3 D. ad SC. Treb. 36, 1 „idque ex similitudine juris civ. vel honorarii constituendum est.

19) l. 12 D. leg. — is qui jurisdictione praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet — l. 13 eod. — vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.

alles vorausſehen oder wiſſen, worauf er, vorausſehend oder wiſſend, ſeine gegenwärtige Norm erſtreckt haben würde[20]), ſo muß es anderſeits auch „genügen", daß er ausdrücke und zuſammenfaſſe, was nach dem gegenwärtigen Geſichts- und Standpunkt ausgeſprochen und zuſammengefaßt werden kann[21]); man darf es denjenigen, die der vom Geſetzgeber nicht gekannte, nicht vorausgeſehene Fall trifft, nicht entgelten laſſen, daß ſie desſelben Auge nicht erreicht hat; was er nach ihm bekannten ähnlichen Fällen ermeſſen hat, muß auch für ſie gut ſein — als eine nur „erſte Conſtitution", oder ein Leitfaden, der durch „Interpretation oder ſpätere Conſtitutionen auszuführen iſt"[22]), als ein Text, der die ähnlichen Fälle gewiſſermaßen zwiſchen den Zeilen enthält[23]).

Die Vorausſetzung von dem allem aber iſt, daß der analog zu entſcheidende Fall dem im vorhandenen Recht entſchiedenen in der That ähnlich, alſo in den Gründen der Satzung oder ſonſtwie nicht etwa die Vermuthung begründet ſei, daß der Geſetzgeber abſichtlich ſich enger gefaßt habe[24]). Denn dann würde a contrario (§. 32), nicht analog geſprochen werden müſſen[25]). — Auch iſt der Fall gedacht, in dem der Geſetzgeber nach ſeinem damaligen Standpunkt ſich nicht wohl weiter faſſen konnte, nicht der, da er ſich nur aus Verſehen zu eng gefaßt hat; denn letzterenfalls iſt Correctur (§. 30 S. 123), nicht Analogie am Platze.

Gegenüber dem jus singulare iſt die analoge Rechtsanwendung ausgeſchloſſen (S. 111), es ſei nun zu Gunſten des jus commune (S. 112), oder weil das argumentum a contrario näher

20) l. 10 D. eod. Neque leges neque senatuscc. ita scribi possunt ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur — l. 12 eod. Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut scc. comprehendi.

21) l. 10. eod. — Sed sufficit et ea quae plerumque accidunt, comprehendi. —

22) l. 11 eod. — de his quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est. l. 12 — quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, . . ad similia procedere . . debet.

23) l. 27 eod. — quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

24) l. 13 — quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpr. vel jurisd. suppleri.

25) vgl. Windſcheid, P. §. 22. Anm. 7.

liegt, oder weil Privilegien kein Postulat der Gerechtigkeit sind. Im Gegensatze zur logischen Folgerung aber ist die analogische überall keine logische Nothwendigkeit, sondern wo sie geboten ist, Forderung der Gerechtigkeit.

„Lücken" aber, die namentlich die Analogie ausfüllen soll, existiren im Rechte überhaupt nicht[26]). —

Was schließlich noch das erste Object der Rechtsanwendung, das objective Recht anlangt, so gelten nach Absicht der Reception wie Justinians selbst Institutionen, Digesten und Codex als Ein, darum auch als gleichzeitiges Gesetz[27]), die Novellen dagegen, sowohl untereinander als jenen früheren Quellenstücken gegenüber in der That als novae leges[28]), das canonische Recht aber, trotzdem es zugleich mit dem römischen recipirt wurde, gleichwohl als neuer denn dieses[29]). Daß innerhalb der Institutionen, Digesten und des Codex keine Antinomien bestehen[30]), ist entweder nicht wahr, oder Justinian hatte subtilere Juristen als uns im Sinne[31]); wo wir die Versöhnung[32]) nicht zu Stande bringen, gilt von den sich widersprechenden Stellen keine[33]).

VII. Aufhebung und Aenderung des Rechts.

§. 33.

Obwohl kein Satz des Rechtes aufgehoben werden kann, ohne daß an Stelle desselben ein anderer eintritt[1]), so unterscheidet man doch innerhalb der Aufhebung die Aufhebung schlechthin (abrogatio), die theilweise Aufhebung (derogatio), den Zusatz

26) meine Besprechung von F. Adickes Rechtsquellen, in d. Münchner Vierteljschr. Bd. 15 S. 164.

27) Savigny, Syst. I. §. 43 vgl. l. 2. §. 12 §. 23 l. 3 §. 15. C. vet. jure enucl. 1, 17.

28) chronologisches Verzeichniß in Bieners Gesch. der Novellen Just. Nr. IV.

29) Glück, Comm. I. §. 77. Savigny, a. a. O. §. 42 S. 266 fgg.

30) l. 2 §. 15 l. 3 §. 15 C. eod.

31) vgl. oben §. 12. Anm. 14. Sav., a. a. O. S. 288.

32) worüber bes. Schmidt, J. C., Methode der Auslegung der Just. Rechtsbücher 1855.

33) So z. B. Puchta §. 19 a. E. Windscheid, P. §. 23 a. E. Anders Savigny, a. a. O. S. 286 fgg. u. bes. Scheurl, mit Berufung auf Gaj. I, 7, in den Beiträgen I. S. 129.

1) vgl. §. 32. Anm. 26.

(subrogatio), und die Veränderung (obrogatio)[2]). Es ist aber unter der Aufhebung schlechthin nur gemeint, daß etwas anderes an Stelle des Aufgehobenen nicht ausdrücklich gesetzt wird.

Weil keine Aufhebung des alten Rechtes ohne Begründung eines neuen denkbar ist, so kann das Recht nur auf denselben Wegen, auf denen es begründet wird, auch aufgehoben und verändert werden. Und obwohl jene Kunstausdrücke der Quellen (abrogatio etc.) sich nur auf Abschaffung und Veränderung gesetzlichen Rechtes durch das Gesetz beziehen, so können doch Gesetze auch durch Gewohnheit[3]), gleichwie Gewohnheiten durch Gesetze beseitigt werden. Nur dies, daß Gewohnheiten, wenn sie auch noch so alt und mächtig, sich vor der besseren Einsicht und dem neuen Gesetze beugen müssen, — nicht daß gegen Gesetze keine Gewohnheit aufkommmen könne — will vielleicht in l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53[4]) gesagt sein; wenigstens ist denkbar, daß sich Jemand einmal gegen ein neues Gesetz auf altes Herkommen berufen habe, und l. 2 cit. ist Rescript.

Für den Fall, daß in dem neuen Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, was von dem alten aufgehoben sein soll, besteht der Satz:

1) daß generi per speciem derogatur[5]) —

2) daß die neue Regel die alte Regel mit allen ihren Consequenzen und Specialitäten, nicht aber auch die alten Ausnahmen aufhebe[6]). Mit solchen Sätzen ist aber nur ausgesprochen, was der Gesetzgeber sagen müßte, wenn er sich aussprächе, mithin etwas, das er nicht auszusprechen braucht, also etwas selbstverständliches.

---

2) Ulp. I. §. 3 l. 102 D. v. s. 50, 16.

3) l. 32 §. 1 in fin. D. leg. 1, 3 — Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur — z. B. Gaj. II. 103 IV, 28 l. 1 §. 1 D. interrog. 11, 1.

4) Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Andere Ansichten über diese Stellen s. Windscheid §. 18. Anm. 2. Baron, P. §. 4. c.

5) l. 80 D. r. j. 50, 17 l. 41 D. poenis 48, 19.

6) Semper specialia generalibus insunt. — Thibaut, civil. Abhh. Nr. 7. V. S. 121. S. 117.

Zweites Buch.

Die Personen.

Erster Abschnitt.

Die Personengesammtheiten.

§. 34.

Ueberhaupt.

Der Staat und seine Gemeinden, die Kirche, die Corporationen zeichnen sich vor allen anderen Personeninbegriffen dadurch aus, daß in ihnen zwei Dinge, Continuität [1]) und Autonomie [2]), miteinander verbunden sind. Denn um von denjenigen Ansammlungen und Versammlungen zu schweigen, die kein anderes Gesetz als das des Zufalls, der Neugierde, oder sonst ein vorübergehender Zweck zusammenführt: der Familie fehlt es nicht an Continuität, allein das Gesetz ihres Bestandes, ihrer Fortpflanzung, ihres Zusammenhanges und ihrer Arten gibt sie sich, als solche, nicht selbst, sondern gibt die Natur, der Staat und die Kirche; — die Societät (societas privata) ist nicht ohne Autonomie [3]); allein das Gesetz das sie sich gibt, bindet nur die, welche es geben, und dauert nicht länger als ihr Wille; darum ist sie selbst ohne Continuität [4]).

Immerhin aber liegt in der Societät, zum Unterschiede von den übrigen Contracten, die sämmtlich nur auf den Austausch von

1) l. 7 §. 2 D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4 — nihil refert utrum omnes idem maneant, an pars maneat, an omnes immutati sint — l. 76 D. jud. 5, 1, vgl. Mommsen, Th., de collegiis et sodaliciis Rom. 1843 p. 85.

2) l. 4 D. colleg. 47, 22 — ea lege Solonis: *Ἐάν γε δῆμος ἢ φράτορες, ἢ ἱερῶν ὀργίων . . . ὅτι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλων, κύριον εἶναι.* —

3) z. B. l. 71 D. pro socio 17, 2 und vgl. damit die „pactio" der Corporation in l. 4 cit.

4) l. 59 D. pro soc. 17, 2 Adeo morte solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati. —

Leistungen gerichtet, und darum bloße Bindungen sind, eine Verbindung, eine wenngleich jedem Einzelnen widerrufliche, so doch spotane, bewußte Verbindung von Einzelnen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke. Solch eine Verbindung schreitet zur Corporation fort, wenn es in ihrem Gesetze liegt, daß ein Eintritt neuer Genossen möglich, und das Gesetz, über den Einzelwillen erhaben, für alle künftigen wie für die gegenwärtigen Genossen gelten solle. Vor unseren Augen erfolgt in den Quellen eine solche Erweiterung der societas privata zu Corporationen (soc. vectigalium publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum)[5]. Ungleich früher aber, in einer Zeit, da das Dasein von Corporationen vom Staate noch unabhängig, weil der Staat selbst noch nicht oder nichts als Corporation war, dürfte der Gedanke und die Thatsache spontaner Verbindung unter denen zur Corporation geführt haben, die schon von Natur aus zusammenhiengen: in der Familie, unter den Verwandten oder Geschlechtern. Daß es vor Alters allenthalben „Geschlechter" von corporationsartiger Einigung gegeben, ist über allen Zweifel erhaben[6]; fraglich kann z. B. für die römischen nur das sein, ob sie von Romulus und Numa Popilius[7], oder aus ihrem eigenen Willen entsprungen sind, nach einem Gesetze, das sie sich selbst gaben, für sich und die kommenden Geschlechter. Waren solche „Geschlechter" auch keine bloßen Verwandtenverbände, so sind doch „allerdings alle Blutsverwandten in der Gens"[8], und selbst heute nicht immer blos Eingeborene in der Familie (§. 46); Niebuhr selbst, der das Geschlechtliche der Geschlechter bekämpft, nennt ihre Ergänzung Adoption[9].

5) l. 59 pr. l. 63 §. 8 D. pro soc. 17, 2.

6) vgl. Niebuhr, R. Gesch. 4. Aufl. Berl. 1833 „die Geschlechter und Curien" S. 321—354. Dess. Vorträge über röm. Alterthümer, 1858 S. 26—39 besonders S. 34. — G. L. v. Maurer, Einleitung zur Gesch. der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung u. der öffentlichen Gewalt. München 1854. „Aelteste Dorfanlagen" §. 8. — Konrad Maurer, über angelsächsische Rechtsverhältnisse, Münchener krit. Ueberschau Bd. I. S. 53. „Seiner inneren Bedeutung nach glauben wir im Geschlechte eine gewissermaßen noch vorstaatliche Verbindung sehen zu müssen ꝛc."

7) vgl. Niebuhr, Vorträge S. 33 Z. 5 fgg.

8) Niebuhr a. a. O. besonders Vorträge S. 32.

9) a. a. O. Vgl. übrigens Lange, röm. Alterthümer, Bd. I. §. 40. — K. Maurer a. a. O.

Societät und Familie sind also an sich keine Corporationen, allein in beiden lag je eines der beiden Corporationselemente: dort die Autonomität, hier die Continuität; und gleichwie Societäten dadurch zu Corporationen wurden, daß sie sich theilweise in Nachahmung der Famlie, als „Bruderschaften" u. dgl.[10]) Continuität beilegten, so wurden umgekehrt Geschlechter dadurch, daß sie der natürlichen Verbindung die spontane, und damit deren Selbstbestimmung beigesellten, Corporationen.

Corporationen sind auch die Kirche und die Kirchen.

Auf der Kirche liegt der Accent der Einheit, begründet dadurch, daß sie mit den Staaten, welche aus der Zertrümmerung des römischen Reiches hervorgegangen sind, weder vervielfältigt noch identificirt, sondern über, neben und in ihnen allen Eins geblieben ist. Auch haben wir in ihr eine Corporation vor Augen, welche lange sogar um Oberherrschaft über die Staaten gerungen, dann eine gewisse Selbständigkeit und Ebenbürtigkeit neben denselben behauptet und durch den Abschluß von Concordaten bewährt hat, und gegen absolute Unterordnung unter den Staat zur Stunde noch ankämpft[11]).

Auch die Staaten untereinander stehen wieder in Zusammenhang, bald societäts- und corporationsartig (in Allianzen und Bünden), bald nur vertrags- oder verkehrsweise, (in Zoll-, Handels-, Schifffahrts-, Auswanderungs-, Jurisdictions- ꝛc. Verträgen), für alle Fälle endlich durch dasjenige Völkerrecht, welches ohne Vertrag und Bündniß, gewohnheitsmäßig, für die internationalen Handlungen der Regierenden und der Regierten in immer größeren Kreisen aufkommt[12]).

Den Staat selbst vermögen wir nur zu definiren als eine

10) Niebuhr a. a. O. dess. Vorträge S. 35, S. 33.

11) s. z. B. Politische und rechtliche Bedenken gegen den (preuß.) Gesetzentwurf, betr. die Grenzen des Rechts zum Gebrauche kirchlicher Straf- und Zuchtmittel, von B. Freiherrn v. Schrötter, Leipzig 1873 besonders gegen §. 2 des Entwurfs, S. 40 fg.; augenblicklich Collectiveingabe des preuß. Episcopats an das k. Staatsministerium, Allg. Z. Nr. 152 1. Juni 1873 worin u. A.: „Die Kirche kann das Prinzip des heidnischen Staates, daß die Staatsgesetze die letzte Quelle alles Rechtes seien . . . nicht anerkennen." Vgl. auch v. Scheurl, zur Lehre vom Kirchenregiment, Erl. 1862, S. 42 „— von der staatlichen Anerkennung völlig unabhängigen Berechtigung seines Bestehens —".

12) vgl. oben §. 22 §. 23.

Corporation, und aber diejenige Corporation, welche innerhalb eines gewissen Territoriums alle anderen Corporationen entweder unterdrückt oder unterworfen, oder vor allen anderen von Anfang her den Vorrang behauptet hat[13]). Daß er von derselben Herkunft ist wie die Corporation zeigt sich in seinen Merkmalen, die keine anderen sind als die der Corporation; selbst seine Territorialität hat ihren Vorgang in manchen Corporationen[14]); aber während die Existenz und Fortdauer mithin auch die Continuität der übrigen Corporationen in Abhängigkeit vom Staate gerathen ist[15]), und deren Autonomie vor der des Staates im Collisionsfalle zurücktritt[16]), ist im Staate beides, Continuität und Autonomie rechtlich ohne Ziel und Grenze.

Uebrigens gibt es keine Corporation, und in Wirklichkeit wohl auch keinen Staat, in dem die Einzelnen von dem Gesetze des Ganzen (Tota) ganz ergriffen und nicht innerhalb einer gewissen Grenze selbst wieder autonom wären. Und zwar sind es die Privatrechte, in deren Gattungen und Arten die Exemption der Privaten von dem gemeinen Gesetze umschrieben, und in deren concreter Erscheinung das Product ihrer Autonomie enthalten ist. Denn können wir uns gleich keine Privatrechte denken, die vom Staat und seinen Gesetzen nicht anerkannt und garantirt wären, so folgt daraus doch nicht, daß sie von ihm auch geschaffen und verliehen sind; sind sie nicht ohne ihn, so sind sie deswegen nicht auch schon durch ihn. So wenig als ohne den Willen des Staates sind sie ohne den Willen der Privaten. Das Privatrecht objectiven Sinnes ist denn auch weithin nichts anderes als der

13) K. Maurer a. a. O. „In den Staat hereintretend, hält das Geschlecht diesen seinen ursprünglichen, völlig selbständigen Charakter noch immer fest, und macht sich keineswegs sofort diesem dienstbar; selbst gegen den Staat und dessen Gesetz wird die verwandtschaftliche Treue festgehalten, und der Staat sieht sich später gezwungen, im eigenen Interesse gegen die Festigkeit des verwandtschaftlichen Bandes anzukämpfen, während er in früheren Zeiten sich geradezu die einmal gegebene Anschauungsweise mußte gefallen lassen. —

14) vgl. die Ortsstämme bei Niebuhr, R. Gesch. a. a. O. S. 323, die Markgenossenschaften und die Ansiedelung der Dithmarsch'schen Geschlechter bei Maurer a. a. O. §. 3 §. 4; die gesonderten Feldmarken der altrömischen tribus bei Lange a. O. §. 28 §. 45 a. E.

15) s. u. §. 35.

16) l. 4 cit. — dum ne quid ex publica lege corrumpant. ἐὰν μὴ ἀπαγορεύσῃ δημόσια γράμματα.

jeweilige präsumtive Wille der Privaten selbst[17]), und da wo es sich über diesen erhebt, nicht in dem Sinne jus publicum, als ob die Entstehung, sondern nur in dem, daß die Garantirung der betroffenen Rechte von dem Gemeinwesen herrührt. An Theorien freilich und an Strebungen, die den Einzelnen nur durch das Ganze sein lassen wollen, ohne gleichmäßig zu betonen, daß auch das Ganze nur durch die Einzelnen ist, fehlt es so wenig in der neuen als in der alten Welt[18]).

Die Corporationen insonderheit.

§. 35.

1. So sehr als Staat, Kirche und Gemeinde „unabhängig von ihrer juristischen Persönlichkeit bestehen“[1]), ist der Begriff der Corporationen überhaupt vom Dasein eines Corporationsvermögens oder der Möglichkeit, daß für die Corporationen ein eigenes Vermögen bestehe, unabhängig. Diese Möglichkeit ist zwar in der Corporation als solcher begründet[2]), allein nur als ein naturale, kann in einzelnen Arten und Fällen nicht nur aus factischen Gründen unverwirklichet, sondern auch jure singulari ausgeschlossen oder beschränkt sein[3]), ohne daß darum der Verein aufhört Corporation zu sein. Unstatthaft ist es also, auch gewisse Gesellschaften um deswillen, weil in ihnen ein anderes als Corporationsvermögen (Actien- statt Corporationsvermögen) vorkommt, von den Corporationen auszuscheiden, oder als „Genossenschaften“ zwischen die Corporation und die societas privata einzuschieben[4]).

2. Freiwilligkeit des Zusammentritts ist den Corporationen ohne Zweifel eigen, so daß wir den Stadtmagistraten, Gemeinde- und Richtercollegien das Wesen der Corporation absprechen, wiewohl sie einzelnes mit diesen gemein haben, und insonderheit den

17) s. oben §. 24, 2.

18) vgl. hierüber H. Escher, Handbuch der praktischen Politik, Leipzig 1863 Bd. I. §. 17.

1) Roth, Ihering'sche Jahrbb. Bd. I. S. 204.

2) l. 1 §. 1 D. quod uniusc. univ. nom. 3, 4. Quibus . . permissum est, corpus habere . . . proprium est, ad exemplum reipublicae habere res communes et arcam communem etc.

3) z. B. SC. Bachanale, Liv. 39, 18. Amortisationsgesetze — Mendicanten-Orden.

4) Bluntschli, d. Privr. 2. Aufl. §. 33.

römischen Municipalmagistraten Corporationsrecht privilegienweise, trotzdem, ja deswegen weil sie keine Corporation waren, verliehen scheint[5]). Wenn man daraus aber einen inneren Unterschied der Corporationen von Staat, Kirche und Gemeinde ableitet[6]), so geschieht das doch wohl ohne genügenden Grund. Denn daraus, daß wir namentlich dem Staate keinen bestimmten, freiwilligen Gründungsact nachzuweisen vermögen, folgt noch nicht, daß er unwillkürlich oder in Unfreiheit entstanden sei; unvordenkliche Zeit läßt das Menschenwerk leicht als Naturproduct erscheinen[7]); der Staat ist eine Nothwendigkeit, aber freiwillig thun wir auch das Unvermeidliche; eine Nothwendigkeit und dennoch freie That des Menschen sind auch Recht und Gesetz[8]).

3. Corporationen können durch Beschluß ihrer eigenen Mitglieder aufgehoben werden, während sich etwas derartiges bei Staat, Kirche und Gemeinde nicht denken läßt. Allein auch das dürfte keinen inneren Unterschied begründen. Denn darin bewährt sich nur, daß die Continuität, welche die corporativen Einigungen alle miteinander gemein haben, im Staat und in der mit dem Staat rivalisirenden Kirche sich ins schrankenlose entwickelt, oder — was vielleicht richtiger ist — schrankenlos erhalten haben, während in allen andern Corporationen mit der Unterordnung unter den Staat auch deren Dauerhaftigkeit abgenommen hat. Der Satz, daß Corporationen durch Beschluß ihrer Mitglieder aufgehoben werden können, steht denn auch nicht so fertig und unbedingt da, wie er eingangs hingestellt scheint. Manche fordern allgemein zu dem Beschlusse noch staatliche Genehmigung[9]), Manche, wenn die Corporation eine öffentliche[10]), Andere stets dann, wenn dieser modus tollendi nicht in den Statuten selbst vorgesehen ist[11]). Es fragt sich aber ob da, wo das Statut den Mitgliedern die Aufhebung nicht ausdrücklich vorbehält, die Corporation nicht

5) l. 25 D. ad. munic. 50, 1 l. 76 D. jud. 5, 1.
6) wie z. B. in meiner 1. Aufl. S. 1009, S. 1014.
7) vgl. l. 2 pr. D. a. pl. a. 39, 3.
8) s. oben §. 18 Anm. 7.
9) Savigny, Syst. Bd. 2, S. 279. — Leyser, meditt. 559, 13.
10) Unger, krit. Ueberschau Bd. VI. S. 177 (mit Mühlenbruch, Böcking, Göschen ꝛc.)
11) Arndts, P. §. 45.

überall auf ewig gegründet, ein Aufhebungsbeschluß nicht gegen das Gesetz der Corporation sei?

4. Die Gewalt über Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen der Einzelnen nimmt der Staat heute ausschließlich für sich in Anspruch[12]). Völlig durchgedrungen ist er damit aber noch heute nicht[13]) und die Geschichte weist Beispiele einer ausgedehnteren Executive auch der Corporationen genug auf[14]).

Für die Corporationen überhaupt bleibt uns hiernach als Merkmal nur die Continuität und die Autonomie übrig, und zur Unterscheidung der übrigen von Staat, Kirche und Gemeinde nur die historische Thatsache der Ueber- und Unterordnung oder die der noch fortdauernden Rivalität. Setzt man um ihretwillen den Staat und die Kirche den Corporationen entgegen, so muß man es auch bezüglich der Gemeinden thun, die nur Glieder und Theile des Staates und der Kirche sind[15]).

Die Familie.

1. Cognation und Affinität.

D. de gradibus et affinibus et nominibus eorum 38, 10. J. de gradibus cognationis 3, 6.

§. 36.

Man möchte meinen, daß in einer früheren Periode die Verwandtschaft nach Zeugung und Geburt auch sprachlich unterschieden,

12) vgl. z. B. das §. 34 Anm. 15 cit. preuß. Gesetz betr. die Grenzen des Rechts zum Gebrauche kirchlicher Straf- und Zuchtmittel, §. 1.

13) Schulte, Lehrb. d. kath. Kirchenrechts (1863) §. 88: „Als sichtbare Gemeinschaft ausgerüstet mit einer nicht blos innerlich geistigen sondern auch äußeren zwingenden Gewalt". — §. 89: „Die der Kirche innewohnende potestas coërcitiva bringt hervor deren Befugniß und Verpflichtung, die Alle verpflichtenden Gebote selbst mit äußerem Zwange durchzusetzen", mit Verweisung auf die Bulle Pius VI. „Auctorem fidei" V. Kal. Sept. 1794. num. IV. auf S. 8 Anm. 2.

14) Rudorff, röm. Brunnenordnung, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 15 S. 212, S. 230, Anm. 42, S. 245 (multae dictio, pignoris capio) S. 267 (jurisdictio) S. 212; Geld, Leibes- u. Lebensstrafen der Märkergerichte, v. Maurer, Gesch. d. Markenverf. §. 104. — Zusammenhang der Immunitäten u. eigenen Gerichtsbarkeit in Frohnhöfen, Dörfern, Städten, nicht blos mit Privilegien, sondern auch hergebrachter Selbständigkeit: Eichhorn, R. u. RG. 5. Aufl. Bd. 2 §. 303 S. 444 unten fg. u. Maurer, Gesch. der Frohnhöfe, Bauernhöfe u. Hofverfassung in D. Bd. 1 §. 98. Gesch. der Dorfverf. Bd. 1 §. 140.

15) s. dag. z. B. Weiske, Sammlung der Gemeindegesetze S. VI.

daß nur die durch Geburt (von der Mutter und durch Frauen her) „Cognation", dagegen die durch Zeugung (vom Vater und im Mannesstamm her) lediglich „Consanguinität" (Blutsverwandtschaft) genannt worden sei[1]), wornach denn die „familia" selbst in ihrem weitesten Sinne in der That auf „Consanguinität" beschränkt gewesen sein könnte[2]). Ja während wir von „Blutsverwandten" ohne Unterschied der Verwandtschaft durch Frauen und durch Männer reden, behält der Römer die „Consanguinität" fort und fort dem Mannsstamm vor (Anm. 1). Allein der Name „Cognation" ist in unseren Quellen auf die Consanguinität oder Agnation erstreckt, so daß er das genus, diese eine species bildet[3]).

Von gewissen rechtlichen Modificationen des Begriffes Cognation (§. 38) abgesehen ist diese mithin gleichbedeutend mit unserer Blutsverwandtschaft, die wir ihrerseits denken als einen Inbegriff aller derer, die entweder (I.) von einander oder (II.) gemeinschaftlich (1) von einer und derselben Person genitor-genitrix) oder (2) von einem und demselben Elternpaare abstammen, und die demnach entweder Verwandtschaft in auf- und absteigender Linie (I.), oder Seitenverwandtschaft (II.) und als solche bald halbbürtige (II. 1) bald vollbürtige Verwandtschaft (II. 2) ist und heißt[4]).

Zwischen bestimmten Personen kann die Verwandtschaft in beiden Linien eine mehrfache sein: dadurch daß sie mehrfach von einander (I.) oder mehrfach miteinander, von verschiedenen genitores, genitrices, Paaren (II.) abstammen[5]).

---

1) §. 4 J. succ. cogn. 3, 5, cum agnatio sit a patre, cognatio sit a matre — consanguinitatis jus species est agnationis — woneben „eadem ratione inter se quidem possunt videri consanguinei esse" corrupt sein muß — l. 4 D. h. t. — consanguinitatis aut agnationis jura a patre oriuntur. —

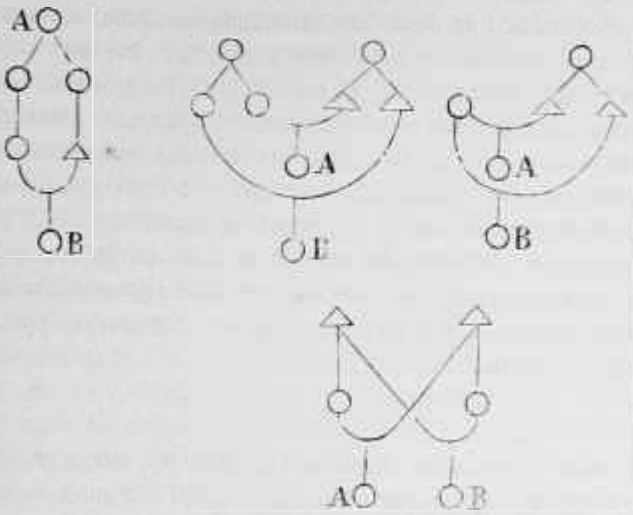
2) l. 195 §. 4 D. v. 5, 50, 16 Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur, sicuti dicimus familiam Juliam, quasi a fonte quodam memoriae.

3) l. 1 §. 1 l. 4 §. 1 l. 10 §. 2 §. 4 D. h. t. — hi sunt per patrem cognati l. 5 pr. D. unde legit 38, 7.

4) l. 1 pr. D. h. t. Die Definition in l. 195 §. 4 cit. mehrfach zu enge (Hugo, civ. Mag. Bd. 4 Nr. 7), wenn sie die Cognatschaft definiren wollte; s. aber Anm. 2.

5) z. B. l. 10 §. 14 D. h. t.

I. II.



Zwischen bestimmten Personen ist die Verwandtschaft näher oder ferner, je nach Anzahl der „gradus", welche nach dem stemma cognationis [6]), oder nach Anzahl der Zeugungen [7]) zwischen ihnen gelegen sind. Bei der Seitenverwandtschaft werden letztere nicht etwa blos hinauf bis zum gemeinsamen genitor etc. (stipes communis), sondern weiter von da hinab bis zu der Person gezählt, um deren Verwandtschaft es sich handelt (römische im Gegensatze zu der deutschen und canonischen Zählung [8]).

6) l. 9 eod. Abbildungen der Stemmata cognationum in der Schrader'schen u. Krüger'schen Institutionenausgabe, u. in Böckings Fragm. Ulp. aus dem Cod. Victorianus Monacensis de gradibus, p. 183 u. Huschke's jurispr. antejust. ed. alt. p. 535 — daran anschließend die Zählungsweise in l. 10 §. 9 t. eod. . . quoties quaeritur, quanto gradu (§. 10 eod.) quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, cujus de cognatione quaerimus; et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea sursum versum vel deorsum tendentium, facile invenimus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus. Nam qui ei qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: similiter enim accedentibus crescit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus: sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos conjungitur, prior numeretur.

7) §. 7 J. grad. cognat. 3, 6 — quippe semper generata persona gradum adjicit — Theoph. ad. pr. J. leg. agn. succ. 3, 2 — *ὅσαι γεννήσεις, τοσούτους καί βαθμοὺς εὑρήσεις.*

8) Theoph. a. a. O.: — *ἐπὶ δὲ τῶν ἐκ πλαγίου δυσχερεστέρα*

In jedem Grade der Verwandtschaft werden je nach Geschlecht, Zeugungsverhältniß, Voll- und Halbbürtigkeit mehrerlei Gattungen von Verwandten unterschieden und gezählt[9]), so bis zum siebenten Grade nacheinander 4, 12, 32, 80, 184 (192 Baronius) 448, 1024. — Der Erzeuger mit den Erzeugten bildet einen „Stamm"[10]) (stirps); daß dieser (bei Lebzeiten des Stammhalters) bis zu Verwandten über den siebenten Grad (in der Seitenlinie) treibe, kommt nicht leicht vor[11]); — womit nicht nur der Abschluß der schematischen Stammtafeln, sondern in manchen Fällen auch der der Verwandtenrechte mit dem sechsten oder siebenten Grade zusammenhängen mag (exceptae personae — bonorum possessio unde cognati).

§. 37.

Der Beweis der Blutsverwandtschaft ist, sofern es sich um die durch Frauen (Geburt) handelt, in allen Fällen[1]) — soferne dagegen die durch Männer (Zeugung) in Frage steht, nicht in allen Fällen denkbar[2]), undenkbar nämlich in den Fällen, da die sogen. exceptio plurium concumbentium begründet wäre. Trotzdem er überall sonst auch hier möglich ist, ward, aus guten Gründen[3]), dafür gesorgt, daß derlei Beweisführungen nicht auf die Tagesordnung kämen:

1. durch die Präsumtio pater est quem nuptiae demonstrant[4]). Nuptiis als Vater demonstrirt ist aber unbestritten

---

καὶ οὐκ εὐκαταληπτός ἐστιν ἡ τῶν βαθμῶν εὕρησις. Δεῖ γὰρ ἡμᾶς οὐκ εὐθέως τρέχειν ἐπὶ τὸ ἐκ πλαγίου πρόσωπον, ἀλλὰ πρότερον ποιεῖσθαι τὴν ἀνάβασιν ἐπὶ τοὺς ἀνίοντας, μέχρις οὗ ἐπιστῶμεν ἐκείνῳ, τῷ αἰτίῳ τῆς γεννήσεως τοῦ ἐκ πλαγίου; εἶτα τοῦτο εὑρόντας κατιέναι ἐπὶ τὶ ζητούμενον πρόσωπον καὶ οὕτως πάσας ἀριθμεῖν τὰς γεννήσεις τὰς συναγομένας, τοῦτο μὲν ἐπὶ τῆς ἀνόδου, τοῦτο δὲ ἐπὶ τῆς, καθόδου, ἑκάστην γὰρ γέννησιν ἐν ἰδίῳ τάττων βάθμῳ, ποίου τὸν ἀριθμόν.

9) l. 10 §§. 12—18 f. l. 1 — l. 3 eod.

10) Gaj. III. 8, Collat. tit. 16 c. 2 §. 8 l. 2 C. suis et legit. 6, 55.

11) l. 4 pr. D. h. t.

1) — Semper certa est mater, etsi vulgo conceperit — l. 5 D. in jus voc 2, 4. Telemach, Odyssee. —

2) s. dagegen Windscheid §. 50: „geradezu unmöglich", hinwider Stintzing, Präsumtion der ehelichen Vaterschaft in Ihering's Jhrbb. IX. S. 419—424: „schwierig".

3) Burckhard, die civ. Präsumtionen, S. 337 fgg. Stintzing a. a. O.

4) l. 5 cit.

auch derjenige, dessen bisherige Ehefrau noch binnen 10 Monaten nach Auflösung der Ehe ein Kind zur Welt bringt[5]); man sollte denken, daß umgekehrt derjenige, dessen Ehefrau einen Tag nach der Hochzeit mit einem lebendigen Kinde niederkommt, nuptiis nicht als Vater demonstrirt sei, und daß, da denn doch eine Grenze nothwendig ist, der 182. Tag als solche zu gelten habe[6]); und auch dies war bislang die gemeine Meinung. Neuestens aber unterscheidet Wächter[7]), was wir billigen müssen (§. 50), wieder zwischen Leben und Lebensfähigkeit und läßt folgerecht die Präsumtion auch für das vor dem 182. Tage geborene Kind zu, wenn es zwar lebendig, aber noch nicht lebensfähig ist[8]). Stintzing jedoch geht weiter und erblickt in jedem, der nach der Hochzeit geboren ist, bis auf weiteres ein Kind des Ehemannes[9]) — freilich unter gänzlicher Unterdrückung des argumentum a contrario[10]), während man doch nur vermittelst eben dieses Argumentes zu dem anderen auch von Stintzing angenommenen Satze gelangt: daß ein innerhalb der 10 Monate nach der Ehe geborenes Kind noch unter die Präsumtion falle[11]). Begründeter ist die Behauptung, daß der Gegenbeweis auf die Unmöglichkeit der ehelichen (nicht blos auf die Möglichkeit einer anderweiten) Vaterschaft[12]) zu richten, diese Unmöglichkeit aber nicht mit der Behauptung der Nichtbeiwohnung, sondern durch Thatsachen zu beweisen sei, welche die Beiwohnung ausschließen[13]).

5) l. 3 §. 11 D. suis et legit. 38, 16 — post X menses . . natus non admittetur ad legitimam hereditatem — l. 29 §. 1 D. prob. 22, 3.

6) l. 12 D. statu hom. 1, 5 Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi Hippocratis; et ideo credendum est — justum filium esse. l. 3 §. 12 D. suis et legit. 38, 16 — qui centesimo octogesimo secundo die natus est . . justo tempore videri natum.

7) §. 7 de partu vivo non vitali. Lips . 1863—1866, referirt von Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 9 §. 7.

8) hiegegen Stintzing a. a. O. S. 434. 5.

9) a. a. O. S. 426 fgg. S. 449. 1.

10) l. 12 cit. — ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse — l. 3 §. 12 cit. (Anm. 6) — justo tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.

11) s. Anm. 5.

12) vgl. Windscheid §. 56 b. Anm. 2. Stintzing a. a. O. S. 439, Burckhard a. a. O. S. 337 fgg.

13) Stintzing a. a. O. u. S. 445. 8. l. 6 D. cit. — Non tamen

2. Verschieden von dieser Präsumtion der Vaterschaft für den Fall daß die Ehe feststeht, ist eine Präsumtion der Ehelichkeit für den Fall, daß die Vaterschaft feststeht, gegründet darauf, daß der Vater die Mutter, die er geheiratet haben konnte, als Gattin behandelt[14]), oder daß er die Kinder, die der Mutter nach eheliche sein konnten, in gehörig beglaubigter Form, oder im Testament als seine Söhne und Töchter schlechthin (nicht etwa als „natürliche") bezeichnet hat[15]): diese (mit der legitimatio ex testamento §. 47) nicht zu verwechselnde Präsumtion scheint juris et de jure zu sein, allenfalls also auch die Wirkung einer Legitimation zu haben[16]); sie soll auch den übrigen Kindern dieses Vaters aus derselben Mutter zu statten kommen.

3. Eine Präsumtion unehelicher Vaterschaft entweder aus der Anerkennung des Vaters[17]) oder dem Besitzstande dieser Kindschaft[18]), müssen die Römer gehabt haben: es wäre sonst die rechtliche Wahrnehmung der naturales liberi[19]), der spurii und der servilis cognatio[20]) nicht möglich gewesen. Die Anerkennung dagegen, welche der Ehemann dem nach der Scheidung geborenen Kinde nach dem SC. Plancianum unter gewissen Voraussetzungen nicht versagen konnte, war über den wirklichen Status so wenig entscheidend[21]), als heutigen Tages aus der Verurtheilung des angeblichen außerehelichen Vaters in die Alimente schon die wirkliche Vaterschaft feststeht.

4. Für den Fall, daß ein Kind (keine bloße Fehlgeburt) noch vor dem 182. Tage nach der Hochzeit zur Welt kommt, konnte es sich nach älterem Rechte nur um eine Präsumtion außerehelicher Vaterschaft des Ehemannes handeln, und diese nach obigem (3) in der Anerkennung des Ehemannes ꝛc. gefunden werden. Seit der

ferendum . . eum, qui cum uxore assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum — l. 1 §. 14 D. lib. agnosc. 25, 3 vgl. auch l. 29 §. 1 D. prob. 22, 3.

14) l. 29 pr. D. prob. 22, 3.

15) Nov. 117 c. 2.

16) hujusmodi filios esse legitimos etc. l. cit.

17) l. 29 pr. D. prob. 22, 3.

18) arg. l. 41 D. lib. causa 40, 12 l. 7 C. ord. cogn. 7, 19.

19) C. lib. nat. 5, 27.

20) l. 14 §. 2 D. r. n. 23, 2 cf. l. 23 D. statu hom. 1, 8 l. 10 §. 5 D. grad. cogn. 38, 10, §. 10 J. grad. cogn. 3, 5 vgl. Stintzing a. a. O. S. 421 u. l. 23 D. statu hom. 1, 5.

21) l. 1 §§. 12—14 D. agnosc. et alendis lib. 25, 3.

legitimatio per subsequens matrimonium mußte eine solche Präsumtion der außerehelichen Vaterschaft zugleich die der ehelichen nach ziehen[22]); allein daß sie jetzt oder schon früher eine praesumtio juris et de jure gewesen sei[23]), läßt sich nicht aus l. 11 C. u. Nov. 89 citt. (welche die Vaterschaft als gewiß voraussetzen), eher vielleicht insoweit begründen, als man die Bestimmungen über Anerkennung der Ehelichkeit auf die der außerehelichen Vaterschaft (2) per analogiam überträgt.

§. 38.

Die Cognatschaft ist kein bloßer Naturverband geblieben sondern jedenfalls insoweit auch Rechtsverband geworden, als zwischen den einzelnen Cognaten als solchen gewisse Rechte und Pflichten[1]), Immunitäten[2]) und Einschränkungen des gemeinen Rechtes[3]) platzgriffen. Vonwegen dieses rechtlichen Zusatzes zum Naturverband kommt es einerseits zur Ausscheidung der serviles cognationes[4]), wiewohl selbst diese nicht ganz ohne rechtliche Beimischung sind und bleiben[5]); anderseits zur Erstreckung auch der Cognation auf Personen, die weder durch Zeugung noch durch Geburt zusammenhängen[6]); überall zur Abgrenzung der Nahen gegen die Fernen[7]) und endlich gar zur Aufhebung der Cognatschaft bei lebendigem Leibe[8]).

Nichtsdestoweniger vermögen wir in den Cognatschaften keine corporativen Vereinigungen zu denken, derart, daß die Cognat-

22) arg. l. 11 C. nat. lib. 5, 27 Nov. 89 c. 8 §. 1.

23) Seuffert, pract. Pandr. 4. Aufl. §. 40 „kömmt es früher zur Welt, so wird die Vaterschaft des Ehemannes nicht vermuthet, der Mangel aber durch des Letzteren Anerkennung vollkommen gehoben."

1) „jura cognationis" l. 1 §. 4 D. unde cognati 38, 8.

2) exceptae personae der lex Cincia und lex Furia testamentaria — Entbindung von der Zeugnißpflicht bis zum 7. Grade: l. 4 l. 5 D. test. 22, 5.

3) Der Condemnationen und Executionen vielleicht auch noch innerhalb der Geschwister (l. 63 pr. D. pro soc. 17, 2) — der ehrenrührigen Klagen zwischen Eltern und Kindern — s. Familienrecht.

4) §. 10 J. h. t. l. 1 §. 2 D. unde cogn. 38, 8 l. 10 §. 5 D. h. t. — ad leges serviles cognationes non pertinent. —

5) §. 10 J. cit. l. 14 §. 3 D. r. n. 23, 2.

6) l. 1 §. 4 D. unde cogn. 38, 8 Cognationem facit etiam adoptio; etenim quibus fiet agnatus hic, qui adoptatus est, iisdem etiam cognatus fiet. —

7) s. oben Anm. 2, 3.

8) l. 4 §. ult. D. h. t.

schaften als solche von altersher geschlossene Vereine gewesen wären[9]; denn dazu fehlte es an dem einigenden und abschließenden Mittelpunkte, der für die gentes und Agnationen (familia) in dem Einen Stammvater, Hause, Namen lag. Da auch die blos agnatisch Verwandten unter einander zugleich Cognaten waren, würde man oft zu mehreren Cognatschaften zugleich gezählt haben[10]; zwar gab es einen Abschluß mit dem 5. 6. u. 7. Grad; allein dieser ist nicht für die Cognatschaft überhaupt, sondern nur je für einzelne Auszeichnungen der Cognaten unter einander aufgestellt, in den einzelnen Fällen verschieden, und nur relativ, von keinem stipes communis, sondern von jedem einzelnen Cognaten aus gezählt. So können denn auch jene Rechte und Pflichten, Immunitäten und Rechtsbeschränkungen unter den Cognaten nicht als Producte corporativer Autonomie, sondern nur als Ausfluß gemeiner Gewohnheit und Gesetzgebung gedacht werden, worauf sie sich zum Theil auch positiv zurückführen lassen (Anm. 2. 3). Nur für den Fall, daß die bloße Consanguinität (Agnatschaft) ursprünglich von der Cognatschaft geschieden (§. 36 Anm. 1), mithin in der Ahnfrau der Einigungspunkt für die Cognaten gelegen gewesen wäre, ließe sich für den Anfang etwas anderes denken.

§. 39.

Affinität bedeutet den Römern die Nachbarschaft, in welche eine Person zu den Cognaten einer anderen dadurch tritt, daß sie sich mit dieser ehelich verbindet und in welcher sie so lange und nicht länger bleibt, als die Ehe dauert[1]. Besonders nahe kommt sie den Schwiegereltern und Stiefkindern des anderen Gatten zu stehen[2]. Demnach auf einem Rechtsverbande (Ehe) beruhend[3], ist sie selbst zu rechtlicher Bedeutung erhoben[4], participirte sie

9) wie sie z. B. Klenze, das Familienrecht der Cognaten u. Affinen nach röm. u. verwandten Rechten, Berlin 1828 in seinem „rechtlich geschlossenen Familienkreise" (S. 18 vgl. 6—8 und besonders die Vergleichung mit den Hetärien S. 8 fgg.) vorschweben.

10) z. B. l. 10 §. 13 D. h. t.; l. 1 §. 4 D. unde cogn. 38, 8.

1) l. 4 §. 3 §. 8 D. h. t. c. 5. X cons. et aff. 4, 14; l. 3. §. 1 D. postul. 3, 1 Gaj. 1, 63.

2) parentum liberorumque loco habentur l. 4 §. 7 D. h. t. cf. §. 4 §. 6 eod.

3) l. 4 §. 8 cit.

4) l. 4 §. 3 cit. — **quoniam** quaedam jura inter affines quoque versantur.

einst (innerhalb der ausgezeichneten Grade weithin an dem Rechte der Cognation[5]), und ist das Connubium zwischen denjenigen Affinen, die im eltern- und kindesartigen Verhältnisse zu einander stehen, im alten Rechte[6]), später sogar noch in einem Grade der Seitenlinie ausgeschlossen[7]).

Connubium schien noch in einigen anderen Fällen unstatthaft, in denen weder Cognation noch Affinität, wohl aber etwas der Affinität vergleichbares vorlag und mit dieser zum Theil auch ausdrücklich verglichen wurde. So kommt noch im römischen Rechte selbst die sog. Quasiaffinität und der Anfang einer affinitas secundi generis vor — erstere durch Gleichstellung des Verlöbnisses mit der Ehe[8]), der Frau des Adoptivvaters mit der Stiefmutter[9]), der Frau des nunmehr emancipirten, also nicht mehr cognaten Adoptivsohnes mit der Frau des leiblichen Sohnes[10]) — letztere durch Erstreckung der Stiefkindschaft auf die Gattin oder den Gatten des Stiefkindes[11]), also auf einen Affinen des Affinen; denn der Grund der Affinität (die Ehe) ist selbst auch Affinität[12]).

Das kanonische Recht findet auch in der copula illicita Grund zur Affinität[13]), kann sie denn auch nicht mehr an die Dauer der Ehe knüpfen[14]), folgert aus der unitas carnis[15]) Linien und Grade auch für die Affinität[16]), und statuirt ganz allgemein eine affinitas secundi und tertii generis, jene als die Beziehung des einen Gatten zu den Affinen (primi generis) des anderen

---

5) Klenze, a. a. O. S. 17 I. 1 S. 21, 2 S. 35, 4 S. 40, 5, S. 74, 8.
6) vgl. Gaj. I. §. 63 mit §. 6 J. nupt. 1, 10.
7) l. 5 l. 8 C. inc. nupt. 5, 5.
8) l. 6 §. 1 l. 8 D. h. t. l. 12 §. 1 D. r. n. 23, 3.
9) l. 14 pr. D. r. n. 23, 2.
10) l. 14 §. 1 eod.
11) l. 15 eod.
12) l. 38 §. 1 D. usur. 22, 1.
13) c. 6. c. 7 c. 10 u. 11 X de eo qui cognovit consanguineam uxoris 4, 13.
14) c. 1 C. 35 qu. 10.
15) l. cit.
16) c. 3 C. 35 qu. 5 und dazu des Joh. Andreä declaratio ad arborem affinitatis im Böhmer'schen C. j. can. hinter c. 25 qu. 5, — wogegen l. 4 §. 5 D. h. t. — gradus . . affinitati nulli sunt — hinwider aber l. 10 pr. eod.

Gatten, diese als die Beziehung des einen Gatten zu den affines secundi generis des anderen Gatten[17]).

2. Die Agnatschaft.

§. 40.

„Agnatschaft" hieß die Blutsverwandtschaft im engeren, römischen Sinne[1]) — der Mannsstamm[2]) im Gegensatze der nur mutter-, überhaupt frauenseits Verwandten, — vorausgesetzt daß das Blut durch Ehe constatirt und legitimirt war[3]). Nicht blos das Blut, oder die Natur, sondern zugleich das Recht, die Ehe waren Grund der Agnatschaft; ja selbst ohne Blut, lediglich durch das Recht ward Agnation möglich, indem man durch Adoption und in manum conventio legitimes Kind oder der Tochter des neuen Gewalthabers gleich und so denn zu dessen Agnaten Agnat wurde[4]). Richtiger also ist die Hausgewalt die Grundlage der Agnatschaft, so denn das „Haus" des Stammvaters der Ausgangspunkt[5]), und in den Häusern[6]) derer, die durch Zeugung aus ihm hervorgegangen oder durch Adoption in dasselbe eingetreten, und durch keine c. deminutio aus demselben ausgeschieden[7]), sondern nur durch Tod oder c. d. media u. maxima des Stammvaters frei und selbst patresf. geworden sind[8]), die Fortsetzung und Ausbreitung des Einen Hauses, Namens, Stammes[9]), der in jedem dieser Häuser desselben Zuwachses, so immer weiterer Vervielfältigung fähig, und nur in den weiblichen Sprossen zu Ende ist; diese bilden in Einem den Grund und Boden für Begründung und

17) Gratian. zu c. 21 c. 25 qu. 2 Joh. Andreae a. a. O. §. 4.

1) §. 36 Anm. 1.

2) — qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt — l. 7 D. leg. tut. 26, 4 — quae per mores contingit — l. 4 §. 2 D. grad. et aff. 38, 10.

3) l. 4 §. 2 cit. l. 195 §. 2 D. v. s. 50, 16; Gaj. I. 64 §. 12 J. nupt. 1, 10.

4) §. 2 in fin. J. adopt. 1, 11 §. 2 J. legit. agn. succ. 3, 2 l. 7 l. 23 D. eod. l. 4 §. 10 D. h. t.; — Gaj. I. 114, 118, 136; II. 139 159; III. 40.

5) — ex eadem domo et gente proditi — l. 195 §. 2 D. v. s, 50, 16.

6) — singuli singulas familias habent — l. 195 §. 2 cit.

7) Cic. Top. c. 6 Gaj. III. 21 l. 4 §. 10 D. grad. et. aff. 38, 10.

8) — patref. mortuo singuli singulas familias habent — l. 195 §. 2 cit.; — l. 12 § 1 D. capt. 49, 15; l. 7 D. his qui sui 1, 6.

9) — ex eadem domo et gente proditi — l. cit.

Fortpflanzung einer fremden Familie, und einen Endpunkt der eigenen[10]).

Stets heißt die Agnatschaft zugleich Cognation[11]), wenn aber lediglich auf Recht beruhend, cognatio civilis[12]); auf Natur und Recht zugleich (Ehe) beruhend, civilis und naturalis, ob sie nun consanguinisch oder consanguinisch und uterinisch zugleich ist; blos naturalis cognatio ist die durch Frauen, nicht etwa blos die uneheliche[13]); dann diejenige, welche nach Aufhebung der nicht blos civilen Agnation übrig bleibt[14]).

Weil zugleich Cognatschaft (§. 36 Anm. 3) hatte die Agnatschaft das ganze Recht der Cognatschaft (§. 38), speziell als Agnatschaft hatte sie gewisse Rechte vor jener voraus[15]). Als ein geschlossener Kreis von Personen[16]), dessen Continuität nicht blos durch Zeugung, sondern auch durch willkürliche Aufnahme (adoptio, in manum conventio) ermöglicht war, möchte wenigstens die Agnatschaft als corporative Einigung[17]) gedacht werden. Allein dagegen kommt zu bedenken, daß die Aufnahme nur mittelbar in den Kreis der Agnaten, unmittelbar nur in das einzelne Haus stattfand, und daß die specifisch agnatischen Rechte so wenig wie die gemein cognatischen sich als autonomes Product nachweisen lassen, in historischer Zeit vielmehr das allgemeine Gesetz als Quelle derselben hingestellt wird (Anm. 15). Und doch liegt nichts näher, als daß vor Anderen die Stammesgenossen zusammenhielten, und daß lange bevor dies zum Staatsgesetz wurde, sie selbst sich einigten: in Namen, Cultus, Tutel und Erbe[18]).

10) — mulier finis ac caput familiae l. 195 § ult. D. v. s, 50, 16.

11) vgl. oben §. 36. Anm 3.

12) l. 4 §. 2 cit.

13) corrupt der Text l. 4 §. 2 cit. quae per feminam descendit. quae vulgo liberos peperit — cf. §. 1, §. 2, §. 4 J. succ. cogn. 3, 5.

14) l. 14 § 1 J. cit. cf. l. 13 D. adopt. 1, 7 l. 3 D. unde cogn. 38, 8.

15) J. de legitima agnatorum successione 3, 2. J. de legitima agnatorum tutela 1, 15.

16) vgl. oben § 38.

17) l. 195 §. 1 cit. Familiae appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem.

18) s. oben §. 34 Anm. 6—10.

3. Das Haus.

§. 41.

Haus, oder Familie im engsten Sinne, heißt der durch den Hausvater beherrschte Kreis von Personen und Sachen, den Hausvater inbegriffen.

Was die der Hausherrschaft unterworfenen Personen anlangt, so sind als solche nicht blos die der patria potestas unterworfenen Kinder, sondern auch die Hausmutter (mater familias) aufgeführt[1]).

Diesen letzteren Umstand hat man, meinend, daß bei freier Ehe die Frau außer dem rechtlichen Verbande des Hauses stehe, und anknüpfend an die alte Bedeutung von „materfamilias“[2]) aus einer von Paulus vorausgesetzten Manus zu erklären versucht; allein in unseren Quellen hat „materf.“ längst jene Bedeutung nicht mehr[3]). Ferner bleibt bei der freien Ehe die Frau zwar unzweifelhaft in der Gewalt und „Familie“ ihres Vaters[4]); allein das hindert nicht, daß sie daneben in einer gewissen Gewalt des Mannes steht[5]). Als die die Hausgenossen einigende Gewalt ist denn auch nicht die väterliche Gewalt genannt, sondern nur die in der Hand des pf. gelegene Gewalt, welche weiter ist als die väterliche[6]), und gleichbedeutend mit dem „dominium das er im Hause hat“, nicht nur über Kinder, Knechte, Sclaven und Sachen, sondern auch über die Frau, mochte sie nun in manu mariti sein oder nicht[7]).

Obwohl es von jedem, der sui juris ist, heißt, daß er paterfamilias sei und Familie habe[8]), so erwächst diese zur Personen-

1) l. 195 §. 2 D. v. s. 50, 16 — plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, utputa patremf., matremf., filiumf., filiamf., quique deinceps vicem eorum sequuntur. —

2) Cic. Top. c. 3 § 14 A Gellius N. A. lib. 18 c. 6. Böding, Pand. d. röm. Privr §. 46. Anm. 1.

3) z. B. l 1 § 1 D. ad SC. Tert. 38, 17 l. 4 D. his qui sui 1, 6 l. 34 D. sol. matr 24, 3 l. 29 C. ad leg Jul. de adult. 9, 9.

4) arg. l. 196 §. 1 D. v. s.

5) s. bes. l. 2 D. lib. exh. 43, 30 l. 3 C. eod. 8, 8 l. 11 C. nupt. 5, 4 l. Aufl. §. 259.

6) „potestas“ — vgl. l. 3 §. 3 D. don. i v. e. u. 24, 1 l. 215 D. v. s. 50, 16 Potestatis verbo plura significantur —

7) „pf. est qui dominium in domo habet.“ l. 195 §. 2 cit.

8) l. 195 §. 2 cit

Mehrheit und Gesammtheit doch erst durch Ehe und eheliche Zeugung (natura), durch Adoption (jure) und Legitimation.

Obwohl ferner auch diese Personengesammtheit als „corpus quoddam" bezeichnet wird[9]), vermögen wir doch auch sie, so wie sie vor uns liegt, als Corporation nicht zu denken. Denn fehlt es ihr auch nicht an Freiheit des Zusammentrittes, indem die Ehe auf freier Uebereinkunft beruht, die ehelich gezeugten Kinder zwar unwillkürlich und nothwendig in der Familie sind, allein nicht zur Gründung sondern zur Continuität der Familie gehören: so erscheint doch das Recht, nach welchem die Genossen des Hauses unter einander leben, in seinen allgemeinen und wesentlichen Zügen nach dem, was vorliegt, nirgends als Ausfluß eines selbstgeschaffenen Gesetzes (Statutes), oder auch nur eines Vertrages, sondern als einer der allgemeinen Rechtsordnung. Aber was jetzt als gemeine und octroyrte Rechtsordnung erscheint, kann ursprünglich „Hausgesetz" gewesen, durch wachsende Uebung zur gemeinen Gewohnheit geworden und dann durch gemeines Gesetz anerkannt und garantirt worden sein. Namentlich die das Haus betreffenden Satzungen der XII Tafeln dürften Garantieform gehabt haben[10]). Der Umstand, daß die Verfassung des Hauses eine monarchische ist, schließt den Gedanken an corporative Gründung nicht aus; denn enthielt die Ehe auch eine Unterwerfung (in manum), so war doch diese selbst eine freie (conventio).

Von dem Rechte, nach welchem die Hausgenossen unter einander leben, verschieden ist das Recht, welches dem Hause nach außen zusteht, und darnach erscheint es in seiner Totalität als eine Einheit, Individualität, Körperschaft, welche in dem Verbande der Verwandtschaft, Gemeinde und des Staates, in welchem sie sich befindet, nicht aufgeht (S. 134 fg.), sondern ihr „eigenes Recht"[11]) für sich hat. Für sich hat sie den eigenen Grund und Boden[12]);

9) l. cit.

10) „Si pater filium ter venum duit, a patre liber esto" — „uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto."

11) — aut jure proprio ipsorum aut communi universae cognationis — l. 195 §. 2 cit.

12) ager privatus im Gegensatze zum ager publicus — Niebuhr, röm. Gesch. Bd. 2 Anhang, 3. Aufl. S. 694 fgg. Rudorff, grom. Institt. S. 302 fgg. — Eigen im Gegensatz zur Almende, gemeinen Mark: G. L. v. Maurer, Einl. zur Gesch. der Mark ꝛc. Verfassung §. 9.

überhaupt das eigene Vermögen[13]), und die „eigenen" Erben[14]); für sich die Befriedung der Wohnstätte[15]), die eigene Hausordnung[16]), und vordem Strafgewalt sogar über gemeine Verbrechen der Eigenen[17]). Wie von diesem eigenen Rechte des Hauses der Name und Begriff der Privatrechte ausgeht, und wie sich aber das ursprünglich gemeinsame Vermögen des Hauses in Sondervermögen der Hausgenossen auflöst, ist dem Buche von den Rechten darzuthun vorbehalten.

§. 42.

Die Ehe.

J. de nuptiis, 1, 10. D. de ritu nuptiarum 23, 2 C. de nuptiis. 5, 4. D. de sponsalibus 23, 1 C. de sponsalibus et arris sponsalitiis et proxeneticis 5, 1.

Als Handlung (nuptiae, Verehelichung) gedacht, war die Ehe nicht blos im rechtlichen sondern üblicher Weise auch im natürlichen Sinne des Wortes „Einführung in das Haus des Mannes" [1]).

Allein rechtlich nothwendig finden wir letztere nur in Abwesenheit des heiratenden Mannes[2]); sonst genügte, von strenger Ehe abgesehen, jedweder andere thatsächliche Ausdruck des ehelichen Consenses[3]), ohne Zweifel auch ein blos wörtlicher[4]). Denn etwas anderes als wörtlicher Ausdruck des ehelichen Consenses waren auch die confarreatio und in manum conventio und ist auch die christliche professio apud ecclesiam nicht, wenngleich dort die

13) familia im sachlichen Sinne: l. 195 §. 1 cit.

14) sui = domestici heredes: Plin. Paneg. c. 37. l. 11 D. lib. et. posth. her. 28, 2.

15) l. 5 pr. — §. 5 D. inj. 47, 10.

16) „dominium in domo" s. oben Anm 7.

17) Rudorff, röm. RG. Bd. 2 §. 99. Klenze, das Familienr. der Cogn. u. Aff. S. 21 fgg.

1) l. 5 D. h. t. l. 15 D. dem. et cond. 35, 1 l. 66 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 l. 7 D. spons. 23, 1.

2) l. 5 — l. 7 pr. D. h. t.

3) consuetudo, consortium, usus: l. 24 D. l. 9 l. 22 C. h. t.; dotis constitutio: l. 13 C. h. t. „cetera indicia" argg. l. 22 cit. l. 11 C. de repud. 5, 17 l. 66 pr. D. don. i. v. e. u. 24, 1.

4) s. dagegen Puchta, C. d. Inst. Bd. 3 §. 289, hinwider Karlowa, die Formen der röm. Ehe u. Manus, S. 73 l. 66 pr. D. cit. — matrimonium contractum, quod consensu intelligitur — ferner l. 8 C. inc. nupt. 5, 5.

Solennität von Auspicien und Zeugen, Symbolen und Formeln, hier insonderheit die sacramentale Wirkung hinzutrat.

Freilich darf dieser Consens dann nicht wie das Verlöbniß (sponsalia) als ein Versprechen (Eheversprechen) gefaßt werden; denn ein solches würde die Ehe selbst oder ihre Eingehung nothwendig in das Futurum, und als das Erzeugniß irgend einer von dem gegenwärtigen Versprechen verschiedenen Thatsache oder Willenserklärung hinstellen; vielmehr ist er eine der Adoption vergleichbare dingliche, eine gegenseitige Aneignung und Hingabe (coemtio) bezweckende und vollführende Willenserklärung. Die sponsalia de praesenti des canonischen Rechts sind, insoferne von einem bloßen Versprechen gesprochen, und aber an sofortige Ehe gedacht wird[5]), eine contradictio in adjecto; nicht „sonderbarerweise“[6]), sondern von den Sponsalien als einem Versprechen ausgehend nothwendigerweise forderte Phillips auch für die sponsalia de praesenti zur Ehe noch irgend etwas weiteres (copulam) dazu; Gregor IX dagegen traf das Richtige, wenn er die sponsalia de praesenti in einen consensus und verba de praesenti umstellte, und diese besagen ließ: ego te in meam accipio, et ego te accipio in meum[7]). —

Dem Consense der Heiratenden selbst mußte regelmäßig, wenn sie noch in väterlicher Gewalt stunden, der des Hausvaters[8]), allenfalls der des Vaters[9]) vorausgehen[10]); bei Töchtern genügte Nichtwidersprechung[11]), aber nicht schon der Auftrag, ihnen einen Mann zu suchen[12]).

Das Erforderniß einer Beurkundung[13]), für die alte, strenge Ehe so wesentlich, als es für die freie unwesentlich ist, kommt im justinianischen Rechte nur vorübergehend, blos für die

5) c. 15. 7. 9. 25. X spons. matrim. 4, 1.

6) Schulte, Lehrbuch d. kath. Kirchenrechts § 127 Anm. 11.

7) c. 31 eod. vgl. dazu die Formulare im Joannis Urbach processus judicii (s. g. Panormitani ordo judiciarius) ex recogn. Th. Muther. Hal. 1873 p. 303.

8) Ausnahmen: dementia und furor des pf. pr. J. l. 25 C. l. 9 pr. D. h. t.; Kriegsgefangenschaft: l. 9 §. 1 eod. Verschollenheit: l. 10 eod.

9) l. 2 l. 3 eod.

10) l. 9 pr. cit. l. 35 eod.

11) l. 25 l. cit.

12) Präsentation und Acceptation: l. 34 pr. D. h. t.

13) vgl. die amicorum fides in l. 22 C. h. t. a. 428.

mittleren und niederen Stände, und nur für den Fall als keine Dotalinstrumente errichtet werden, vor, als Erforderniß der professio apud ecclesiam nämlich[14]); selbst im canonischen Rechte wird letztere lange nur insoweit verlangt, als matrimonium clandestinum verboten, jedoch nicht nichtig ist; erst das Tridentinum erhebt die Verlautbarung des ehelichen Consenses vor dem competenten Pfarrer oder seinem Stellvertreter, und 2 oder 3 Zeugen zur rechtlichen Nothwendigkeit[15]). Wenn hiebei aber von einer Mitwirkung des Priesters in der Form die Rede ist, daß er als Faktor der Ehe erscheint[16]), und darnach die Eheschließung auch „Trauung" genannt wird, so sind doch gerade diese Worte nach dem Tridentinum selbst nicht unveränderlich nothwendig[17]), und, was entscheidender ist, Benedictions-[18]) nicht Rechtsworte. Nach wie vor liegt der Abschluß der Ehe selbst in der Consenserklärung der Heiratenden und irgend welche Worte von Seite des Priesters sind überhaupt nicht wesentlich[19]).

Von der Eingehung der Ehe unterscheidet sich das Verlöbniß dadurch, daß es ein bloßes Versprechen ist[20]). Darum liegt in der Eingehung der Ehe kein Verlöbniß[21]). Trotz der fortwährenden Bezeichnung sponsalia ist es in noch anderem Sinne zum „bloßen" Versprechen geworden[22]). Weil in ihm die Ehe wesentlich ein Futurum bildet (Anm. 20), ist Geschlechtsreife zu seinem Abschlusse nicht nöthig[23]); weil sich dieses Futurum dagegen regelmäßig in Bälde zum Praesens verwandeln soll[24]), so wird im Uebrigen von der Person der zu Verlobenden dasselbe verlangt, was von der der Heiratenden[25]), und ist überhaupt wo

14) Nov. 74 c. 4 §. 1; abrogirt Nov. 117 c. 4.
15) Sess. 24 decretum de reform. matr. c. 1.
16) l. cit. — ubi Parochus, viro et muliere interrogatis e eorum consensu intellecto . . dicat: Ego vos in matrimonium conjungo, in nomine etc.
17) vel dicat — vel aliis utatur verbis, —
18) — in nomine Patris etc.
19) vgl. Schulte, a. a. O. §. 130 bes. Anm. 15.
20) — mentio et repromissio futurarum nuptiarum — l. 1 D. h. t. (23, 1), Anm 5—7.
21) l. 7 eod.
22) cf. l. 2 eod mit l. 4 pr § 1 l. ult. l. 7 pr. l 11 eod.
23) l 14 l. 9 eod.
24) arg. l. 17 eod. l. 2 C. h. t.
25) l. 6; l. 8; l. 10 — l. 13 D. l. 4 C. h t.; l. 15; l. 16 eod.

die Ehe auch das Verlöbniß ausgeschlossen[26]). Hinwiederum anticipirt das rechtsbeständige Verlöbniß die Wirkungen der Ehe durch Begründung einer Quasiaffinität (§. 39. Anm. 7), und in unserer Praxis unter Umständen auch einer Quasilegitimität der Brautkinder im Intestaterbrecht (s. unten Erbrecht). Einen directen Erfüllungszwang gibt es hier bis zuletzt nicht; aber die arra sponsalitia[27]) und das Edictum de his qui infamia notantur[28]) suchten ihn zu ersetzen.

§. 43.

Die Fähigkeit zur Eheschließung ist eine einseitige, nach jedem der Heiratenden für sich — und eine zweiseitige, nach beiden zusammen bemessene (connubium[1]). Die einseitige ist auf natürliche Eigenschaften[2]), überdies auf die rechtliche der Freiheit[3]) gegründet; Sclaven untereinander können kein Haus, sondern nur ein contubernium gründen[4]), die zweiseitige dagegen ist selbst eine Rechtsgemeinschaft mit der gewissen Person (connubium) und setzt, wenn nicht eigens verliehen[5]); eine weitere Rechtsgemeinschaft mit derselben voraus. Jure communi müssen, die da den engsten Bund mit einander schließen wollen, schon zuvor verbündet sein[6]); insonderheit so lange, als innerhalb des Imperium Romanum Römer und Nichtrömer unterschieden wurden, genügte, damit ein römisches Haus erstund, nicht daß der Mann ein Römer war;[7])

---

26) l. 5 C. h. t. — tunc enim quasi nullo facto . . arras praestitas . . reddi . . praecipimus. —

27) C. h. t.

28) l. 1 in fin. D. his qui inf. 3, 2 — bina sponsalia. —

1) Ulp. 5, 2.

2) Potenz: Ulp. 5, 2 pr. J. l. 4 l. 39 §. 1 D. h. t.; Verstand: l. 16 §. 1 D. h. t.

3) arg. l. 23 pr. l. 24 C. ad, leg. Jul. de adult. 9, 9. Bezüglich der Colonen s. l. 24 C. agric. 11, 47 Nov. 22 c. 17.

4) vgl. l. 35 D. aedil. ed. 21, 1 l. 59 pr. D. manum. 40, 4 l. 29 C. lib. causa 7, 16; l. 23 pr. l. 24 C. ad. leg. Jul. de adult. 9, 9; hinwider s. die serviles nuptiae bei Plaut. Casina prol. v. 73 und die serviles cognationes oben §. 37 Anm. 20.

5) Ulp. V. 4 cf Gaj. I. 57.

6) vor allers durch den Geschlechterverband (Patriciat: Liv. 4. 1—6); dann durch Civität: Ulp 5, 4; später durch Indigenat: c. unica C. Th. de nuptiis gentilium 3, 14 u. 365.

7) Ulp. 5, 4 Gaj. 56, 57, 67, 76.

und auch wenn das Haus ein peregrinisches[8]) sein sollte, mußte lange nicht blos der Mann Peregrine sein[9]). Aber wie das connubium einerseits eine weitere Genossenschaft voraussetzte, ward es anderseits durch zu große Nähe, der Verwandtschaft und Affinität nämlich, ausgeschlossen[10]). Jure singulari ward es noch aus verschiedenen anderen Gründen eingeschränkt oder entkräftet: aus ständischen durch die lex Julia et Papia Poppaea[11]) und deren spätere Erweiterungen; aus amtlichen und vormundschaftlichen durch kaiserliche Mandate und ein SC. unter M. Aurel[12]); aus criminellen[13]) und kirchlichen[14]) durch die christlichen Kaiser.

Ehen ohne connubium scheinen mit irgend einem rechtlichen Effecte, wenn auch nicht mit dem vollen der justae nuptiae (pr. J. h. t. l. 13, §. 1 cit.), zwischen Römern und Peregrinen usuell aufgekommen zu sein[15]). Allein bereits die lex Aelia Sentia muß justas nuptias ohne connubium (zwischen Latinen und Römerinnen) geschaffen haben[16]); ganz entschieden aber geschieht dies (zwischen Römerinnen und Peregrinen) durch ein SC. Hadr. (Anm. 9). Zwischen allen nun, die ohne connubium, d. i. ohne die alte genossenschaftliche (publicistische) Ehefähigkeit eine vollgiltige Ehe (justas nuptias) schließen konnten, hatte sich eben da-

8) vgl. die secundum leges moresque peregrinorum eingegangene Verbindung in Gaj. I. 92.

9) Gaj. I. 77 hoc tempore e SC° quod divo H. factum est, etsi non fuerit connubium inter civem Romanam et peregrinum, qui nascitur, justus patris filius est — u. die vorhergehende Lachmann'sche Ergänzung: Itemque si civis Romana peregrino nupserit — . . interveniente connubio justus patris filius est.

10) §. 7 — §. 12 J. l. 12 pr. — l. 14 §. 1 §. 4; l. 15 l. 55 pr. §. 1 D. h. t. cf. Gaj. I. 58—64 Collatio tit. 6 c. 4; oben S. 145.

11) l. 44 l. 42 §. 1 l. 23 D. l. 28 C. h. t. Ulp. XIII. 1; Ulp. XIII. 2 Nov. 117 c. 6. Rudorff, röm. R. G. Bd. I. §. 27.

12) l. 1 C. natural. lib. 5, 27 l. 7 C. inc. nupt. 5, 5 Nov. 117 c. 6 cit. Zusammenhang zwischen beiden: l. 63 D. h. t. — quae species pupillae comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit —; im übrigen s. l. 65 §. 1 eod. l. 3 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 cf. l. 38 l. 57 D. h. t. l. 1 C. si rector prov. 5, 2; l. 59 l. 60 D. h t.

13) c. 1 — 3 C. Th. raptu virg. 9, 24 l. un. C. eod 9, 13 Nov. 143. 150.; — Nov. 134, c. 12 (Ehebrecher und Ehebrecherin).

14) l. 6 C. Judaeis 1, 9.

15) Collatio 4, 5: Civis Romanus qui sine connubio civem (vel) peregrinam in matrimonio habuit — vgl. Gaj. 1, 67, 80, 92, l. 13 §. 1 D. ad leg. Jul. de adult. 38, 5.

16) Gaj. I. 80 — videtur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Junium connubium inter eos dari. —

mit eine neue, moderne, von der Zunftschranke möchte man sagen losgerungene, Ehefähigkeit geltend gemacht; sich selbst verläugnend oder vergessend läßt das alte Wort connubium sich alsbald auch für diese moderne Ehefähigkeit verwenden[17]). Im Corpus Juris kommt connubium nur mehr in diesem modernen Sinne[18]) oder geradezu für Ehe[19]) vor. Aber auf dem alten Grunde der zweiseitigen Ehefähigkeit beruht es noch, daß bis zuletzt zwischen Sclaven und Freien schlechthin keine Ehe[20]), zwischen Sclavinnen und Freien nur Concubinat[21]) und daß in den Institutionen zwischen Römern und Nichtrömern, d. i. jetzt Ausländern (barbari) zwar nuptiae aber noch immer nicht justae nuptiae möglich sind[22]).

Wie aber einerseits Ehen ohne Connubium möglich wurden, so scheinen ihrer anderseits etwelche ohne Aufhebung des Connubiums verboten worden zu sein[23]). Ja richtiger dürften alle die Eheverbote zwischen Personen, die bisher Connubium gehabt, wenn sie nicht von altersher und gewohnheitsrechtlich bestunden, wie zwischen den nächsten Anverwandten, nicht Ausschluß des Connubiums, sondern nur Verbot der Ehe trotz fortwährenden Connubiums gewesen sein. Denn das connubium war wie commercium und testamentifactio von grundrechtlicher Art, und konnte

17) Ulp. V. 3 Connubium est uxoris jure ducendae facultas (gleichviel ob der ducens connubium e. S. hat oder nicht hat). Serv. in Aeneid. I. 73 C. est jus legitimi patrimonii.

18) l. 45 §. 4 D. h. t. l. 11 pr. §. 2 D. div. 24, 3 l. 1 D. concub. 25, 7.

19) l. 28 C. h. t. l. 8 C. inc. nupt. 5, 5 — connubia . . . tunc temporis celebrata — l. 3 eod. Cum ancillis non potest esse connubium — wogegen noch Ulpian 5, 5 Cum servis nullum est connubium. vgl. Virgil. Aen. I. 73 — Deïopeam (tibi) connubio jungam stabili propriamque dicabo. —

20) l. 3 C. inc. nupt. 3, 5; nicht entgegen l. un. §. 9 C. lat. lib. toll. 7, 6 u. Auth. ibid. aus Nov. 22, c. 1; zweideutig Burchardi, Syst. u. innere G. d. r. P. R. §. 118 Anm. 22. 2. Aufl.

21) l. 8 D. pign. 20, 1 l. 38 pr. D. reb. auct. jud. 42, 5 l. 34 C. lib. caus. 7, 16.

22) pr. J. h. t. Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt etc.

23) s. z. B. der Wortlaut der lex Julia et P. P. l. 44 u. l. 23 D. h. t. Ulp. XIII, 1 — prohibentur ducere — u. besonders ibid. XVI, 1. (Vir et uxor) aliquando nihil inter se capiunt, i. e. si contraxerint matrimonium. —

oder wollte durch kein Specialgesetz aufgehoben werden[24]); ward dann die Ehe gleichwohl verboten, so gab es im Eherecht Ehehindernisse neben connubium, wie im Erbrechte Incapacität neben testamentifactio. Damit haben wir die Möglichkeit, daß es Ehen gab, die verboten, und aber gleichwol nicht nichtig waren: etwa Bürgerrecht und patriam potestatem schufen, weil sie auf connubium fußten, dagegen weder die Prämien der erlaubten Ehe nach sich zogen, noch von den Strafen der verbotenen befreiten[25]); allein nothwendig war diese theilweise Rechtsbeständigkeit nicht; das Verbot konnte perfect sein, und dann war die verbotswidrige Ehe nichtig. Die Sanctionen der lex Julia et P. P. scheinen in dieser Hinsicht verschieden gewesen oder verschieden interpretirt worden zu sein[26]); die späteren Ausnahmsgesetze wirken sämmtlich wie perfecte Gebote (Anm. 11—14), womit dann dem Effecte nach freilich das connubium selbst aufgehoben war[27]).

Wie die zweiseitige Ehefähigkeit oder das Connubium, so ward auch die einseitige für besondere Fälle bald ausgeschlossen, bald behindert; ausgeschlossen durch die gewohnheitsrechtliche Unmöglichkeit der Bigamie, oder, was eins ist, durch den althergebrachten Begriff der Ehe als ungetheilter Lebensgemeinschaft[28]); behindert durch gewisse mönchische und geistliche Profession[29]), insofern hier durch Verehelichung das Priester- und Mönchsthum,

24) vgl. die Ohnmacht der lex Julia et P. P. gegen die Scheidungsfreiheit: l. 11 D. div. 24, 2.

25) vgl. oben Anm. 11, 23.

26) vgl. l. 3 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 — ne sit omnino matrimonium l. 42 §. 1 D. h. t. — nuptiae non erunt — mit l. 48 §. 1 eod. contra legem maritus — non habere . . legis beneficium — Ulp XVI, 1 (Anm. 23); besonders wichtig ist Sinn und Lesart in Collat. XVI. §. 1 Sui heredes sunt hi . . . nec interest adoptivi sint, an naturales, sed (et) secundum legem Juliam (Papiamque) quaesiti — unbegründet die Herbeiziehung von §. 12 J. h. t. bei J. Gothofr. fontes quatuor u. Heinecc. ad. leg. Jul. et P. P. lib. 1 c. 6.

27) vgl. l. 1 C. interd. matr. 5, 6.

28) §. 6 §. 7 J. nupt. 1, 10 l. 2 C. inc. nupt. 5, 2 l. 7 C. Judaeis 1, 4; Cic. de orat. I. 40 — quae si judicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum deduceretur —; l. 1 in fin. l. 13 D. his qui not. inf. 3, 2 l. 18 C. ad. leg. Jul. de adult 9, 9.

29) früher der Vestalinnen; dann l. 5 l. 45 C. de episc. e. cler. 1, 3 Nov. 5 c. 8 Nov. 22 c. 42 cf. Nov. 6 c. 1 §. 3 Nov. 123 c. 14.

nicht umgekehrt durch dieses die Ehe verwirkt ward; durch die Sitte des Trauerjahres[30]) und die gegen ihre Verletzung gesetzten Strafen wider Dritte[31]) und die Wittwe selbst[32]); durch die poenae secundarum nuptiarum[33]); durch Bestrafung dessen, der die wegen Ehebruchs Verurtheilte heiratet[34]).

§. 44.

Der Ausdruck „Ehehinderniß" ist schon im röm. Rechte begründet[1]), absorbirt aber im canonischen Rechte nicht nur die ganze Lehre von der positiven Ehefähigkeit, sondern die von den Erfordernissen der Ehe überhaupt[2]). Auch der Unterschied von Ehehindernissen, welche eine Ehe schlechthin nicht aufkommen lassen, und solchen, welche ihr nur hinderlich sind (impedientia tantum), kommt nicht nur sachlich (§. 43. Anm. 25, 26), sondern auch sprachlich bereits dort vor[3]); allein im canonischen Rechte werden der Unterschiede mehrere und andere[4]). Der Hauptunterschied, nämlich der von Hindernissen, welche die Ehe schlechthin ausschließen, und

30) l. 1 l. 11 §. 1 D. his qui not. inf. 3, 2 — quem more majorum lugeri oportet.

31) l. 1 l. 11 §. 3 eod.

32) l. 1 C. sec. nupt. 5, 9 l. 4 C. ad SC. Tert. 6, 56 Nov. 22 c. 22.

33) C. h. t. 5, 9 Nov. 22 c. 22—25.

34) l. 29 §. 1 D. ad. leg. Jul. de adult. (48, 5) l. 1 §. 2 D. concub. 25, 7.

1) l. 3 §. 1 D. don i. v. e. u. 24, 1.

2) z. B. in dem die impedimenta dirimentia zusammenfassenden Verse:

Error conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si parochi et duplicis desit praesentia testis,
Raptave sit mulier nec parti reddita tutae,
Haec facienda vetant connubia facta relaxunt.

Von den impedientia bedeute das des mangelden Aufgebots, das imp. temporis clausi, des mangelnden elterlichen Consenses.

3) l. cit. — Si aliquod impedimentum intervenerit, ne sit omnino matrimonium — cf. Petri exceptiones lib. I. c. 29 Nuptiae aliae prohibitae sunt omnino, aliae sunt ad tempus prohibitae — . . . Sunt iterum aliae nuptiae, quae nec omnino prohibitae sunt, nec ad tempus, sed prohibitae quidem, tamen cum poena concessae.

4) impedimenta juris divini s. naturalis und juris positivi (ecclesiastici, humani; — absoluta u. relativa entsprechend der einseitigen u. zweiseitigen Ehefähigkeit); — juris privati u. publici; — publica u. occulta. (Schulte, Lehrbuch d. k. Kirchenr.'s, 1863. — Walter, Lehrbuch d. Kirchenr.'s §. 313.)

deren, die sie nur hindern, erfährt aber einige Veränderungen in seiner Bedeutung.

Erstere heißen nun impedimenta dirimentia, als ob, wenn ihrer ungeachtet es gleichwohl zum Abschluß der Ehe käme, nun nicht nichts, sondern ein erst zu vernichtendes, keine Nichtehe, sondern eine erst zu trennende Ehe, kurz eine Art blos relativer Nullität vorliege — eine Vorstellung, mit welcher denn auch die Nothwendigkeit der Nichtigkeitsklage und der gerichtlichen Nichtigkeitserklärung, der Unterschied von impedimentum publicum und privatum[5]), sowie die Thatsache zusammenhängt, daß der Gedanke einer relativen Nullität (statt Anfechtbarkeit) auf diesem Gebiete wenigstens bezüglich des impedimentum privatum noch nicht überwunden ist. Die blos hinderlichen Hindernisse aber nennt man „aufschiebende" nicht in dem Sinne, daß sie später wegfallen können, wie die dilatorischen Exceptionen, oder wie die „zeitlichen" Hindernisse bei Petrus Except. (Anm. 3), die ja ebensowohl dirimentia als impedientia sein können; sondern deswegen, weil die Ehe ihrethalben niemals nichtig erklärt, sondern nur aufgehalten werden kann. Diese Aufhaltung liegt nun aber nicht mehr blos in Verboten[6]) oder in Strafen und sonstigen Nachtheilen wie nach römischem Rechte, sondern in der Kirchenbehörde, welche die zur Eheschließung jetzt erforderliche Mitwirkung ebensosehr bei diesen wie bei den trennenden Ehehindernissen versagen und den Abschluß der Ehe, so lange ein Hinderniß obwaltet, überdies interdiciren soll[7]). Auch in Betreff der einzelnen Fälle sind bedeutende Veränderungen eingetreten: z. B. verbotene Grade, Antiquirungen[8]), Erweiterungen[9]), Vermehrungen[10]) u. s. f.

5) Walter a. a. O. §. 316.

6) vgl. Conc. Trid. sess. 24, decret. de reform. matrim. cap. 1 — cum sancta Synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inobedientiam jam non prodesse. —

7) vgl. c 3. X de clandestina desponsatione 4, 3 c. 3 X de matrimonio contracto contra interdictum ecclesiae 4, 16. Conc. Trid. sess. 24, decr. de reform. matrim. cap. 1.

8) z. B. Conc. Trid. sess. 24 decr. de ref. matrimonii cap. 1 . . eos sancta synodus anath. damnat . . qui . falso affirmant, matrimonia a filiisf. sine consensu parentum contracta, irrita esse . . ; nihilominus . prohibuit.

9) Conc. Trid. sess. 24 doctr. de sacr. matr. cap. 1 can. 3 cap. 2, 3; disparitas cultus. —

10) z. B. mixta religio, tempus clausum, votum simplex. —

§. 45.

Die Auflösung der Ehe erfolgt nach römischem Rechte, wo nicht durch Tod, und was dem Tode gleichgestellt wird[1]), so bis zuletzt durch den freien, gleichviel ob einseitigen oder beiderseitigen Willen der Gatten[2]). Der Grundsatz, daß die Ehe frei sein solle, eben so frei in der Lösung, als in der Schließung[3]), bestund von altersher und war juris publici[4]); aber die Willkürlichkeit der Verstoßung (repudium), wie der Verlassung (divortium) wird, wie deren Verschuldung durch den anderen Theil[5]), immer härter gestraft[6]), und die vordem erlaubte auf gegenseitigem Einverständniß (bona gratia) beruhende Trennung zu guter Letzt auch noch verboten[7]). Nach canonischem Rechte dagegen hat der bloße Wille der Parteien gegen die Ehe keine Macht mehr[8]); matrimonium consummatum ist nur durch den Tod, matrimonium ratum, sed non cosummatum auch durch päbstliche Dispensation und Profeßleistung löslich; nicht einmal separationem a thoro et mensa vermag der bloße Wille der Gatten rechtsbündig zu bewirken[9]).

§. 46.

Adoption.

Rechtsgeschäftliche[1]) Begründung väterlicher Gewalt im Gegensatze zu der durch Zeugung (natura) ist die Adoption nach der

1) Servitus . . veluti morte secuta separat Nov. 22 c. 9 l. 209 D. r. j. aber eum qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri (non) permittimus -- ibid Nov. cit. c. 8; und bei Kriegsgefangenschaft donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus etc. c. 7 eod cf. l. 6 D. div. 24, 2.

2) l. 2 C. inut. stip. 8, 39 l. 14 C. l. 22 vgl. l. 21 D. h. t. (r. n.) Näheres in d. L. vom Zwang.

3) l. 14 C. cit. l. 22 D.

4) l. 2 C. cit. — ideoque pacta „ne liceret divertere", non valere. —

5) l. 11 §. 2 C. repud. 5, 17 Nov 117 c. 8 de justis divortiorum causis marito (c. 9 — mulieri) permissis — cf. Ulp. VI. 9, 12, 13.

6) ll. citt. c. 1 C. Th. repud. 3, 16 Nov. 117 c. 13. Näheres im Familienrecht.

7) Nov. 117 c. 10 cf l. 9 C. repud. 5, 17 l. 6 in f. D. div. 24, 2.

8) c. 4 X consang. et aff. 4, 14 — quod Deus conjunxit, homo non separet — c. 7 X div. 4, 19 — quia sacramentum fidei, quod semel est admissum, nunquam amittitur — vgl. Trid. sess. 24 de sacram. matr. can. 5.

9) vgl. Schulte, a. a. O. §§. 155—158.

1) l. 195 §. 1 D. v. s, 50, 16 „— jure subjectae".

Ehe ein zweiter Weg, auf welchem man von außen in die Genossenschaft des Hauses eintritt. Dieser Eintritt ist

I. als Geschäft betrachtet, 1) trotz aller Lockerung der Verfassungs-Bande zwischen Staat und Haus fort und fort nur unter staatlicher Mitwirkung möglich; nur daß bei der Adoption von Eigenberechtigten (sui juris homines — Arrogation) später der Princeps des Magistrates und Volkes Stelle zugleich vertritt, hiernach heute landesherrliche „Genehmigung“ [2]) nothwendig ist, während bei der Adoption, welche auf Grund der in adoptionem datio durch den Vater des Kindes erfolgt, nach wie vor magistratische Jurisdiction [3]), zuletzt und heute „der competente Richter“ [4]) genügt. Letzterenfalls besteht die obrigkeitliche Mitwirkung richtiger nur in Beurkundung der erforderlichen Willenserklärungen [5]), während sie dort überall wirkliche Genehmigung ist, allenfalls verweigert werden kann, überall causae cognitionem [6]), und bei der Arrogation von Unmündigen überdies Wahrnehmung der Erbsinteressen durch eine gewisse Cautionsauflage [7]) voraussetzt, wenn gleich der zu stipulirende und zu verbürgende Anspruch nachmals auch ohne diese Stipulation klagbar wird [8]), die landesherrliche Genehmigung also wegen Unterlassung dieser Caution nicht nichtig sein kann.

2) An sich ist das Geschäft Arrogation, eine bloße Willenseinigung, wobei is qui adoptatur, Subject, Partei [9]), wenn

---

2) vgl. principis „auctoritas“ l. 2 pr. D. h. t. freilich auch „indulgentia“ principalis l. 2 C. h. t.

3) ll. citt.

4) l. ult. C. h. t. Sintenis, pract. gem. Civilr. § 132 Anm. 21.

5) l. ult. C. cit. — hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare — vgl. Kreittmayer, Anm. über den Cod. Max. Bav. civ. I. §. 10. Seuffert, pract. Pdr. §. 474, 6. Bangerow, Pand. §. 251. Arndts, P. §. 424 Anm. 1 u. bes. Sintenis, a. a. O. § 139 Anm. 24. Dagegen Puchta, P. §. 442 Nro. 7 §. 443 not. v.: scheinbar auch l. 29 l. 30 D. h. t.; aber wegen des (unpersönlichen) confirmari vgl. z. B. Gaj. II, 218.

6) l. 15 §. 2 — l. 17 pr. D. h. t.

7) §. 3 J. h. t. „ut caveat arrogator personae publicae, h. e. tabulario“. „Si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum, se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent —“ l 15 — l. 20 D. eod.

8) l. 19 §. 1 cit. — quae satisdatio si omittatur utilis actio in arrogatorem datur.

9) cf. Gaj. I. 99.

adoptio e. S. im Grunde eine (auf dem Ueberreste des väterlichen Manipationsrechtes beruhende) (in adoptionem) datio des bisherigen Vaters, wobei das Kind Object ist — ein Object freilich, das möglicherweise bereits versteht, was mit ihm vorgeht, und „nicht widersprechen" darf, wenn das Geschäft Erfolg haben soll[10]).

II. Voraussetzungen, in deren Ermangelung die A.

1) nichtig oder doch keine eigentliche A. ist, und die sich nicht schon aus dem Begriffe der A.[11]) und ihrer Arten ergeben, und auch nicht schon aus der allgemeinen Natur des Geschäftes[12]), entspringen im älteren Rechte lediglich aus dem Gedanken, daß die A. die Natur nachahmen[13]), also durch Niemand erfolgen soll, der nicht auch von Natur aus paterfamilias des Adoptivkindes sein könnte[14]); seit der Möglichkeit, uneheliche Kinder anstatt durch Adoption durch nachträgliche Ehe zu legitimiren, nun auch aus dem Wunsche, diese letztere Art der Legitimation vor jener zu befördern, so daß das Adoptivkind nicht mehr uneheliches Kind des Adoptivvaters sein darf[15]), nach Justinians l. 10 C. cf. §. 2 J. h. t. endlich aus der Absicht, das Kind gegen die Unterdrückung seines bisherigen Notherbrechtes durch in adoptionem datio zu schützen, so daß für den Fall, als dieses suus heres ist, es mit der alten Wirkung nur von einem seiner Ascendenten adoptirt werden kann. Aus dem Mangel dieser Voraussetzungen kann man „impedimenta dirimentia" (S. 158) der Adoption machen.

2) Voraussetzungen, deren Defect man als „impedimentum impediens tantum" bezeichnen kann, kommen nach obiger Ansicht über die obrigkeitliche Mitwirkung[16]) nur bei der Arrogation vor, insoferne wir nur hier Versagung der Mitwirkung in Anbetracht

10) l. ult. C. l. 42 l. 5 D. h. t.

11) z. B. §. 10 J. h. t. Feminae quoque adoptare non possunt etc.

12) z. B. l. 5 C. auct. praest. (5, 59) cf. l. 8 D. h. t.

13) §. 14 J. l. 16 D. h. t.

14) als heiratsfähig (u. vermittelst der praesumtio: pater est quem nuptiae dem. der spado?): §. 9 J. h. t. cf. l. 39 §. 1 D. j. d. 23, 3 l. 6 pr. §. 1 D. lib. et posth. 28, 2; dem Alter nach: §. 4 J. h. t. plena pubertate praecedere debet — l. 15 §. ult. D. h. t.; der Einmaligkeit nach: l. 37 §. 1 D. h. t.

15) l. 7. C. nat. lib. 5, 27 Justinus a. 519.

16) s. oben Anm. 5 u. 6.

dieser Defecte, und so denn auch nur hier Giltigkeit der Adoption [17]) trotz Daseins dieser Defecte für den Fall annehmen können, daß die Genehmigung aus was immer für Gründen gleichwohl ertheilt wird. Diese Voraussetzungen oder Hindernisse sind denn aber auch großentheils keine Thatsachen und Umstände, die schon an sich fertig da stehen, wie die sub 1, sondern erst der Feststellung, also selbst innerlich der causae cognitio und Verbescheidung bedürfen, wie das Dasein des Adoptionsbedürfnisses [18]) und (bei der arr. impuberum) des nöthigen Affections-, Moralitäts-Vermögensverhältnisses [19]).

3) Eine Voraussetzung, die soweit erläßlich ist, als die A. auch ohne sie zu Recht besteht, aber unerläßlich, insoweit der Adoptirte als Enkel, Urenkel aus einem gewissen Sohne, Enkel gelten soll, ist der Consens eben dieses Sohnes, Enkels [20]).

III. Die Wirkung der A. ist allgemein Eintritt des Adoptirten, bei der Arrogation von selbst auch seiner Hauskinder [21]), und überhaupt von allem was er sein nennt [22]), in die väterliche Gewalt, das Haus des Adoptivvaters, mit allen den Folgen, welche consequenterweise das Erbrecht und das Familiengüterrecht auch heute noch daran knüpft und knüpfen muß [23]), für den Fall der impuberis arrogatio aber besonders festgestellt sind [24]), heute denn auch bei der Adoptio e. S. nicht blos Eintritt der Person, sondern auch des Vermögens [25]); und bei dieser letzteren Adoption auch Austritt aus der bisherigen v. Gewalt [26]), und zwar mit Vertilgung aller ihrer Spuren, wenn sie selbst nur durch Adoption begründet war [27]).

Nur uneigentlicher Weise heißen demnach Adoptionen 1) diejeni-

17) arg. l. 3 §. 6 D. minor. 4, 4.
18) l. 15 §. 2 §. 3 D. h. t.
19) l. 17 pr. — §. 4 D. §. 3 J. h. t.
20) §. 7 J. h. t. l. 6 l. 10 l. 15 §. 1 vgl. mit l. 11 l. 43 l. 44 D. h. t.
21) §. 11 J. h. t.
22) l. 15 pr. D. h. t.
23) vgl. Seuffert, a. a. O. §. 475, 1.
24) §. 3 J. h. t.: s. oben Anm. 7; quarta D. Pii; actio quasi Fabiana u. Calvisiana — Seuffert, §. 475 Anm. 4.
25) Bangerow, a. a. O. §. 236 Anm. 3, woselbst die Dissentienten.
26) §. 8 J. quib. mod. jus p. p. solv. 1, 12 cf. Gaj. I. 134.
27) l. 13 l. 14 D. h. t.

gen, welche privilegienweise, in solatium liberorum amissorum, durch Frauen stattfinden[28]), wiewohl das Adoptivkind auch hier dem leiblichen und legitimen vollkommen gleichgestellt ist[29]); — 2) diejenigen, welche zwar durch einen Hausvater, allein obwohl an einem suus heres nicht durch dessen Ascendenten erfolgen[30]), die bisherige Gewalt nicht lösen[31]), keine neue schaffen und gegenüber dem neuen Vater nur Intestaterbrecht geben[32]); — 3) überhaupt nicht mehr Adoption aber heißen in den Quellen wenigstens jene ohne obrigkeitliche Mitwirkung ins Leben tretenden Pflegschaftsverhältnisse, bei denen wir zwar von „Pflegeeltern" und „Annehmen an Kindesstatt" zu reden pflegen, in Wirklichkeit aber kein Familien-, sondern nur entweder Contractsrecht[33]) oder die Wirkungen fortgesetzter, widerruflicher Liberalität[34]) vor uns haben.

§. 47.

Legitimation.

C. de naturalibus liberis, et matribus eorum, et ex quibus causis justi efficiantur. 5, 27.

Eigene, nicht etwa vermittelst Adoption[1]) erfolgende, Echtungen unechter Kinder kannte schon das heidnische Recht; allein die Unechtheit, um deren Echtung es sich handelte, hatte völkerrechtlichen Grund, in mangelndem Connubium der übrigens verheirateten Eltern nämlich[2]). Daß umgekehrt Kinder, deren Eltern sich trotz Connubiums nicht geheiratet, d. i. dem Concubinat vor der Ehe den Vorzug gegeben hatten, legitimirt werden, kommt in der heidnischen und papischen Zeit nicht einmal privilegienweise[3]) vor; das kommt erst in der christlichen Zeit vor. Freilich erfolgt

28) §. 10 J. h. t. Gaj. I. 104.

29) l. 5 pr. C. h. t. — perinde atque ex te progenitum, et vicem naturalis et legitimi filii habere permittimus. —.

30) s. oben. S. 161 II, 1.

31) §. 8 J. cit.

32) trotz der Worte: l. 6 §. 4 in f. C. h. t. — sui heredis jus ad ejus tantummodo successionem — vgl. ab init. u. §. 2 J. h. t.

33) l. 132 D. V. O. 45, 1.

34) Seuffert §. 476.

1) vgl. Nov. 74 c. 3. Oben §. 46 Anm. 15.

2) vgl. die causae probationes bei Gaj. I. 65—80 III. 5.

3) vgl. z. B. l. 46 D. adopt. 1, 7 l. 57 §. 1 D. r. n. 23. 2 Liv. 38, 36.

diese Legitimirung der Concubinenkinder, von der antiquirten legitimatio per curiae dationem[4]) abgesehen, zunächst allerdings nur als Prämiirung der Ehe, also per subsequens matrimonium, anfänglich vorübergehend[5]), dann ständig[6]) und mit neuem, verfänglichem Grunde[7]). War aber einmal legitimatio per s. m. Rechtens, so lag es nahe, eine legitimatio per rescr. principis grundsätzlich für den Fall einzuführen, da die Ehe nicht, oder nicht mehr thunlich war[8]). Auch diejenige legitimatio, welche gleich der vorigen per rescr. pr. erfolgt, aber durch kein Gesuch an den Regenten wie diese, sondern durch Willenserklärung des außerehelichen Vaters in seinem Testamente[9]) veranlaßt, also wohl legitimatio ex testamento, nicht aber l. per testamentum zu nennen und von der oben (§. 37. Anm. 16) erwähnten Präsumtion (der sogen. angeblichen legitimatio nuncupativa[10]) wohl zu unterscheiden ist, — erweist sich bei näherem Betracht als ein Surrogat der l. per subsequens m. für den Fall, da diese nicht angeht.

Denn kommt bei der leg. ex testamento nichts darauf an, aus was für Umständen der Vater selbst nicht mehr zur leg. per rescr. p. gekommen ist[11]), so liegt in den betreffenden Worten der Novelle doch, daß er nur aus zufälligen Umständen nicht dazu gekommen sein dürfe, nicht aus rechtlichem Hindernisse, daß er also zur Einholung derselben berechtiget gewesen sein müsse. War er aber zur legitimatio per rescr. principis ex precibus nur für den Nothfall (wenn subs. m. unthunlich war) berechtigt, so war er es nur für diesen folgerecht auch ex testamento. Im Uebrigen besteht für die legitimatio ex test. das besondere Er-

4) l. 3 C. h. t. §. 13 J. nupt. 1, 10.

5) l. 5 C. h. t. (Constantin d. G. u. Zeno a. 476.)

6) l. 10 C. h. t. a. 529 §. 13 J. nupt. 1, 10. Naturrechtliche Anwandlung in Nov. 89 c. 9 pr.

7) l. 10 cit. l. 11 a. 530 eod. cf. Nov. 74 praef. pr. Nov. 89 c. 8 pr. in f.

8) Nov. 74 praef. §. 1 §. 2 — post mortem matris — per id quod illa peccavit — muliere celata — cf. Nov. 89 c. 9.

9) Nov. 89 c. 10. „Se velle ut liberi legitimi sint sibique succedant.“ —

10) vgl. Windscheid, §. 522 Anm. 7.

11) Nov. cit. — si pater propter fortuitas quasdam circumstantias preces imperatori non obtulerit — Controverse: Bangerow, § 256 Anm. 2.

forderniß, daß das zu legitimirende Kind in demselben Testamente auch eingesetzt sei[12]) — wie denn früher vornehmlich der Wunsch, das uneheliche Kind unbeschränkt einsetzen, und seit Nov. 89 c. 12 §. 3 der, es pflichterbberechtigten Ascendenten vorziehen zu können, das Verlangen nach Legitimation erzeugt haben muß[13]). Auch Einschränkung der L. auf Concubinenkinder ist hiernach undenkbar[14]); ob die Ehe durch Dispens oder ohne dies giltig ist, muß gleichgiltig sein[15]). Sind neben den unehelichen Kindern echte da, so ist legitimatio per rescriptum principis versagt[16]), also auch die ex testamento[17]). Wider Willen der Kinder soll keine von all diesen Legitimationen erfolgen können[18]).

Dieser letzteren Bestimmung scheint in Ansehung der leg. per subs. m. durch c. 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17[19]) derogirt. Allein gewöhnlich läßt man gegen den Willen des Kindes nur eine unvollkommene Legitimation zu, eine Unvollkommenheit, welche man durch Negation der väterlichen Gewalt zu begrenzen pflegt[20]). Verschieden von ihr ist also die der legitimatio minus plena, welche nach deutschem Recht auf einseitiges Ansuchen des Kindes (der Mutter, des Vormundes) stattfindet, blos „um den Flecken der Geburt aufzuheben, ohne Familienrechte zu begründen"[21]), aber heute, wo es einen solchen Flecken wenigstens auf dem Ge-

12) vgl. oben Anm. 9.

13) Nov. 89 c. 12 pr. Vgl. auch die Verbindung der Legitimation mit der Erbfolge in den Rubriken der Nov. 74 u. 89.

14) Sintenis §. 138 III, 1. Puchta, P. §. 440 Nro. 1. Arndts §. 421, 1.

15) Mit c. 6 cit. vgl. c. 3 c. 6. X. de eo qui duxit 4, 7. Vangerow a. a. O. Anm. 2.

16) Nov. 74 c. 2 §. 1 Nov. 89 c. 9 pr. §. 1.

17) Nov. 89 c. 10.

18) Nov. 89 c. 11. — Nam si solvere jus patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus multo magis etc.

19) Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur — Glück, Comm. Bd. 2 §. 142. Keller, P. §. 411 a. E.

20) z. B. Seuffert §. 479 — „so wird nicht väterliche Gewalt, nur sonstige Gleichstellung mit der ehelichen Geburt bewirkt" vgl. Puchta §. 440 g. h. Sintenis §. 138 a. E. Arndts §. 421 a. E.

21) Seuffert §. 479 a. E. vgl. Keller, P. §. 411 Alin. 3. Glück, a. a. O. S. 257 unten fg.

biete des weltlichen Rechtes[22]) nicht mehr gibt, gegenstandslos geworden ist[23]).

Auch Einschränkung der L. auf Concubinenkinder ist nach canonischem und heutigem Rechte nicht mehr denkbar[24]). Ob ferner die nachfolgende Ehe mit oder ohne Dispens zu Stande kommt, muß gleichgiltig sein, woferne sie nur zu Stande kommt; der Grund, weshalb eine Legitimirung incestuoser und adulterinischer Kinder durch nachfolgende Ehe im römischen Rechte, adulterinischer früher noch im canonischen Rechte unmöglich war[25]), ist sonach hinweggefallen[26]); die sogen. fictio retrotractiva war auch im römischen Rechte nicht begründet[27]).

§. 48.

Auflösung des Hauses, und Austritt aus demselben.

J. quibus modis jus patriae potestatis solvitur 1, 12 D. adoptionibus et emancipationibus 1, 7. C. de emancipationibus liberorum 8, 49.

Während die Auflösung des Hauses selbst und überhaupt nur aus der Person des Hausvaters[1]), noch im justinianischen Rechte außer durch Tod durch jedwede capitis deminutio desselben erfolgt[2]), und heute noch außer durch Tod auch durch Arrogation

22) in Betreff des geistlichen s. X 1, 17; in 6to 1, 11 de filiis presbyterorum et aliis illegitime natis (non ordinandis) — defectus natalium.

23) Roth, bayr. Civilr. §. 72 Anm. 18.

24) Seuffert §. 478, 1. Sintenis §. 138 III. Puchta, P. §. 440, 1. Arndts §. 421, 1.

25) l. 10 C. nat. lib. 5, 27 §. 13 J. nupt. 1, 10 — qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat — vgl. mit den oben §. 43 Anm. 13 citt. Stellen; — cap. 6 X. qui filii sint legit. 4, 17 vgl. mit cap. 3, 6. X. de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult. 4, 7.

26) Vangerow §. 255 Anm. 2. Sintenis §. 138 Anm. 46. Windscheid §. 522 Anm. 3. Seuffert §. 478 Anm. 2.

27) gegen das interdictum fuerat der cit. Instit. Stelle halte l. 10 C. cit. — cujus matrimonium non est legibus interdictum — Vangerow a. a. O. Anm. 1.

1) l. 195 §. 2 D. v. s. 50, 16 — recteque (paterfamilias) appellatur, quamvis filium non habeat. —

2) morte: pr. J. h. t.; — capitis deminutione: §. 1 §. 3 §. 5 eod. Nov. 12 c. 2; §. 3 J. cap. dem. 1, 16 cf. l. 2 §. 2 §. 4 l. 3 l. 11 D. cap. min. 3, 5.

des Hausvaters erfolgen kann[3]), ist ein Austritt aus demselben nur auf Seite des Hauskindes, oder in Anbetracht, daß auch die schwächere eheherrliche Gewalt zur Hausgewalt gehört (§. 41), auch seitens der Ehefrau möglich.

Auch der Austritt des Kindes erfolgte der Regel nach nur durch natürlichen Tod und capitis deminutio[4]), also gegen die Natur der Dinge, wenn nicht durch den Tod; namentlich mußte capitis deminutionem durchmachen, wer emancipirt werden sollte[5]), und auch dann noch erleiden, nachdem der Emancipationsact von der imaginaria venditio emancipirt und auf einfache Willenserklärung vor dem competenten Richter zurückgeführt war[6]). Doch mehren sich im späteren Recht die Fälle, in denen das Kind lebendig und ohne c. d. ausscheidet[7]), aus dem Hause tritt und in der Familie bleibt, — ein Vorkommen, das den Römern bis zuletzt Ausnahme, bei uns von Anfang Regel ohne Ausnahme ist (§. 49).

Was die römische Emancipation noch insonderheit anlangt, so hat das Kind ordentlicher Weise kein Recht auf sie[8]); anderseits aber auch der Vater keines gegen den Willen des Kindes[9]), außer gegen den des Adoptivkindes[10]). Nichtsdestoweniger ist Emancipation auch in Abwesenheit des Kindes möglich; der Grund, wes-

3) s. oben §. 46 Anm. 21, 22.

4) §. 1 §. 4 §. 5 §. 6 §. 8. J. h. t.

5) l. 3 §. 1 D. cap. min. 3, 5.

6) vgl. §. 3 J. u. l. 3 §. 1 D. cap. min. mit l. 6 C. h. t 8, 49 a. 531 §. 6 J. h. t. §. 8 J. legit. agn. succ. 3, 2 und der Auslassung der fiduciaria tutela des extraneus manumissor zwischen J. 1, 18 u. 1, 19.

7) l. zu Ehren des Kindes: Gaj. 1, 130 Nov. 81 c. 3 ut per episc. liberetur filius p. p.; §. 4 J. h. t. — Summa patriciatus dignitas —; 2. zur Strafe des Vaters: cf. l. 2 C. inf. exp. 8, 52 Nov. 153; cap. un. X, 5. 11 de infantibus et languidis expositis l. 6 C. spectac. et scen. et lenon. 11, 40 l. 12 C. episc. aud. 1, 4. 3. emancipatio Anastanana: l. 11 cf. l. 13 C. legit. her. 6, 58;

8) extra ordinem: der impubes arrogatus l. 31—l. 33 D. h. t.. — wegen Inofficiosität: l. 5 D. si a par. quis manum. sit. 37, 12; —; zur Erfüllung einer letztwillig gemachten Auflage: l. 92 D. cond. et dem. 35, 1 cf. l. 114 §. 8 D. leg. I.

9) l. 5 C. h. t. Nov. 89 c. 11 Paul. R. S. II. 25. 5.

10) arg. §. 3 J. adopt. 1, 11 cf. l. 10 pr. C. adopt. 8, 48 — cum tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem. — Vangerow §. 257 Anm. 2 Abs. 2, dagegen Buchholz jur. Abh. Nro. 17, Windscheid §. 525 Anm. 12.

halb dies erst in einer Anastasischen Constitution, und nur per rescriptum principis möglich wurde[11]), ist hinweggefallen[12]); allein das Gesetz selbst ist damit nicht hinweggefallen[13]). Selbstverständlich ward mit dem Erforderniß der Anwesenheit nicht auch das der Zustimmung des Kindes aufgegeben. Für die Emancipation vor dem Richter wird das Erforderniß der Anwesenheit des Kindes mit Recht festgehalten[14]) — soferne die römische Emancipation bei uns überhaupt noch vorkommen sollte (§ 49).

Ueber gewisse Wirkungen der Emancipation (praemium emancipationis, Patronatsrechte) und deren Revocirbarkeit s. die Familienrechte.

Die Familie heutigen Rechts.

§. 49.

In so weit die Familienkreise auf der Thatsache der Blutsgemeinschaft, des Mannesstammes, der ehelichen Zeugung und Ehe beruhen, mithin ausschließlich, oder überwiegend Naturproducte sind[1]), kehren die römischen Unterscheidungen des Hauses, der Agnatschaft, der Cognatschaft nebst Affinität auch bei uns wieder. Insoweit sich dagegen in die Entstehung, Bedeutung, Lösung dieser Verbände neben der Natur das Recht einmischt, Adoptionen und Emancipationen einführt, Haus und Agnatschaft derart verbunden hält, daß wer (adoptione, coemtione) in das Haus eintritt, zugleich in die Agnatschaft eintritt, und daß wer (emancipatione, in adoptionem datione, coëmtione) aus dem väterlichen Hause scheidet oder (arrogatione, coëmtione) sein eigenes Haus aufgibt, zugleich seine bisherige Agnatschaft aufgibt[2]) — insoferne weiter nicht nur die geborenen, sondern auch die (durch adoptio, coemtio) gemachten Agnaten sich zugleich Cognaten sind und schließlich nicht blos der status libertatis, sondern auch der status civitatis Vorstufen des Hauses und der Agnatschaft sind, und mit jenem

11) emancipatio Anastasiana: l. 5 C. h. t. a. 503.
12) durch l. 6 C. eod. — s. oben Anm. 6.
13) Cessante ratione legis non cessat lex ipsa — vgl. oben S. 121 unten.
14) Puchta, P. §. 445, 2. Glück, Comm. Bd. 2 §. 159, Anm. 58 cf. Theoph. ad J. h. t. §. 6 „*Τόνδε ποιῶ ἐμαγκιπατόν, καὶ τῆς ἐμαυτοῦ ἀφίημι χειρός.*“
1) pr. J. de jure naturali 1, 2.
2) §. 40. Anm. 16, 17.

auch diese untergehen: — insoweit ist uns die römische Familie zum Theil etwas fremdartiges, zum Theil Antiquität. Adoption und Emancipation sind oder gelten zwar nicht als Antiquitäten [3]), sind aber „nicht stark im Gebrauch“ [4]); vollends ist die römische Emancipation eine Seltenheit [5]); gegenüber der sog. deutschen oder sächsischen Emancipation, welche statt Ausnahme Regel, statt Kunst Natur (ursprünglich Mündigkeit, dann Gründung eigenen Hausstandes), zwar Endigung väterlicher Gewalt, aber (in Söhnen) Fortsetzung, nicht Abstreifung des väterlichen Hauses, Geschlechtes, also richtiger nicht „Emancipation“ [6]) ist — hat ein Ding, was in allen Stücken ihr Widerspiel ist, schon an sich kaum Platz. Insoweit aber als sie noch Platz hat, kann sie nurmehr Ausscheidung aus dem Hause, nicht zugleich Ausscheidung aus der Agnatschaft sein [7]); denn es ist nun des weiteren zu bemerken, daß jener corporationsartige Verband der Agnaten und ihrer Häuser wenigstens in unserm heutigen [8]) gemeinen, bürgerlichen Privatrechte nirgends existirt, es wäre denn dazu, daß man aus ihm ausgeschieden werden könne. Gleichwohl ist die Vorstellung, als ob die (röm.) Emancipation auch heute noch Ausscheidung auch aus der Agnatschaft sei, nicht überwunden [9]); wenigstens das Adoptivkind läßt man mit der (röm.) Emancipation auch aus der Agnatschaft austreten [10]) — freilich auf Grund der Voraussetzung, daß die Adoption noch immer Agnatschaft zu den Agnaten des Adoptiv-

3) Leyser, meditt. ad Pand. spec. XX, 2 u. spec. XXI, 3. Eichhorn, d. Staats- u. R. G. §. 351 §. 449, Pfalzgrafenvollmacht bei Stryk, usus mod. Pand. I. 7 §. 3.

4) Kreittmayer, Anm. über den Cod. Max. Civ. Bav. l. §. 10.

5) Windscheid, P. §. 525 Anm. 9. Roth, bayr. Civilr. §. 82 Anm. 2.

6) Roth, a. a O. S. 458 — die Casuistik der deutschen Emancipation übersichtlich bei Windscheid §. 525 Anm. 20.

7) vgl. Seuffert, §. 482 Anm. 1. Keller, §. 420 C 1. Windscheid §. 55 Anm. 8. (? „Verlust der Agnation ist nicht Wirkung der e. d. sondern das sie begründende.“)

8) Ueber ältere Zeiten vgl. Niebuhr, Vorträge über röm. Alterthümer, 1858, S. 29.

9) Arndts §. 427 „Regelmäßig . . hat die (römischr.) E., wie die vollwirksame datio in adoptionem, die Auflösung der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie — zur Folge“ vgl. §. 48 Anm. 7.

10) Puchta §. 445 Not. 0. Windscheid §. 524 Anm. 7. Roth bayr. Civilr. S. 425 Nro. 3 Anm. 19 cf. Anm. 15.

vaters zur Folge habe[11]) eine Folge, die jedoch selbst wieder jenen Verband zwischen Haus und Geschlecht voraussetzt, den wir sonst nirgends wahrnehmen, und auch der Adoption zu lieb nicht annehmen können, so wenig als der Emancipation halber[12]). Folgerecht müssen wir mit dem Eintritt in die Agnatschaft auch den in die Cognatschaft verwerfen[13]), allein um deswillen nicht auch die Bruder- und Schwesterschaft zu den übrigen Kindern des Hauses[14]); denn die Adoption ist Aufnahme nicht blos in die väterliche Gewalt, sondern auch in das väterliche Haus[15]), d. i. in die den Vater und alle ihm unterworfenen Personen umfassende Rechtsgemeinschaft, kraft deren das Adoptivkind Hauskind und Bruder, Schwester, Onkel, Tante ꝛc. aller Kinder dieses Hauses wird. Diese Hausverwandtschaft wird durch Emancipation allerdings aufgehoben.

Was die römische Emancipation noch insonderheit anlangt, so wird sie zwar wie bemerkt, in der Praxis noch festgehalten[16]); allein practischen Sinn und Grund kann sie neben der deutschen E. kaum mehr anders denn als Verstoßung[17]) oder Preisgebung des Kindes haben — zwei Dinge, von denen das erstere durch das Einspruchsrecht des Kindes leicht illusorisch, das andere vom Standpunkte des väterlichen Officiums aus verwerflich wird[18]). — Wollte man von einer particularis emancipatio im Hinblicke noch auf das römische Recht reden, so möchte man eine solche mehr

11) Puchta §. 441 not. c. Windscheid a. a. O. Anm. 6. Roth a. a. O. Anm. 15. Arndts a. a. O. §. 425 b.

12) vgl. Sintenis, §. 139 I. 2. b. Rudorff zu Puchta §. 441 c. „— daß freilich die röm. Rechtsansicht der heutigen, von germanischen Rechtsprincipien getragenen nicht entspricht, beweisen die neueren Gesetzgebungen, welche die Verwandtschaft auf den Adoptivvater, das Adoptivkind u. dessen Descendenten beschränken, z. B. preuß. Landr. II, 1 §. 13; 2 §. 708, 709 Cod. Nap. a. 348, 350.

13) vgl. oben §. 36 Anm. 3.

14) vgl. Sintenis a. a. O. „— und zu den von demselben abstammenden, noch in seiner Gewalt befindlichen Kindern und ferneren Descendenten in ein Seitenverwandtschaftsverhältniß tritt."

15) s. oben §. 46 III.

16) Seuffert, Archiv, Bd. 3 Nro. 268; oben Anm. 4 u. 5.

17) vgl. §. 3 J. adopt. 1, 11 — non alias emancipare eos arrogator potest, nisi, causa cognita digni emancipatione fuerint — l. 6 C. patria pot. 8, 47.

18) vgl. u. a. §. 48 Anm. 7 Nro. 2 u. §. 3 J. cit. Anm. 16.

als sonstwo in dem Soldatenrechte finden, nach welchem der filiusfamilias duplex jus sustinet, patris et filiifamilias[19]); gleichwohl erschien den Römern der Fahneneid als keine, auch als keine theilweise-Emancipation[20]). Um so weniger würden sie es Emancipation genannt haben, wenn einmal (particularrechtlich) das Kind zum Behufe von Geschäften mit dem Vater diesem als selbständig gegenübergestellt wird — was die Unsrigen emancipatio particularis zu nennen pflegen[21]).

19) l. 15 §. 3 D. castr. pec. 50, 17 l. 6 §. ult. D. injust. test. 28, 3 l. 2 D. ad SC. Maced. 14, 6.

20) l. 13 C. castr. pec. 12, 37 — arg. der vor l. 16 §. 2 C. usfr. 3, 23 durch Emancipation zerstörte castrensische ususfructus.

21) Keller, §. 420 Anm. 21.

Zweiter Abschnitt.

Die Personen im Einzelnen.

I. Begriff.

§. 50.

Dem gemeinen Wortgebrauche nach bedeutet persona nicht mehr und nicht weniger als einen Menschen[1]), in seltener und später Anwendung den mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Menschen im Gegensatze zum Sclaven[2]) und die (mit Rechtsfähigkeit ausgestattete) Persönlichkeit[3]). Von den unpersönlichen Dingen, die wir „juristische Personen" zu nennen pflegen, heißt es in der classischen Rechtssprache nur, daß sie die Stelle von Personen oder eines einzelnen Menschen einnehmen[4]); werden späterhin Märtyrer, Propheten und Engel geradezu Personen genannt[5]), so geschieht das glaubenshalber, nicht von Rechtswegen.

Ist die Person also wenigstens nach dem gemeinen römischen Wortverstande gleichbedeutend mit dem Menschen, so sind Embryonen[6]) so wenig als Todtgeborne[7]) Personen. Namentlich läßt sich daraus, daß Recht und Rechtsgeschäfte auf die Leibes-

---

1) z. B. in der divisio personarum: l. 3 D. statu hom. 1, 5.

2) Theophilus zu §. 2 J. her. inst. 2, 14 u. pr. J. stip. serv. 3, 17 — ὁ γὰρ οἰκέτης ἀπρόσωπος ὢν. —

3) Nov. Theod. XVII. 1 §. 2.

4) l. 22 D. fidej. 46, 1 — hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria, et societas. l. 25 D. ad municip. 50. 1 Magistratus municipales . . . unius hominis vicem sustinent.

5) l. 15 C. 55. eccl. 1, 2 si quis donaverit . . . personae Martyris, aut Prophetae, aut Angeli — vgl. die „reverendissimi Archangeli etc." in l. 26 eod.

6) l. 161 D. v. s. 50, 16 l. 9 §. 1. D. ad leg. Falc. 35, 2 — partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur — l. 1 §. 1 D. insp. ventre 25, 4 — mulieris portio est, vel viscerum. — Abweichende Ansichten der Philosophen s. G. Noodt, Julius Paulus, sive de partus expositione et nece apud veteres liber singularis, cap. 2 Opp. omn. Lugd. Bat. 1724 I. p. 569.

7) l. 129 D. v. s.

frucht und Nachgeborene noch vor deren Geburt Bedacht nehmen[8]), nicht folgern, daß diese oder jene noch vor ihrer Geburt „juristische Persönlichkeit" haben[9]); dem Ungeborenen sind Rechte vorbehalten, nicht gegeben, vorbehalten aber nicht als dem Ungeborenen, sondern als dem, der zur Welt kommt[10]). Dem Todtgeborenen gleich aber ist die Fehlgeburt (abortus)[11]), mag man ihr gegenüber von Leben reden können oder nicht. Insoferne man von einem Leben auch der Fehlgeburt redet oder reden kann, — aber auch nur insoferne, — ist die alte Unterscheidung zwischen Leben und Lebensfähigkeit[12]), und der Satz, daß zur Person nicht blos Leben, sondern auch Lebensfähigkeit gehöre[13]), begründet; denn damit ist dann nur gefordert, daß die lebendige Geburt eine vollständige[14]), keine Fehlgeburt sein müsse. Auf eine bestimmte Zeitgrenze aber (Anm. 12) kann man sich für die Fehlgeburt oder für die Lebensfähigkeit nicht einlassen. — Im Gegensatze zur vollständigen Geburt steht aber nicht blos diejenige, welche vor der Zeit (Fehlgeburt), sondern auch noch diejenige, welche, der Lostrennung nach, nicht mehr vollständig zu Stande gekommen ist, indem das beim Beginne der Geburt bereits reife und lebendige Kind noch vor deren Vollendung gestorben ist[15]). Vollständigkeit der Person dagegen im Sinne der vollen Gliedmäßigkeit gehört nicht mehr zur

8) D. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus 37, 9. D. de liberis et posthumis heredibus instituendis vel exheredandis 28, 2.

9) s. dagegen Rudorff zu Puchta P. §. 114 not. b.; hinwider Windscheid P. §. 52 Anm. 5.

10) l. 3 D. si pars hered. pet. 5, 4 Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent.

11) l. 2 C. postum. 6, 29. Uxoris abortu testamentum mariti non solvi. — A. Gellius N. A. III, 16 — cum abortio non „partus videretur" — u. jetzt Wächter, De partu vivo non vitali, besonders §. 11.

12) Paul. R. S. IV. 9 §. 1 — vivos et pleni temporis §. 5 — ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo mense pleno aut decimo mense partus maturus videatur. Savigny, Syst. Bd. 2. Beil. III.

13) Wächter a. a. O.

14) l. 3 C. postum. 6, 29 — si vivus perfecte natus est. —

15) l. 3 C. cit. si . . vivus ad orbem totus processit. — Sav. a. a. O. S. 8. Nro. 2 u. 3.

Vollständigkeit der Geburt[16]); schlüge die Ungliedmäßigkeit in Monstrosität um, so würde es zum Dasein der Persönlichkeit nicht an der vollständigen Geburt, sondern am Menschen fehlen[17]). Auch das „Beschreien der 4 Wände" gehört nicht zur Vollständigkeit der Geburt[18]).

Keine Begriffs- und Existenz-, sondern Beweis- und Präsumtionsfragen enthalten die Lehren von der Verschollenheit und der Priorität des Todes unter mehreren um dieselbe Zeit untergegangenen Personen.

II. Eigenschaften.

§. 51.

Eigenschaften der Person von der schließlichst rechtlichen Bedeutung sind ihre Rechte (Berechtigungen). Allein als Mittelpunkt des Systems (S. 78) kommen diese für sich, mit Abstraction von den Personen deren, und den Zwecken für die sie sind, in Betracht (Buch III). Noch vor den Rechten steht die Rechtsfähigkeit, als Potenz derselben, vor der Rechtsfähigkeit aber eine Reihe von Eigenschaften, von deren Dasein entweder die Rechtsfähigkeit selbst, oder nur deren Ausübung abhängt. Diese die Rechtsfähigkeit und deren Ausübung bedingenden Eigenschaften mit der Rechtsfähigkeit selbst sind es, welche noch in diesem Buche, und trotzdem sie zum Theil in genossenschaftlicher Stellung des Einzelnen in den oben Abschn. I. genannten Gesammtheiten ihren Grund haben, erst in diesem Abschnitte abgehandelt werden. Auch die sog. Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß kommen in und mit der Rechtsfähigkeit in Betracht; außer dieser dagegen steht der Unterschied des sui und alieni juris esse, welchen wir nach und neben der Rechtsfähigkeit in Erwägung ziehen.

---

16) l. 12 §. 1 D. lib. et posth. 28, 2. Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen —? et hoc tamen rumpit.

17) l. 3 C. cit. — ad nullum declinans monstrum vel prodigium cf. l. 14 D. statu hom. 1, 5 l. 135 D. v. s. l. 44 D. relig. 11, 7.

18) l. 3 C. cit. — si vivus natus esset, et si vocem non emisit, rumpi testamentum. —

1. Die Rechtsfähigkeit.

§. 52.

Begriff.

Rechtsfähigkeit (rechtliche Fassungskraft — caput, im Einzelnen honos, suffragium, connubium, commercium, testamentifactio[1]), ist keine bloße Fähigkeit zum Haben[2]), sondern etwas von Handlungsfähigkeit, und zwar diejenige Seite der Handlungsfähigkeit, welche man nicht von der Natur, sondern vom Rechte, und die man nicht blos für Andere (wie der Sclave), sondern für sich hat.

Eine vom Recht gewährte Fähigkeit ist nothwendig zu den Geschäften die des Rechtes sind (Rechtsgeschäften), zu denen des öffentlichen wie zu denen des Privatrechts, des Familien- und des Vermögensrechtes, zu denen des Erwerbs wie zu denen der Veräußerung[3]) und Belastung[4]), und gleichviel ob der Wille des Handelnden schon jetzt (inter vivos) oder erst nach seinem Tode (mortis causa) in Kraft treten soll. Diese Geschäfte sind sämmtlich von unsichtbarer, rechtlicher Wirkung, und um eben deswillen ohne rechtliche Macht des Handelnden, die in ihrer ersten Potenz Rechtsfähigkeit heißt, nicht möglich. Die Fähigkeit zu Delicten ist nicht durch das Recht, sondern durch die Natur da, und würde vom Rechte ausgeschlossen werden, wenn dieses die Natur auszuschließen vermöchte.

Die Rechtsgeschäfte sind aber allgemeiner Handlungen, mithin nicht blos des Rechtes, sondern auch der Natur, verlangen also neben der rechtlichen auch natürliche Fähigkeit, oder Handlungsfähigkeit (von der die Rechtsfähigkeit nur eine Seite ist) überhaupt. Dieses natürliche Erforderniß z. B. des Alters, der geistigen Gesundheit ist vom Rechte anerkannt und fixirt (§. 55), desselben Dasein und Erfüllung aber stets ein Geschenk der Natur, nicht

1) Savigny, Syst. Bd. 2 S. 26, S. 46, S. 198.
2) Savigny, a. a. O. S. 1, S. 446.
3) Ulp. 19, 5 Commercium est emendi vendendique invicem jus. — Dagegen Savigny aa. aa. OO.
4) arg. Gaj. III. 93 — haec quidem verborum obligatio „dari spondes? spondeo“ propria civium Romanorum est — und die „sponsus communio“ die cum peregrino non est, Gaj. III. 179.

des Rechtes und darum keine Rechtsfähigkeit. So sehen wir die Rechtsfähigkeit ihrer Ausübung nach von der Natur und natürlichen Handlungsfähigkeit abhängig, ihrem Begriff und ihrer Existenz nach von derselben unabhängig. Wahnsinn, Sprachlosigkeit, Taubheit schlossen testamentifactionem überhaupt und auch die sog. testamentifactio activa nicht aus, wiewohl die derart Bresthaften sämmtlich nicht testiren konnten[5]); sonst hätte das vor dem Wahnsinn ꝛc. errichtete Testament nach dessen Eintritt hinfällig werden müssen[6]). Kinder auch unter 7 Jahren haben commercium, wenn sie gleich in eigener Person von demselben keinen Gebrauch machen können; sonst hätten wohl auch Dritte nicht für sie erwerben können. Und auch mit dem connubium älteren Sinnes (S. 155 fg.) wird es sich so verhalten haben, daß man es auch in der Person derer als schon vorhanden dachte, die mangels natürlicher Fähigkeit zur Zeit nicht heiraten konnten.

Diese begriffliche Unabhängigkeit der Rechtsfähigkeit von der Handlungsfähigkeit hat vornehmlich zwei Folgen: 1) das einmal vollzogene aber noch pendente Geschäft wird dadurch, daß der Handelnde nachher die natürliche Fähigkeit verliert, nicht ungiltig[7]), während es ungiltig werden müßte, wenn die natürliche Fähigkeit mit zur Rechtsfähigkeit, z. B. zur testamentifactio gehörte[8]); 2) sie ermöglicht Stellvertretung; würde die natürliche Fähigkeit zum commercium mitgehören, so würde der furiosus, infans nicht nur in eigener Person kein Verkehrsgeschäft vornehmen können, sondern auch durch keinen Dritten ein solches für ihn möglich sein; dem ist aber schon nach römischem Rechte[9]) und noch mehr nach unserer erweiterten Stellvertretung nicht so.

Die Rechtsgeschäfte bezwecken zum Theil Veräußerungen, Verpfändungen und Belastungen, und damit reine Entäußerung oder Beschränkung von Rechten. Da muß denn zu der rechtlichen und natürlichen Fähigkeit des Handelnden noch eine besondere rechtliche Macht hinzukommen, die denselben zu dieser Preisgebung oder Be-

5) l. 16 pr. §. 1 l. 6 §. 1 D. qui test. 28, 1.
6) arg. l. 8 §. 1 §. 2 § 3 cf. l. 6 §. 1 D. eod.
7) l. 6 §. 1 l. 20 §. 4 D. qui test. 28, 1.
8) arg. l. 8 §. 1 — §. 4 D. eod. vgl. Savigny, Syst. Bd. 2 S. 482 d. a. E.
9) J. per quas pers. nobis acquiritur (2, 9).

schränkung des in Frage stehenden Rechtes ermächtigt: sei er nun selbst der Berechtigte oder durch den Berechtigten oder Namens desselben bevollmächtigt. Diese rechtliche Macht nennt man Dispositionsbefugniß; die Rechtsfähigkeit ist von ihr in derselben Weise abhängig und unabhängig wie von der natürlichen Handlungsfähigkeit.

Soll unsere Rechtsfähigkeit dem römischen caput entsprechen, so muß man vermöge derselben für sich selbst handeln können; für Andere ließ das Recht auch den Sclaven handeln[10]), der doch kein caput hatte[11]).

§. 53.

Voraussetzung.

Nicht blos das connubium (S. 153 fg.) sondern auch das commercium und die testamentifactio waren Gemeinschaftsbegriffe[1]), Fähigkeiten, kraft deren Jemand mit einem Anderen wirksam handeln konnte[2]), die jure communi[3]) nur der römische Bürger und mit ihm nur sein Mitbürger hatte, mithin auf Staatsgemeinschaft und also der „juris civilis communio“[4]) beruhten. Das commercium juris gentium bestund im Gegensatze zum commercium juris civilis zwar auch mit Peregrinen; allein diese sind nicht als Ungenossen, hostes, barbari, zu denken, mit denen grundsätzlich und bis zuletzt keinerlei Rechtsverband bestund[5]), sondern als Fremde, die als „Gäste“, „Freunde“, „Foederirte“, „Provincialen“, zuerst völkerrechtlich und dann fortschreitend staatsrechtlich mit Rom

10) J. per quas perss. cuique acquiritur 2, 9.

11) §. 4 J. cap. min. 1, 16 cf. l. 3 §. 1 D. cap. min. 3, 5.

1) vgl. oben S. 105 unten und fg.; §. 43.

2) Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita si concessum sit; cum servis nullum est connubium. — Ulp. V, 4 u. oben S. 153 fg.; — commercium est emendi vendundique invicem jus. — Ulp. XIX, 6, — a peregrino cum quo sponsus communio non est Gaj. III, 179; — qui testamentifactionem cum testatore habent — cum quo testamentifactio non est. — Ulp. XXII 1, 2 XX, 2 in fin.

3) arg. Ulp. V, 4 cit. — cum Latinis autem et peregrinis si concessum sit cf. XIX, 4.

4) l. 20 §. 7 qui test. 28, 1.

5) cf. l. 2 l. 4 l. 6 C. commerciis et mercat. 4, 63 l. 3 C. serv. fugit. 6, 1 l. 25 C. poen. 9, 47 l. 5 §. 2 D. capt. et postlim. 49, 15. J. Gothofredus zu c. 1 C. Th. de nuptiis gentilium 3, 14 und zu c. 3 eod. ad leg. Corn. de sic. 9, 14 Nro. VIII.

und den römischen Bürgern verbunden waren[6]). So war die Rechtsfähigkeit zwar Eigenschaft der einzelnen Person, allein in deren Stellung zu der römischen Personengesammtheit (status) begründet, begrifflich und rechtlich von dieser untrennbar. Was von der Rechtsfähigkeit des Privatrechtes hat von der des jus publicum (suffragium, honos), so lange von einer solchen überhaupt noch die Rede sein konnte, nur um so mehr gegolten.

Heute beruht nurmehr die publicistische Rechtsfähigkeit auf Staatsgenossenschaft[7]), die privatrechtliche dagegen, nach fortschreitendem internationalen d. i. völkerrechtlichen Uebereinkommen auf der Gemeinschaft, in welcher die Menschen als solche und von Natur aus unter und zu einander stehen (§. 23). Sclaverei kennen wir weder unter uns, noch gestehen wir sie Fremden zu[8]); dieser gilt unterschiedslos als privatrechtlich rechtsfähig (S. 103, 1).

§. 54.

Minderung und Beschränkung.

Das römische Recht kennt verschiedene Schmälerungen der Rechtsfähigkeit. Obenan steht hier

I. die capitis deminutio mit ihren Abstufungen (maxima, media s. magna, u. minima c. d.)[1]) als die mit dem Wegfall der publicistischen Grundlagen (status) der Rechtsfähigkeit folgerecht eintretende Verminderung und Aufhebung der Rechtsfähigkeit selbst. Erscheint unter den status, mit deren Wegfall c. d. eintritt nicht nur der status civitatis und libertatis (Peregrinität), sondern auch der status familiae, d. h. eine später blos privatrechtliche Standschaft, und führt die mit dem Wegfall dieses

---

6) Th. Mommsen, röm. Forschgn. Bd. 1 S. 319 fgg. „das röm. Gastrecht" und die Clientel; O. E. Kuhn, die städt. u. bürg. Verf. d. R. Reiches bis auf die Zeiten Justinians, 2. Thl. S. 14—41 „verbündete, freie, und unterthänige Gemeinden."

7) s. z. B. Pözl, Lehrb. d. bayr. Verfassungsrecht 4. Aufl. 1870. §. 24. Nro. 1 a. E.

8) s. dag. noch das preuß. Landr. II §§. 196—208; hinwider das (preuß.) Gesetz v. 9. März 1857. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuß. Privatr.'s Bd. I §. 19 Anm. *) 2. Aufl.; — allg. östr. bürg. Gsb. §. 16. Blume, Encykl. der in D. geltenden RR. 2. Abth. §. 25. 2. Aufl. 1855.

1) J. 1, 16 D. 4, 5 h. t. Savigny, Syst. Bd. 2 §§. 68, 69, 75 u. Beil. VI. Scheurl, Beitr. zur Bearb. d. r. R.'s Bd. 1 Nro. IX.

status erfolgende c. d. (minima) im Bereiche unserer Quellen keine Verringerung der Rechtsfähigkeit, sondern nur eine Zerstörung von Rechten[2]) mit sich, so begründet das weniger einen Widerspruch gegen die publicistische Grundlage des caput und der capitis deminutio, als die Vermuthung, daß sich im Laufe der Zeiten etwas verändert habe; denn sehr wohl kann ursprünglich der status familiae mit dem der Ingenuität alten Schlages, d. i. mit dem des Patriciates[3]) gleichbedeutend, und also etwas hervorragend publicistisches und die Grundlage der höchsten Rechtsfähigkeit gewesen sein, während zur Zeit unserer Quellen noch andere Leute als die „in den Geschlechtern" (ingenui) von Familie, allein dadurch nurmehr familien-, nicht staatsberechtigt waren. Unsere heutige Privatrechtsfähigkeit hat aber keine publicistische Begründung, und unterliegt also auch keiner c. d. mehr, namentlich auch keinem „bürgerlichen Tod".[4])

II. Eine zweite Classe von Schmälerungen besteht darin, daß die Rechtsfähigkeit selbst weder verringert, noch aufgehoben, wohl aber ihrer Bethätigung in engeren oder weiteren Kreisen entgegengetreten, und so wenigstens dem Erfolge nach mehr oder weniger aufgehoben wird. Das ist der Fall, wenn Magistrate oder Gesetze Grund finden, die Person, trotzdem daß die Grundlagen der Rechtsfähigkeit in ihr fortdauern, von Stimmgebung

---

2) Cic. top. c. 6 Gaj. III, 27, I, 158, 163. Nec solum majoribus diminutionibus jus agnationis corrumpitur sed et minima. cf. Ulp. XXVIII, 9 l. 8 D. r. j. 50, 17 l. 6 D. h. t.; § 4 J. quib. mod. tut. fin. 1, 22 l. 7 pr. D. h. t. 4, 5: — Sed legitimae ex XII tab. (tutelae) intervertuntur sicut et hereditates —, §. 3 J. legit. agn. tut. 1, 15 sed agnationis quidem jus omnibus modis c. deminutione plerumque perimitur — cf. l. 11 l. 13 §. 1 C. leg. her. 6, 58. Gaj. III, 83 —. quae per c. d. pereunt, quales sunt usus fructus, operarum obligatio (libertorum) quae per jusj. contracta est, et . . . legitimo judicio. Sed e diverso quod debet . . . hereditarium aes alienum . . pater adoptivus aut coemtionator . . directo tenetur jure . . ; de eo vero quod prius (suo nomine) eae personae debuerint . . quia scilicet per c. d. liberetur . . cf. IV, 38 §. 1 J. acq. per arrog. 3, 10 l. 1 pr. J. quib. mod. us. 7, 4 l. 16 pr. §. 2 C. usufr. et hab. 3, 33. Paul. R. S. III 6 §. 29. Fr. Vat. §. 61.

3) Patricios, Cincius ait in libro de comitiis, eos appellari solitos, qui nunc ingenui vocentur. Festus s. h. v.

4) Savigny, Syst. Bd. 2 §. 75. Blume a. a. O. §. 25. Förster a. a. O. Bd. 3 §. 224. Anm. 1.

und Aemtern, Verkehr, Testament oder testamentarischem Erwerb auszuschließen. Hierher gehört

1. die magistratische Interdicirung des Verschwenders[5]), indem sie diesen in Ansehung nicht nur seiner Dispositionsbefugniß (bonis), sondern auch seiner Erwerbsfähigkeit (commercio) in Acht und Bann legt[6]), seine Geschäfte ohne Unterschied, ob sie eine Vermögensentäußerung in sich begreifen[7]) oder nicht[8]), dem solennen oder formlosen Verkehr angehören[9]), zur Ohnmacht[10]) verurtheilt, und so seinen Willen im Wesentlichen dem des furiosus gleichstellt[11]). Nur lucrativen Erwerb, bei dem sein Wille weniger in Betracht kommt, als der des Schenkers, kann er machen, hierin dem Pupillen ähnlich[12]); darum und wohl nur insoweit soll ihm selbst der Erbschaftsantritt nicht versagt sein[13]). — Allgemein steht der interdicirte Verschwender dem Pupillen nicht gleich; wesentlich steht er dem furiosus gleich[14]), namentlich auch noch darin, daß bei ihm der commercio ausgeschlossen ist, also gar nicht handeln kann, an Ermächtigung durch vormundschaftlichen Consens nicht zu denken ist[15]).

5) vgl. dazu die zwischen Rechtsunfähigkeit und natürlicher Handlungsunfähigkeit schwankende Note Savignys, Syst. Bd. 2. S. 482 d.

6) Paul. R. S. III. 4 A. §. 7: Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (al: aere) commercioque interdico.

7) l. 10 D. cur fur. 27, 10 — cum eis deminutio sit interdicta — l. 26 D. c. e. 18, 1 — ut ei deminuendi potestas non sit. —

8) l. 18 D. qui test. 28, 1 — testamentum facere non potest — nec testis ad testamentum adhiberi poterit.

9) l. 6 D. v. o. 45, 1 — Tradere . . non potest, vel promittendo obligari.

10) l. 18 cit. — ipso jure non valet — l. 6 cit. — tradere non potest.

11) Furiosi sicuti ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est. l. 40 D. r. j. 50, 17 cf. l. 16 §. 1 D. pign. 20, 1.

12) l. 6 cit. l. 3 D. novat. 46, 2 l. 9 §. 7 D. r. cr. 12, 1 — stipulando sibi adquirit — s. dag. Windscheid, P. §. 71, 5. Savigny, Bd. 3. S. 88.

13) l. 5 § 1 D. a. v. o. h. 29, 2 cf. l. 3 D. nov. 46, 2 — novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit. — Savigny a. a. O. „unter der so eben bei der Novation gemachten Einschränkung."

14) vgl. Seuffert, pr. Pdr. §. 42.

15) arg. l. 25 D. fidej. 46, 1 l. 29 D. cond. ind. 12, 6. vgl. Rudorff, Recht d. Vorm. Bd. 1. §. 18 a. E. Puchta §. 50 not. k.; dagegen Glück, Comm. Bd. 33. S. 253. Windscheid, P. §. 71. 5. u. wohl auch Savigny, Syst. Bd. 3. S. 88.

2. Eine Art Interdicirung ist auch darin zu sehen, daß Taube und Stumme nicht blos kein Mancipationstestament[16]), sondern überhaupt kein Testament, auch kein prätorisches errichten konnten[17]); testamenti factio selbst entging ihnen nicht[18]); um so eher mochten sie nachmals durch kaiserliches Privileg von Fall zu Fall oder jure singulari classenweise[19]) zur Testamentserrichtung zugelassen[20]), und endlich durch Justinian, die Taubstummgeborenen ausgenommen, von ihrem Banne überhaupt erlöst werden[21]).

3. Eine bloß indirecte Entkräftung der Rechtsfähigkeit enthalten auch die im Erbrecht näher zu betrachtenden, testamenti-factio vielmehr voraussetzenden als ausschließenden, Erscheinungen der Incapacität und Indignität.

4. Selbst die Ausschließung von der Magistratur und Volksversammlung (honos und suffragium), wie sie die Infamie[22]) mit sich brachte[23]), dürfte anstatt einer halben oder unvollständigen capitis deminutio[24]) und also theilweise directen Aufhebung der Rechtsfähigkeit eine blos indirecte Entkräftung der Rechtsfähigkeit gewesen, nämlich aus blos magistratischer (censorinischer) Streichung aus den Wahl- und Stimmlisten hervorgegangen sein. Von den weiteren Wirkungen der Infamie beruhte die der Beschränkung des Postulationsrechtes auf speciellem theils gesetzlichem, theils magistratischem (prätorischen) Verbote[25]), die des Connubiums auf speciellem Verbote der lex Julia et

16) Ulp. XX, 13.

17) l. 6 §. 1 D. qui test. 28, 1 — t. facere non possunt — l. 10 pr. C. qui test. 6, 22 — omnia quae priori interdiximus, ei permittimus.

18) oben §. 52. Anm. 5.

19) l. 43 pr. D. vulg. subst. 28, 6.

20) l. 4 D. test. mil. 29, 1.

21) l. 10 C. qui test. 6, 22.

22) D. de his qui notantur infamia 3, 2 C. de infamibus 10, 57.

23) Cic. pro Quint. c. 42 — in perpetuum honore ac dignitate privantur — l. unic. C. h. t. (10, 57) — nullis honoribus uti possunt — cf. l. 3 C. re milit. 12, 36 l. 8 C. decur. 10, 31 l. 2 C. dignit. 12, 1.

24) die Savigny, Syst. Bd. 2. S. 199 Nro. 1 u. §. 81, annimmt.

25) l. 1 §. 1 § 5 §. 8 D. de postulando 3, 1. Vat. fr. §§. 322—324. Paul. R. S. I. 2 §. 1.

P. P.[26]) und seiner Interpretation[27]); die privatrechtlichen Specialgesetze enthalten aber die meisten, wo nicht alle, nur jus singulare, nicht Ursätze (jus commune), sondern deren Einschränkung (§. 25); die Magistratur aber kann Grundrechte weder geben noch nehmen[28]).

Eine media capitis deminutio scheint ohne Verlust der Civität nicht denkbar; letzterer ist aber für den infamis nirgends bezeugt[29]), und mußte, wenn dennoch behauptet, in eine Zerstörung der halben Civität, ihres politischen Theils, verwandelt werden[30]), wiewohl die civilia munera, die doch zum politischen Theil der Civität gehören, auch auf dem infamis lasten[31]); die capitis deminutio selbst ist aber von keinem Juristen, und auch sonst nicht sicher bezeugt, in unseren Quellen vielmehr widersprochen als anerkannt[32]).

Diese römische, nach ihren Fällen und Wirkungen rechtlich bestimmte, von den unsrigen darum »infamia juris« genannte, bald ipso facto, bald erst durch richterliches Urtheil vermittelte[33])

---

26) Ulp. XIII. 1, 2 Lege Julia probibentur uxores ducere etc.

27) Savigny, Syst. Bd. 2. Beil. VII. nro. II.

28) §. 2 J. bon. poss. 3, 9.

29) vgl. Savigny a. a. O. S. 199 oben: „— bei fortdauernder Civität."

30) Savigny a. a. O. nro. 1.

31) l. unica C. h. t. 10, 57.

32) Gegen Tertullian u. Livius (Savigny a. a. O. S. 210 a. S. 211 unten) vergleiche Cicero (ebendas. S. 209): et paene dicam capitis; — gegen die capitis causa u. c. deminutio aber l. 103 D. v. s. 50, 16 §. 2 J. publ. jud. 4, 18 §. 5 J. cap. dem. 1, 16 l. 2 pr. l. 28 §. 1 D. poenis 48, 19.

33) s. g. infamia juris immediata: l. 1 pr. D. his qui not. inf. 3, 2 — qui ab exercitu, ignominiae causa, ab imperatore eove cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit — qui artis ludicrae, pronunciandive causa in scenam prodierit — qui lenocinium fecerit — — — qui eam quae in pot. ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus pot. est; et qui eum, quem in pot. haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit — quive suo nom., non jussu ejus, in cujus pot. esset, ejusve nom. quem quamve in pot. haberet, bina sponsalia, binas, ve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit; dazu l. 15 C. h. t. 2, 12 — nuptias alias intra hoc tempus secuta — l. 43 §. 12 D. r. n. 23, 2 — in adulterio deprehensa — l. 43 pr. §. 3 D. r. n. 23, 2 — quae palam se prostituit — l. 41 C. transact. 2, 4 si quis major a. 25 adversus pacta vel transactiones . . putaverit esse

Infamie darf als Antiquität bezeichnet werden; denn die Schmälerung der publicistischen Rechtsfähigkeit, welche wegen Ehrlosigkeit heute eintritt, ist sowohl den Fällen, als dieser ihrer Wirkung nach, entweder particularrechtlich[34]), oder doch nicht nach römischem Rechte begründet[35]), oder keine solche Schmälerung, daß sie nicht ebensowohl wegen bloßer Anrüchigkeit (turpitudo, levis notae macula, infamia facti) bestünde[36]); der Einfluß aber, mit welchem sich die Infamie bis in's Privatrecht erstreckt, ist heutigen Tages entweder zur Sache richterlichen Ermessens geworden[37]), oder auch schon mit der bloßen Anrüchigkeit da[38]).

Wie wir die Infamie nicht als directe minutio der Rechtsfähigkeit erachten, ist uns auch ihr Gegentheil, die s. g. bürgerliche Ehre kein Ausfluß der Rechtsfähigkeit[39]), sondern „des moralischen Werthes“[40]), ohne den man die Rechtsfähigkeit zwar hat, aber nicht verdient, und darum namentlich in publico nicht ausüben durfte.

---

veniendum . . eas autem invocato Dei omnip. nom. solidaverit — l. 2 pr. D. j. f. 49, 14: delationes — l. 20 C. h. t. — improbum foenus — Gaj. II 156 — venditio bonorum cf. l. 11 C. h. t. — l. 31 C. ad. leg. Jul. adult (9, 9) cum vir nubit (muliebria passus — l. 1 §. 6 D. postul. 3, 1) — l. 1 §. 1. C. summa trin. 1, 1 haeretici dogmatis infamia —; mediata: D. h. t. 3, 2 — qui in judicio publico calumniae, praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit — qui furti, vi bonor. rapt., injuriarum, de dolo malo, et fraude suo nom. damnatus pactusve fuerit — qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nom. non contrario judicio damnatus erit — l. 7 D. jud. publ. 48, 1 — ex eo (crimine) quod judicii publici causam habuit — l. 9 C. susp. tut. 5, 43: crimen suspecti tut. vel curat.

34) vgl. z. B. Roth. bayr. Civilr. §. 27. Förster, Theorie und Praxis d. heut. gem. preuß. Privatr.'s, 2. Aufl. S. 90 d. Dernburg, Lehrb. d. preuß. Privatr.'s §. 47. Unger, Syst. d. östr. allg. Privatr.'s, 3. Aufl. Bd. 1 §§. 31—34.

35) s. dagegen Kierulff, Th. d. Civilr. S. 103.

36) wie z. B. die Ausschließung vom Notariat in der N. O. v. 1512 Tit. 1 §. 2, und die Ausschließung von Aemtern und Würden schon nach r. R.: l. un. C. infam 10, 57 l. 8 C. dec. 10, 31 l. 2 C. dignit. 12, 1. Windscheid, P. §. 56. Anm. 5.

37) §. 11 J. exc. 4, 13 cf. l. 1 §. 5 §. 8 D. postul. 3, 1. Windscheid a. a. O.; Nov. 90 cap. 1. „Ut testes nonnisi illaesae existimationis recipiantur, seu de testibus judiciariis“. Savigny, Bd. 22 S. 222.

38) l. 27 C. inoff. test. 3, 28 — si scripti heredes infamiae vel turpitudinis, vel levis notae macula adspergantur — Windscheid a. a. O. Anm. 1.

39) Puchta, P. § 119. Arndts, P. §. 30. Kierulff, a. a. O. S. 95.

40) Seuffert, P. §. 48.

III. In vielen Stücken stehen die Frauen hinter den Männern zurück[41]), indem alle die Aemter und Geschäfte, die um des gemeinen Wesens willen, oder öffentlich (in jure, judicio) für Andere über- und unternommen werden, als Sache der Männer erklärt sind[42]) und von hier aus den Frauen später sogar die Intervention durch Uebernahme von Obligationen untersagt wird[43]). Ob hierin ein auf Herkommen[44]) beruhendes grundrechtliches Minus an Rechtsfähigkeit der Frauen im Vergleiche zu der der Männer zu erblicken, und also von allem Anfang zur vollen Rechtsfähigkeit nicht blos Civität, sondern ein civis Romanus gefordert worden, oder ob diese Zurücksetzung das nur allmälige Product eines der Civität der Frauen entgegenarbeitenden jus singulare gewesen, und das Senatusconsultum Vellejanum nur als letztes Glied in dieser Kette singulärer Rechtsbestimmungen zu denken sei, mag gefragt werden; der Umstand, daß die Frauen je früher desto mehr in der Gewalt der Männer waren, läßt die erstere Auffassung als die wahrscheinlichere bezeichnen. — Hermaphroditen sind nach dem überwiegenden Geschlechte behandelt[45]).

§. 55.

Natürliche Handlungsfähigkeit.

Diejenige Seite der Handlungsfähigkeit, welche durch die Naturseite der Handlungen (animus, corpus) gefordert, ohne welche keinerlei Handlung möglich, mithin auch keine Ausübung der Rechtsfähigkeit denkbar ist, pflegt man die natürliche Handlungsfähigkeit zu nennen. Sie wohnt einem Jeden von Natur aus bei oder nicht bei, ist demnach durch die Natur

41) In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum. l. 9 D. statu hom. 1, 5.

42) l. 2 D. r. j. 50, 17. Foeminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt; et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere. l. 16 D. tutelis 26, 1 tutela plerumque virile officium est — l. 18 eod.

43) l. 1 §. 1 l. 2 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1 — cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum. —

44) l. 1 §. 1 cit. — moribus. —

45) l. 6 §. 2 D. lib. et posth. 28, 2 l. 15 §. 1 D. test. 22, 5.

gegeben und bestimmt, an und für sich also kein Gegenstand rechtlicher Normirung. Allein da ohne sie das Zustandekommen keiner Handlung, also auch keines Rechtsgeschäftes denkbar, hinwieder aber es des Rechtes ist, zu sagen, wann ein Rechtsgeschäft oder gewisser Rechtseffect da sei, so muß sich das Recht auch darüber aussprechen, wann dies von der natürlichen Handlungsfähigkeit aus, also nach Leib und Seele des Handelnden, nach Alter, geistiger und leiblicher Gesundheit oder Vollkommenheit des Handelnden der Fall sei. Demnach sind was

I. das Alter anlangt, zum Behufe genereller, über die individuellen Ungleichheiten erhabenen[1]) Normirung die maßgebenden Altersstufen durch allgemein bestimmte Zeitpunkte abgegrenzt: die der Geschlechts-Reife und Unreife (puberes, impuberes — Jünglinge, Jungfrauen — Mündige, Unmündige) durch das zurückgelegte 14. oder (bei Mädchen) 12. Jahr[2]) und innerhalb der Unreife die der Kinder (infantes) auf der einen, die der Knaben und Mädchen (impuberes infantia majores) auf der anderen Seite durch das zurückgelegte 7. Jahr[3]).

Hiernach gilt als Regel, daß der rechtlichen Wirksamkeit der Handlungen

1. von Seite des Alters der Handelnden kein Hinderniß mehr im Weg stehe, wenn sie nur mündig sind — oder daß, was eins ist, die Mündigen vollkommen handlungsfähig seien. Darum kommen sie auch noch nach justinianischem Rechte vonwegen Alters unter keine Vormundschaft, wenn sie nicht wollen[4]), und können, gleichviel ob sie noch minderjährig (minores 25 annis) oder volljährig (25 a. majores) sind, unter Vormundschaft stehen oder nicht, sich selbständig obligiren[5]) und testiren[6]), um-

1) vgl. pr. J. quib. mod. tut. 1, 22 l. 3 C. quando tut. 5, 60. Gaj. I 196 Ulp. XI, 28.

2) ll. citt. Savigny, Syst. Bd. 3 §. 109.

3) l. 1 § 2 D. adm. tut. (26, 7) l. 18 pr. §. 4 C. jure delib. 6, 30 l. 14 D. sponsal. 23, 1. Savigny a. a O. §. 107.

4) §. 2 J. curat. 1, 23. Inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem — wogegen nicht l. 1 §. 3 l. 2 D. min. 4, 4.

5) l. 43 D. o. e. a. 44, 7. Obligari potest paterfamilias suae potestatis pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur. l. 101 D. v. o. 45, 1: Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari — wozu Marezoll:

somehr rein lucrative Geschäfte vornehmen. Daß sie, wenn unter Vormundschaft, Veräußerungen nur mit vormundschaftlichem Consens vornehmen können[7]), ist Folge der mit der Vormundschaftsbestellung eingetretenen Dispositionsbeschränkung[8]); daß sie aber Veräußerungen und überhaupt die ganze Administration ihres Vermögens[9]) mit bloßem Consense[10]) des Curators vornehmen und ausführen können, ist ein Beweis für die ungeschmälerte Fortdauer ihrer Handlungsfähigkeit; denn wie die Vollmacht an den Geschäftsführer dessen Handlungsfähigkeit vielmehr voraussetzt als ergänzt, so steht es mit dem Consense. Die Ausschließung von Tutel und Curatel[11]), ohnedies erst zuletzt, an Stelle des alten Excusationsrechtes, beliebt[12]), geht von ganz anderen Gesichtspunkten als dem einer Handlungsunfähigkeit aus[13]).

2. Der Unmündigkeit dagegen ist ein weithin hemmender Einfluß eingeräumt.

a. Kinder bis zum zurückgelegten 7. Jahre läßt das Recht,

---

in wie weit kann ein Minderj. . . sich ohne den Consens seines Cur. klagbar verpflichten? Zeitschr. f. Civilr. Bd. 2 nro. 12. 1829. Savigny, Schutz der Minderjj. u. lex Plaetoria, verm. Schriften Bd. 2 S. 384 fgg. Windscheid, §. 71 Anm. 8. Arndts, P. §. 452 Anm. 1. Schwierigkeit macht nur l. 26 C. adm. tut. 5, 37, nicht l. 60 l. 61 pr. D. j. d. cf. Ulp. XI, 20. Gaj. I 178, 180.

6) l. 5 D. qui test. 28, 1.

7) arg. l. 3 C. i. i. r. min. 2, 22 l. 26 C. adm. tut. 5, 27 l. 28 C. j. d. 5, 12 l. 2 C. qui legit. pers. 3, 6. Rubr. D. auct. et consensu tut. et curatorum 26, 8 §. 2 J. auct. tut. 1, 21.

8) vgl. S. 180. 1; unten §. 57; l. 3 C. cit. — cum non absimilis ei habetur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.

9) arg. l. 1 §. 3 D. min. 4, 4 — quamvis rem suam bene gerentes. —

10) gegen die „auctoritas" curatoris (z. B. l. 8 D. adopt. 1, 7 l. 66 pr. D. j. d. 23, 3 vergleiche l. 60 eod. u. den „consensus" tutoris anderseits z. B. l. 5 C. auct. praest. 5, 59.

11) §. 2 J. qui dari tut. test. possunt 1, 14.

12) §. 13 J. excus. tut. vel curat. 1, 25 l. ult. C. legit. tut. 5, 30. a. 529.

13) l. ult. cit. — immineat enim cuique pro sua tantum administratione periculum . . . Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui; et iterum eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe rerum et nominum foeda confusio est —

mit Ausnahme des Besitzerwerbes, noch gar nicht handeln[14]); ihm scheint eigentlich auch noch darüber hinaus die Sache nicht wesentlich anders zu liegen[15]); allein aus Nachgiebigkeit entweder an die Zahl Sieben oder an das Bedürfniß dieser Kleinen[16]), wenn sie sui juris sind, sind die infantiae proximi nicht schlechter gestellt als die pubertati proximi[17]). Für den Besitzerwerb aber kam ihrethalben eine doppelte Ausnahme auf: zuerst die, daß sie tutoris auctoritate erwerben, während sie doch sonst gar nicht handeln können[18]), auctoritatis interpositio aber eine Handlung voraussetzt; dann die, daß das Kind sogar für sich allein soll erwerben können — trotzdem gerade der Besitz nur durch Handlung (animo et corpore) erworben werden kann[19]).

So altbestritten übrigens Sinn und Umfang namentlich der diesen letzteren Satz begründenden Constitution sind[20]), so läßt sich doch der Ansicht des Duarenus ꝛc., daß sie auf geschenkte Sachen zu beschränken und der Rudorff's, daß sie auf Mobilien, geschweige denn auf die Kastanien Azos, nicht zu beschränken sei[21]), mit Sicherheit beitreten. Der Grammatik und dem Worte der Stelle aber, welche das corpore quaeritur auf eine ins Präteritum gestellte Tradition (vacua possessio tradita corpore quaeritur) nach einiger Zwischenzeit (interim) folgen läßt, also zweierlei Erwerbsacte unterscheidet, und blos die vacuae poss. traditio als an das Kind allein erfolgt hinstellt (a quacunque persona infanti vacua possessio tradita), dagegen bezüglich des nachfolgenden Apprehensionsactes sich darüber, ob er

14) — quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent — non multum a furioso distant (§. 10 J. inut. stip. 3, 20).

15) — infans et qui infantiae proximus, non multum a furioso distat etc. l. cit.

16) propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est — l. cit cf. §. 9 eod.

17) — ut idem juris habeant quod pubertati proximi — l. cit.

18) l. 32 § 2 D. a. v. a. p. 41, 2 — utilitatis causa hoc receptum est; alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem — Puchta, fl. civ. Schr. S. 306.

19) l. 3 C. a. et ret. poss. 7, 32 a. 259 — licet animi plenus non fuisset affectus. —

20) s. Savigny, Recht d. Besitzes, 7. durch Rudorff besorgte u. mit Zusätzen vermehrte Aufl. §. 21 S. 255—260; dazu Rudorffs, Zusatz S. 647—649. Puchta a a. O S. 313—332.

21) arg. l. 26 C. donat. 8, 54 l. 2 C. donat. quae sub mod. cf. Vat. fr. §. 283 „stipendiariorum".

mit oder ohne tutor, durch den tutor oder den infans erfolge, nicht ausspricht, trägt erst die Esmarch'sche Auslegung[22]) Rechnung.

b. Knaben und Mädchen über 7 Jahren sind zwar noch nicht sofort als verständiger erachtet, denn Kinder unter 7 Jahren[23]), und anderweit alle bis zum zurückgelegten 14. oder 12. Jahre als Personen behandelt, die sich selbst noch nicht „wehren" können[24]), nichtsdestoweniger ist ihnen allen Handlungsfähigkeit beigelegt[25]); allein zu solennen Geschäften, und solchen, die, ihrer Gattung und Art nach[26]), mit einem Nachtheil für sein Vermögen verknüpft sein können, sollen sie, wenn sui juris, nur unter Auctorität ihres Tutors[27]), wenn alieni juris, gar nicht zugelassen sein[28]); die Testamentserrichtung enthält zwar keinerlei Gefahr für den Handelnden, könnte aber, weil sie solennes Geschäft ist, oder (imaginaria) venditio war, der auctoritas bedürftig wie zugänglich sein; gleichwohl ist sie es nicht[29]), so wenig als es peculii consessio war[30]), und dem Unmündigen überhaupt entzogen. Geschäfte, die beides zugleich sind: erwerbend und veräußernd oder obligirend, sehen wir verschieden behandelt: die einen ohne auctoritas gar nicht[31]), die anderen ipso jure einseitig[32]) möglich.

---

22) Vacuae possess. traditio. Eine civ. Unters. v. K. Esmarch, Prag 1873. S. 74 fg.

23) l. 1 pr. D. tutelis 26, 1.

24) §. 10 J. inut. stip. 3, 20 — quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum; nam infans et qui inf. proximus est, non multum a furioso distant. —

25) — Pupillus omne negotium recte gerit — §. 9 cf. §. 10 eod.

26) §. 1 J. auct. tut. 1, 21.

27) l. 19 D. auct. 26, 8; pr. J. auct. 1, 21 l. 11 D. a. r. d. 41, 1; Anwendung: l. 28 pr. D. pact. 2, 14 l. 9 pr. — §. 4 D. auct. 26, 8 §. 2 J. quib. alien. licet 2, 8 §. 9 J. inut. stip. 3, 19 besonders l. 9 pr. cit. — credendo obligare sibi non potest etc. dann pr. J. auct. 1, 21 etc. Anm. 31.

28) §. 10 in fin. J. inut. stip. 3, 19 l. 141 §. 2 D. v. o. 45, 1.

29) l. 5 D. qui test. 28, 1 — warum nicht? vgl. l. 32 pr. D. her. inst. 28, 5 — non ex alieno arbitrio pendere; allein Gaj. I. 113 — femina vero post XII a. testamenti faciundi (tutore auctore — Huschke) jus nanciscitur.

30) l. 3 §. 3 l. 7 §. 1 D. pec. 15, 1 cf. l. 22 D. adm. 26, 7 l. 16 C. eod. 5, 37.

31) l. 9 pr. D. auct. 26, 8 — credendo sibi obligare non potest —

32) s. g negotia claudicantia: pr. J. auct. 1, 21 l. 13 §. 29 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 7 §. 1 D. resc. vend. 18, 5 l. 9 C. usuc. pro emt. 7, 26. Weiteres s. Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte.

Zu Delicten gibt es keine Auctorität, dagegen Capacität noch vor zurückgelegtem 14. oder 12. Jahre[33]). Was die Familiengeschäfte betrifft, so kann ein Unmündiger nicht Emancipator, sondern nur Emancipandus, nicht adoptans oder in adoptionem dans, sondern nur is qui adoptatur, hier und dort also nur behandeltes Object, nicht handelndes Subject sein. Die Arrogation dagegen ist ein zweiseitiges Geschäft zwischen dem Arrogator und Arrogandus, und seitdem und soweithin sie an Unmündigen überhaupt statthat[34]), nur auctoritate tutoris möglich[35]). Es ist das heute noch einer der Fälle, in denen der Vormund nur mit dem Mündel, nicht anstatt desselben handeln kann, so daß Kinder unter 7 Jahren nicht arrogirt werden können. Bei der Emancipation und Adoption e. S. dagegen sind der Emancipand und Adoptand blos Object, trotzdem sie nicht widersprechen dürfen; denn diese Bestimmung ist nicht als Erforderniß der Zustimmung oder als Zeichen einer Parteirolle des Kindes zu fassen; sonst wären Emancipation und in adoptionem datio an Kindern unter 7 Jahren und Wahnsinnigen nicht möglich. Zum Verlöbniß dagegen ist, wenn anders die Brautleute sich nicht selbst verloben (mithin etwa die Zustimmung Dritter nothwendig wird)[36]), sondern verlobt werden, die Zustimmung der Objecte nothwendig[37]); darum keine Verlobung von Kindern unter 7 Jahren[38]), darum Fiction der Zustimmung, wenn eine Tochter wider ihren Willen verlobt werden soll und darf[39]). Heirat aber ist vor der Mündigkeit unmöglich (§. 43. Anm. 2.).

Beachtung verdienen noch die Fälle, in denen 1) nur eine Bedingung, nicht ein Rechtsgeschäft in das Thun eines Unmündigen gestellt ist; 2) in denen von diesem die Obligirung nicht des Unmündigen selbst, sondern eines Dritten abhängen soll. Dort ist auctoritas zur Erfüllung nicht nothwendig, wenngleich

33) l. 4 §. 26 D. dol. exc. 44, 4 — „malitia supplet aetatem" — de pupilli dolo . . . ex ea aetate, quae dolo non careat — l. 13 §. 1 D. dol. mal. 4, 3 . . si proximus pubertati sit — l. 5 §. 2 D. ad. leg. Aq. 9, 2 l. 1 §. 15 D. dep. 16, 3.

34) S. §. 46. Anm. 19.

35) l. 5 C. auct. praest. 5, 59.

36) l. 7 §. 1 D. spons. 23, 2 §. 42. Anm. 25.

37) l. 11 — l. 13 eod.

38) l. 14 eod.

39) l. 12 §. 1 eod.

einmal nicht blos Vortheil daraus entspringen sollte[40]); hier aber ist sie, da kein Interesse des Pupillen in Frage steht, gar nicht möglich; und was dieser gegen sich selbst nicht vermag, vermag er gegen einen Dritten — der ihn dazu ermächtigt hat.[41]).

§. 56.

Fortsetzung.

II. Die Würdigung geistiger und leiblicher Gebrechen anlangend ist

1. alle rechtliche Wirksamkeit versagt den Handlungen der Wahnsinnigen[1]); vielmehr sind ihre Handlungen keine Handlungen[2]). Dem Wahnsinne gleich steht der Blödsinn[3]), wie die vorübergehende Bewußtlosigkeit aus Krankheit[4]), oder Trunkenheit[5]).

2. Um blos körperlicher Gebrechen willen ist die rechtliche Fähigkeit zu Handlungen jedenfalls insoweit abgesprochen, als sie zu diesem oder jenem Geschäfte natürlicherweise unfähig machen[6]); möglicherweise aber wird der Kreis der rechtlichen Untähigkeit über den der natürlichen hinausgezogen[7]), oder da wo wegen des Gebrechens die Handlung blos gefährlich, nicht unmöglich ist, irgend eine Cautel verordnet[8]); hierher gehört denn

40) l. 5 pr. D. cond. 35, 1 — sine t. a. parere potest, obgleich er expleta conditione necessarius heres aliquando esse potest; nam hoc jure potestatis fieri, non conditionis expletae.

41) l. 7 §. 2 — l. 10 D. inst. act. 14, 3.

1) §. 8 J. inut. stip. 3, 19 Anwendung: l. 18 §. 1 D. a. v. o. p. 41, 2 l. 1 §. 12 D. o. e. a. 44, 7 l. 5 § 2. D. ad. leg. Aq. 9, 2 l. 16 §. 1 D. qui test. 28, 1. Dilucidum intervallum: l. 6 C. curat. fur. 5, 70 l. 9 C. qui test. 6, 22 l. 2 C. contr. emt. 4, 38.

2) cf. l. 2 §. 1 D. quemadm. test. ap. 29, 3 l. 5 §. 2 cit. — quemadmodum si quadrupes damnum dederit. —

3) arg. l. 25 C. nupt. 5, 4 cf. l. 28 C. episc. aud. 1, 4. Böcking, Pand. d. röm. Privatr.'s §. 39 Anm. 14. Seuffert, pract. Pr. §. 42 Anm. 1.

4) l. 17 D. qui test. 28, 1.

5) c. 7 C. XV qu. 1 — nesciunt quid loquantur . . jacent sepulti; ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facti donantur, sed levitatis damnantur auctores.

6) l. 1 pr. D. v. o. 45, 1; l. 1 §. 2 §. 3 D. tut. 26, 1; l. 1 §. 3 §. 5 D. postul. 3, 1; §. 6 J. test. ord. 2, 10.

7) s. oben §. 54. II. 2.

8) l. 8 C. qui test. 6, 22 — ut carentes oculis . . . suae condant moderamina voluntatis etc.

auch die Möglichkeit einer Curatel für beständig Kranke und Bresthafte[9]).

3. Krank, an Sitten, ist auch der Verschwender; allein wenn er zufolge dessen in die Lage versetzt wird, weithin nicht mehr rechtlich wirksam handeln zu können, so geschieht das wieder nicht von Rechtswegen und nicht wegen mangelnder natürlicher Fähigkeit, sondern durch die Obrigkeit, weil ihm der Fähigkeiten eher zu viele als zu wenig zugetraut werden (§. 54. II. 1. §. 57. 1. a.).

§. 57.

Dispositionsbefugniß.

Die zur Ausübung der Rechtsfähigkeit in einer gewissen Gruppe von Rechtsgeschäften insonderheit nöthige Dispositionsbefugniß (S. 175 fg.) kann einer Person, trotzdem sie ihre Rechtsfähigkeit und Rechte behält, entzogen werden

1. folgeweise, insoferne ihr die Handlungsfähigkeit entzogen wird. Dieses ist der Fall

a. beim Verschwender, dem commercium und darin auch diejenigen Handlungen untersagt sind, die zur Disposition über sein Vermögen gehören (S. 180) — wiewohl die Interdicirungsformel (Paul. R. S. III. 4. A. §. 7) die Untersagung der Disposition neben und vor der des Commerciums enthielt[1]); —

b. beim Minderjährigen, insofern ihm ein Generalcurator bestellt wird, oder (wie nach heutigem Recht) noch aus der Zeit seiner Unmündigkeit her besteht. Denn da dieser Curator als solcher administrandi potestatem über das Mündelvermögen erhält[2]), muß dieselbe Machtvollkommenheit dem Minderjährigen verloren gehen — nur daß er, der an seiner Handlungsfähigkeit als solcher nichts eingebüßt hat, durch Consens des Curators Dispositionsbefugniß zurückerhalten kann, der interdicirte Verschwender dagegen nicht (S. 180. 1.);

2. primär, was heutigen Tages beim Cridar der Fall ist, dem auf Anlangen der Gläubiger die Dispositionsbefugniß ent-

9) §. 4 J. curat. 1, 23.

1) s. weiteres in der Lehre v. d. Vormundschaft.

2) Rubr. D. u. C. adm. et peric. tut. et curatorum 26, 7 — 5, 37.

zogen wird, nicht dadurch, daß ein curator (bonorum) aufgestellt wird, sondern dessen Vermögen umgekehrt einen Curator bekommt, weil und nachdem ihm die Disponirung über sein Vermögen untersagt ist[3]). Nach römischem Rechte dagegen war auch hier die Dispositionsentziehung eine secundäre, insoferne sie sich an die Missio der ebendadurch zunächst zur custodia und insoweit zur Administration[4]) und dann zum Verkauf ermächtigten Gläubiger[5]) anschloß; oder die Dispositionsbefugniß wurde nicht entzogen, sondern der Schuldner trat und tritt sie noch heute selbst ab durch cessio bonorum[6]).

2. Abhängigkeit und Unabhängigkeit.

§. 58.

De his qui sui vel alieni juris sunt. J. 1, 8. D. 1, 6.

Das Eigenthümliche des alieni juris esse, das mit seinem Gegensatze, dem sui juris esse, eine summa omnium hominum divisio bildete[1]), liegt nicht in der Unterthänigkeit überhaupt; denn weder die potestas magistratuum, noch die vis ac potestas der Tutoren, noch die auch nach Untergang der manus fortwährende eheherrliche Gewalt machte die Unterworfenen zu alieni juris homines; entscheidend war erst die Botmäßigkeit im Hause, die Selbständigkeit des Unterworfenen wohl auf dem Gebiete des öffentlichen[2]), mit nichten auf dem des Privatrechts zuläßt, und in diesem nicht nur den Sclaven, dem die Rechtsfähigkeit selbst abgeht, sondern auch die in manum des Hausvaters gekommene Frau, so wie das Hauskind als rechtlos, ja, zeuge des hausväterlichen Mancipationsrechtes[3]), als Object eines fremden Rechtes (alieni juris hominem), des dominium in domo, erscheinen ließ.

Diese Rechtslosigkeit, und namentlich diese Vermögenslosigkeit

3) Bayer, Concursprozeß 4. Aufl. §. 23. §. 24. II.
4) l. 8 §. 1 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5.
5) Gaj. III 79, s. dagegen Dr. Th. Reinhart, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, actio Pauliana nach röm. u. gem. R., Winterthur 1871 S. 22 Abs. 2.
6) l. 4 C. qui bon. red. 7. 71 Bayer a. a. O. §. 12.
1) Gaj. I, 48 pr. J. h. t. 1, 8.
2) l. 9 D. h. t.
3) Gaj. I, 166, 114, 118, 172. 175, 195. Ulp. 11, 5.

war aber von den Alten selbst nicht so voll gemeint als ausgesprochen; zum Beweise, daß von der Alleinherrschaft des Hausvaters das Mitrecht des Kindes nicht absorbirt, sondern nur verdeckt gewesen war[4]), wächst letzteres am Ende in ein Sondervermögen der Kinder aus, bis zu dem Grade, daß sich schließlich Vater- und Kindesgut in vollendeter Trennung gegenüberstehen und in letzteres alles fällt, was nicht vermittelst des Vatergutes (peculienweise) vom Kinde erworben wird. Damit sind dann aber von den alieni juris homines alle, die nicht um ihrer Unfreiheit willen rechtsunfähig waren, trotz der über ihnen bestehenden hausherrlichen Gewalt auch auf dem Gebiete des Privatrechtes offensichtlich zu Subjecten geworden, zu sui juris homines in Ansehung gerade des Vermögens. Ist der Unterschied der sui und alieni juris homines auch jetzt noch festgehalten, so kann er nunmehr unmöglich besagen wollen, daß es Personen gibt, welche privatrechtlich blos Object eines fremden Rechtes sind, sondern nur, daß gewisse Personen stückweise noch immer Rechtsobject statt Rechtssubject sind. Und in der That ist in der in adoptionem datio und emancipatio das Kind noch immer bloßes Object, wie einst beim Verkaufe (mancipatio) durch den diese Geschäfte hindurchgingen, und dessen Ueberreste sie sind; ähnlich verhält es sich mit der Verlobung, wenn sie durch den Vater geschieht, mit der Ductio, u. a. m. (vgl. S. 161. oben).

4) wogegen übrigens mit den meisten Neueren neuestens Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 §. 3. Näheres im Familienrecht.

Dritter Abschnitt.

Die Personificationen.

§. 59.

Nur die Menschen sind Personen (§. 50). Dagegen liegt im Menschen der Trieb, andere Dinge als seines gleichen zu denken, nichtmenschliches menschlich, unpersönliches persönlich. Zeuge dessen ist die Mythe, die Thierfabel, die Metapher; Religion, Poesie, Sprache; Zeuge dessen aber auch das Recht. Dieses läßt nicht nur Gott und die Götter, Christus, Maria und die Heiligen, sondern auch die Republik, Städte und Corporationen, Kirchen und Anstalten aller Art, Kammern und Körbe (aerarium, fiscus), Erbschaften, Stiftungen und vieles andere als Personen erscheinen, indem es sie als Herren und Eigenthümer, Gläubiger und Schuldner, Kläger und Beklagte, Patrone und Erben, Tradenten, Contrahenten und Erwerber hinstellt[1]). Was insonderheit das Recht anlangt, ist die Personification auf das Vermögensrecht wohl nicht beschränkt; allein so ergiebigen Stoff, so mächtige Abstractionen von der individuellen Person, wie im Vermögensrechte, fand sie, mit Ausnahme des jus sacrum, sonst nirgends vor. Sie darüber hinaus zu verfolgen, ist mindestens hier nicht der Ort.

1) Ulp. 22, 6 z. B. Mommsen inscr. regn. Neap. nro. 112: locus . . Silvano cedet — Zell, Handb. d. Epigr. Bd. 1. c. 1 §. 1 nro. 19 sqq. Jovi . . . Victor dicavit, Blandus restituit — l. 26 l. 15 C. ss. eccl. 1, 2 si quis donaverit . . . . personae Martyris aut prophetae aut angeli — l. 13 eod. — sive vidua, sive Diaconissa . . . . testamento vel codicillo suo . . . ecclesiae, vel martyris, vel clero, vel monachio, vel pauperibus aliquid . . . crediderit relinquendum — l. 28 C. episc. 1, 3 — quod redemptioni captivorum relinquitur — l. 33 eod. Privilegiis . . xenodochiis, sive ptochotrophiis tam generaliter quam specialiter attributis — l. 3 §. 7—9 l. 5—7 l. 46 §. 3—5 D. jure fisci 49, 14 — fiscus debet, praestat, convenit, jus pignoris habet, succedit etc.

Diese vermögensrechtlichen Personificationen dürfen mit den im Rechte gleichfalls vorkommenden Fictionen nicht verwechselt werden. Denn bewegen sich gleich beide im Gegensatze zur Wirklichkeit, und sollten sie beide, die Personification nicht nur, sondern, wie Demelius[2]) bewegend darthut, auch die Fiction von vorjuristischem Datum und in ihrem Ursprung das Product eines naiven, unbewußten, volksthümlichen Gestaltungstriebes sein: so wie die Fiction im römischen Privatrecht auftritt, erscheint sie als das bewußte, raffinirte, fachmäßige Product der Jurisprudenz, während die Personificationen von dieser nur hingenommen und beibehalten, nicht geschaffen sind. In der Jurisprudenz kommt das Bewußtsein von der Irrealität auch der Personificationen zwar zum Durchbruch; sie bemerkt, daß jene Dinge als Personen auftreten oder deren Stelle einnehmen, läßt also stillschweigend einfließen, daß sie keine Personen seien[3]); allein practische Folgen, etwa in Form und Gestalt der Actionen, wie bei der Fiction, hat ihre Reflexion hier nicht. Davon, daß deswegen, weil z. B. eine civitas Klägerin oder Beklagte war, die formula actionis anders gestaltet worden wäre, als wenn Titius Kläger oder Beklagter war, verlautet nirgends etwas[4]); so einfach und direct wie die wirkliche Person Titius ward die personificirte civitas in die Demonstratio, Intentio, Condemnatio aufgenommen.

Daß die römische Jurisprudenz dem Bewußtsein, daß sie in derlei Erscheinungen nur Personificationen, keine Personen vor sich habe, keine practischen Folgen gab, ist wohl erklärlich. Stellte sie selber sogar Fictionen auf, um alte Formulare für neue Fälle verwendbar zu erhalten, so konnte sie die Personificationen nicht abschaffen wollen, um dann anstatt der alten Formulare neue setzen zu müssen. Aber auch theoretisch gab sie derselben keine weitere Folge; nirgends wird gefragt, ob denn auch unpersönliche Dinge Vermögen haben können, oder wie das zu denken, oder

2) Die Rechtsfiction, in ihrer geschichtlichen und dogm. Bedeutung, Weimar 1858.

3) l. 22 D. fidej. 46, 1 — quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas — cf. l. 1 pr. D. div. rer. 1, 8 — nullius in bonis sunt, aber ipsius universitatis esse creduntur — ferner l. 15 pr. D. interrog. 11, 1 u. oft (s. hereditas jacens).

4) vgl. l. 7 — l. 10 D. quod cujusc. univ. 3, 4 mit Gaj. 4, 4—38.

was etwa sonst an Stelle jener personificirten Dinge als Mittel- oder Beziehungspunkt der angeblich „ihnen" gehörigen Vermögen zu denken sei. Denn das Recht ist den römischen Juristen kein Gegenstand der Untersuchung, sondern der Anwendung gewesen.

§. 60.

Die juristischen Personen.

Bei den nachrömischen Juristen, insonderheit den neueren [1]), treten unsere Personificationen in neue Phasen.

1. Die in den Quellen des römischen Rechts personificirten Gegenstände werden als eine eigene, zweite Gattung von Personen aufgefaßt, benannt, eingetheilt, und nachher allenthalben im Systeme unter den Personen dem Menschen als moralische, fingirte oder juristische Personen (universitates personarum und rerum) entgegengestellt [2]). Die römischen Juristen sagen nicht: civitas, hereditas ꝛc. sind Personen, sondern nur: sie treten wie solche auf [3]); in ihrer personarum divisio gibt es weder moralische, noch fingirte, noch juristische Personen, sondern überall nur Menschen [4]); erst in ihrer rerum divisio kommt das Ding, das wir zur juristischen Person gemacht haben, vor, aber nicht etwa so, daß etwelche res einer zweiten Gattung von Personen zugeschrieben würden, sondern so, daß etwelche Sachen, obwohl res juris, d. i. nicht res liberae, sondern irgendwohin zugehörig, dennoch als res nullius, mithin als keiner Person gehörig bezeichnet werden [5]).

Diese unsere Neuerung war kein Schritt vorwärts, kaum bemerklich, aber nicht unbedeutsam, weil ein Fehler. Denn zu sagen, daß der Staat und die Städte Personen seien, ist der Phantasie erlaubt, nicht dem System oder Verstande. Durch sie geriethen wir in ein falsches Verhältniß zum Publikum. Vom

1) Uebersicht bei E. Zittelmann, Begriff und Wesen der sg. jur. P., von der Juristenfacultät in Leipzig gekrönte Preisschrift, Leipz. 1873 §§. 2—20. Eine Verfolgung der älteren Literatur geht noch ab.

2) noch nicht bei Thibaut, wohl aber zuvor schon bei Heise, Grundriß, S. 25 §. 98 Anm. 15 (3. Aufl.), und Haubold, doctr. pandd. lineam. 1820. §. 54;

3) §. 59. Anm. 3.

4) Gaj. I 9 sqq. l. 3 D. statu hom. 1, 5.

5) Gaj. II, 9 l. 1 pr. D. div. rer. 1, 8.

römischen Juristen erfuhr dieses, daß jene Dinge, die es als Personen im Munde führte, als solche juristisch nur hingehen; wir dagegen präsentiren ihm dieselben als eine Denknothwendigkeit, und stellen sie, verkennend, daß wir sie selbst nur aus der Volksanschauung und Volkssprache haben, als *juristische* Personen, d. i. als fachmännisches Kunstprodukt hin. Dann aber hat die Verdrängung des harmlosen Dinges der Personification durch die juristischen Personen den Einblick in die wirkliche Sachlage erschwert.

So liegt gerade darin, daß man aus den Personificationen Personen gemacht hatte, der Grund, aus dem man zu dem durch die res nullius der Quellen keineswegs empfohlenen Satze gelangt ist: ohne Personen kein Vermögen. Denn in dem Maße, als man sich selbst als den Schöpfer dieser Personen dachte, in der Stille des Herzens wohl auch anklagte, mußte man ihr Dasein rechtfertigen und für ihren Fortbestand Sorge tragen — was am besten geschah, wenn man sie als eine Nothwendigkeit hinstellte; diese Nothwendigkeit aber war, wenn aus irgend etwas, einzig und allein aus dem Satze zu deduciren: kein Vermögen ohne Person.

Noch heute gehen alle diejenigen, welche die juristische Person für eine Nothwendigkeit halten, von dem eben gedachten Axiome aus; und umgekehrt pflegen diejenigen, welche ein subjectloses Vermögen für eine Unmöglichkeit halten, juristische Personen aufzustellen; begnügt sich *Böhlau* anstatt der Person mit einer Personenrolle[6]), bedeutend, daß die bezüglichen Vermögen nur wie Personen gehörig behandelt werden, nicht irgendwelchen Personen selbst gehören[7]), so hat er die zuvor in thesi behauptete Nothwendigkeit des (realen) Subjects in praxi verlassen[8]); denn die Personenrolle will nicht einmal juristische[9]), geschweige denn wirkliche Person sein.

Die nun aber, wir meinen durch ihre juristische Person, auf

6) Rechtssubject und Personenrolle, Weimar 1871.

7) a. a. O. §. 1. I. S. 4; §. 2 — was nebenbeibemerkt auch wirklich der Fall ist.

8) arg. des Verf.'s eigenes Wort, S. 16. „Was für die Zwecke eines gewissen *thatsächlich* herrnlosen Vermögens . . . erworben wird ꝛc.

9) a. a. O. S. 17 „— nicht eine Person, weder eine physische, noch eine juristische, sondern nur eine *Personenrolle*. —" Keine Puppe, sondern nur Eine kleine Kunstfigur. — Hinkel, Gockel, Gackeleia.

das Axiom, daß kein Vermögen ohne Person sei, gekommen sind, haben sich theils in logischen Widerspruch, theils in verschiedene Unnatürlichkeiten verwickelt. Als logisch fehlerhaft ist heute erkannt der Puchta'sche Aufbau: Kein Vermögen ohne Person — soll, dem Zwecke zulieb, für den es bestimmt ist, ein Vermögen gleichwol ohne Person bestehen, so wird eine solche hinfingirt[10]; mit dem gleichen Erfolg, mit welchem hier Puchta ein Vermögen vermittelst einer fingirten Person zum Bestehen bringt, würden wir unsere Hüte an einen Hacken hängen, den wir an die Wand denken, fingiren[11]. Darum haben Andere[12] die juristische Person in eine Realität zu verwandeln gesucht, indem sie dem Rechte die Macht beilegen, beliebige Dinge mit Persönlichkeit und also Vermögensfähigkeit auszustatten, und in den mit Vermögen dotirten unpersönlichen Dingen ebensolche vom Recht mit Persönlichkeit ausgestattete Dinge erblicken. Sie sagen nicht, daß das Recht beliebige Dinge in Personen verwandeln könne; denn das wäre Zaubermacht; allein mit natürlichen Dingen geht es auch nicht her, wenn Kirchen, Erbschaften, Waisenhäuser ꝛc. auch nur in Persönlichkeiten verwandelt werden. Puchta hatte vor diesen Persönlichkeiten zum voraus einen fast religiösen Abscheu ausgesprochen[13], und darum angelegentlichst „nur unsichtbare Dinge,

---

10) s. besonders Weiskes Rechtslexikon, sub v. Corporation — Vorll. u. Compendium §. 25.

11) vgl. die bei Zittelmann a. a. O. S. 18. Anm. 15 gesammelten Stimmen von Köppen, Windscheid, Demelius, Bekker, Jhering, Böhlau, Randa. —

12) s. besonders Arndts, Münchener Vierteljahrsschr. Bd. I. S. 95 etwas anders Pandd. §. 41. Böcking, Pand. §. 30 §. 62; vordem wohl auch Unger, Comm. z. ö. b. GB. Bd. 1 §. 42 Münchener krit. Ueberschau Bd. 6 S. 158. Seuffert, P. §. 50. Aber jetzt auch Bekker, zur Lehre vom Rechtssubject, Jhering'sche Jahrbb. Bd. 12, 1 z. B. S. 46 „Träger eines Rechts kann auch die Sache sein, gerade ebensogut wie der Mensch; es erfordert dies durchaus keine menschliche Eigenschaft, nur daß das objective Recht die Sache als Rechtsträger annehme ꝛc" vgl. ebendas. S. 12 S. 25.

13) Weiske's Rechtsl. a. a. O. S. 66 „das Recht ist . . nie so weit gegangen, körperlichen Dingen außer dem Menschen die Persönlichkeit beizulegen, und sie den Menschen gleichzustellen, und in der That ist dies eine sittliche Unmöglichkeit. Die Zumuthung, leblose Körper, oder Thiere als Personen und also als unseres Gleichen anzuerkennen, wäre höchstens unter solchen Nationen denkbar, welche körperlich Dinge nicht blos als Bilder von Göttern, sondern als Götter selbst betrachten . . . Es sind daher nur unsichtbare Dinge, nur Begriffe als weitere Subjecte einer Persönlichkeit behandelt worden.

nur Begriffe" (abstracte Gesammtheiten, pias causas oder Zwecke) zu juristischen Personen gestempelt. Arndts beruft sich auf die Adoption — die jedoch nur den Fremden zum Hausgenossen[14]), keinen Nichtmenschen zur Person oder Persönlichkeit erhebt. — Einfacher verwandelten wieder Andere die juristische Person gleich selbst und direct in eine wahrhafte Person, corrigirten Haubolds Rubriken de personis veris und de personis fictis, und machten daraus lauter wahre Personen, nur daß die einen Menschen, die anderen aber Staaten, Corporationen, Anstalten, überhaupt „Organismen" sind[15]). Aber warum nennen wir denn nicht vor allem unsere Darwinianischen Vetter Personen? — Endlich aber findet Zittelmann, daß die für die hereditas jacens und andere subjectlose Vermögen nöthige Person der wirkliche Mensch sei, nur nicht der ganze Mensch, sondern blos seine Persönlichkeit; denn Persönlichkeit ist der Mensch minus Leiblichkeit; die Leiblichkeit ist etwas für unsere Persönlichkeit ganz irrelevantes; Persönlichkeit ist Willensfähigkeit und eine Willensfähigkeit ist ohne Leiblichkeit ja sehr wohl denkbar. Aber wenn wir es noch einmal in diesem Leben dazu gebracht haben sollten, eine menschliche Persönlichkeit ohne Leib, und eine Willensfähigkeit ohne irdisches Gefäß zu denken: wie soll man es anfangen, um solche leiblose Persönlichkeiten und Willensfähigkeiten als Inhaber einer hereditas jacens, eines Stiftungs- oder Corporationsvermögens zu denken? man macht einen Sprung von der Willensfähigkeit in das Gewollte, je nachdem in einen erstarrten, oder in einen krystallisirten, oder in einen kosmisch geeinigten Willen, und hat nun in dem erblasserischen, in dem Stiftungs- und in dem Corporationswillen eine „wahre Person", von der die betreffenden Vermögen „regiert" und ohne Zweifel auch gehabt werden[16]).

Angesichts dieser Widersprüche und Unnatürlichkeiten ist es nun aber auch zu einer Reaction gekommen, die, von dem Gedanken getragen, daß man ein Vermögen, wenn es ohne Person, (Subject) nicht zu bestehen vermag, durch eine fingirte Person

14) s. oben S. 170.

15) s. die Vertreter dieser Ansicht (Beseler, Bluntschli, Kuntze, Salkowski, Lasson und früher auch Baron, bei Zittelmann §. 13.

16) Zittelmann a. a. O. §§. 21—23. §. 24. §. 25. §. 26. §. 36. §. 37. §. 49.

nicht zum Stehen bringen *kann*, und durch eine natur-, rechts- und sprachwidrig componirte Person oder Persönlichkeit nicht zum Stehen bringen *darf*, — dem Axiome: „kein Vermögen ohne Person" entweder entgegentritt mit dem Satze: „ein Vermögen kann auch ohne Person oder Subject bestehen" und die juristische Person dann wieder auf die Personification, jedenfalls aber von der Anmaßung innerer Nothwendigkeit auf eine bloße Practikabilität (Function) zurückführt — *oder* aber beipflichtet, sodann aber überall auch nur wirkliche Personen als Inhaber der bezüglichen Vermögen aufstellt.

Was nun aber zunächst diese letztgedachte, *Jhering*'sche[17]) Negation personenloser Vermögen anlangt, so widerstrebt sie den Quellen, die nicht nur allgemein von res nullius im Sinne gewisser irgendwohin zuständiger Güter oder Vermögen reden[18]), sondern auch von den einzelnen Bestandtheilen solcher Vermögen sagen, daß sie den Personen, die man etwa für ihre Jnhaber halten möchte, schlechterdings nicht zustehen[19]); sie widerstrebt aber auch der gemeinen Anschauung z. B. von den Pfründnern, welche durch Jhering, als „Destinatäre", zu Kapitalisten werden. — Innerhalb der anderen Lehre aber, wornach Vermögen auch ohne Person oder Subject bestehen können, hereditas jacens, Stiftungs- und Corporationsvermögen also wirklich res nullius sind, besteht ein durchgreifender Unterschied darin, daß Andere[20]) es bei der Negation der Subjectsnothwendigkeit bewenden lassen, während wir das ausfallende Subject durch ein auf der entgegengesetzten Seite auftauchendes Object, den Zweck nämlich, zu ersetzen, und in diesem den positiven Punkt zu behaupten suchen, in welchem ein Vermögen ebensowohl als in einer Person seinen Stütz- und Mittelpunkt, sagen wir seinen Gehörpunkt findet. Zwar hat es

17) Geist d. r. R. Bd. 3. 1. S. 331.

18) s. oben §. 60 Anm. 5.

19) l. 1 pr. l. 6 §. 1 D. r. d. 1, 8 l. 7 §. 1 D. quod cujusc. univ. 3, 4 l. 10 §. 4 D. de in jus voc. 2, 4 — vgl. *Bruns*, Holtzendorff'sche Encykl. S. 335, nach welchem die Römer „die Rechte und Schulden der universitas vollständig von denen der Einzelnen trennen" — consequent also doch wohl auch die von ihm angenommene „indirecte Berechtigung" der Corporationsmitglieder am Corporationsvermögen ausschließen.

20) *Köppen*, *Demelius*, *Windscheid*, vgl. *Zittelmann* §§. 6—10 und jetzt wohl auch *Unger*, das österr. Erbr. 2. Aufl. §. 7 Anm. 5 trotz seiner in Anm. 22 allegirten Worte.

namentlich Windscheid nicht versäumt, zu demonstriren, wie ein Vermögen ohne Subject bestehen könne[21]), und wird man sich, wenn seine Demonstartion richtig ist, dazu bequemen müssen, ein Vermögen nicht nur ohne Person oder Subject, sondern auch ohne alle und jede Zugehörigkeit oder Zuständigkeit zu denken. Allein abgesehen davon, daß es noch nicht ausgemacht ist, ob die Essenz aller Rechte, ob namentlich die des Eigenthums, also die Substanz gerade des fundamentalsten Vermögensrechtes in dem „Wollendürfen" aufgeht (§. 62, 1), so entsteht die Frage, ob in dem Wollendürfen nicht das Wollen als integrirender Theil gedacht, und ob dieses ohne ein Wollendes, gleichwie das Dürfen ohne ein Dürfendes, dieses und jenes ohne Subjeet zu denken ist? — eine Frage, die wir nicht zu bejahen vermögen[22]).

§. 61.

Zwecke.

Sprachlich kann etwas nicht blos irgendwem, sondern auch für etwas gehören. Es ist unsere Behauptung, daß wie sprachlich, so rechtlich etwas für etwas gehören könne, daß in der That einzelne Sachen wie ganze Vermögen in unabsehbaren Massen für etwas gehören, und daß alle die Sachen und Vermögen, die das römische Recht das einemal juristisch-nüchtern als res nullius, das anderemal populär-personificirend als Göttern, Städten, Tempeln und gar vielen anderen Dingen — gehörig[1])

21) Pand. §. 49 Anm. 2. „— Mit dem Begriffe des Rechts vereinigt sich die behauptete Möglichkeit (subjectlosen Vermögens) durch die Betrachtung, daß das Recht nicht reales Wollen ist, sondern Wollendürfen. Allerdings kann dieses Wollendürfen entfaltet . . . werden nur durch reales Wollen; aber dieses reale Wollen kann entfaltet werden durch Vertretung, wie es ja auch durch Vertretung beschafft wird, wenn ein willensunfähiger Mensch Subject des Rechts ist.

22) vgl. auch Zittelmann, S. 34. S. 35. Unger, krit. Ueberschau Bd. 6 S. 160 unten: „— wo es ein Dürfen gibt muß es auch ein Dürfendes geben, wo ein Müssen, ein Müssendes, wo ein Vermögen ein Vermögendes. —"

1) — res ad pios usus destinatas: l. 53 §. 2 l. 42 §. 7 C. episc. 1, 3; — donationes super piis causis factae — dare in pias causas damnati — donationes in s. ecclesias, vel in xenodochiam, vel in orphanotr. etc. factas l. 19 C. SS. eccl. 1, 2 l. 46 C. episc. 1, 3; — pro redemtione captivorum relinquere l. 49 eod.; cf. bona seu peculia quae ad curias pertinere noscuntur l. 20 eod.; possessiones ad SS. eccl. pertinentes l. 11 l. 14 C. SS. eccl. 1, 2 etc.; ex bonis

hinstellt, sämmtlich für etwas gehört haben. Der Beweis hiefür liegt mehr als in allem anderen in logischer Nothwendigkeit. Da keine Person zu nennen ist, *der* sie gehört haben, muß etwas gewesen sein, *wofür* sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für einen Zweck gehört; denn in dem wofür liegt unausweichlich der Zweckgedanke. Folgeweise nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen [2]).

Fragt man, wofür diese personenlosen Vermögen gehört haben, oder welches die Zwecke waren, wofür sie gehörten, so sind das, den Theil für das Ganze genommen, zumeist dieselben Dinge, welche nach der personificirenden Redeweise der Quellen als Herren und Eigenthümer derselben erscheinen — Gemeinwesen (universitates), und zwar dieselben, welche wir bereits oben unter den Personengesammtheiten §§. 34—38 näher in Betracht gezogen haben (Staat, Gemeinde, Corporation und Kirche); ferner die piae causae der christlichen Zeit, von denen jedoch einige, als Corporation, zu den Gemeinwesen gehören (monasteria, oratoria etc.), die übrigen dagegen, wie alles was pium ist [3]), einen Gemeinzweck bilden, jedoch aber in keinem Gemeinwesen bestehen und darum diesen deutlicher als Sonderzwecke gegenüber gestellt werden könnten. In den piis „causis" ist der Zweck als das die bezüglichen Vermögen beherrschende Ding bereits als solcher und generell zum Ausdruck gekommen; daraus, daß dies bezüglich des heidnischen Stadt- und Corporationsvermögens noch nicht der Fall ist, darf nicht geschlossen werden, daß Staat, Gemeinde, Corporation den diese Vermögen beherrschenden Zweck nicht gebildet haben; so gut als die Klöster piae, konnten weltliche Gemeinden und Corporationen publicae causae genannt werden; erscheint

---

ad fiscum pertinentibus l. 49 §. 6 C. episc. 1, 3. Cervantes, Zwischenspiele, übers. v. Hermann Kurz S. 73 Bursche: „Gebt um Gottes willen etwas zur Oellampe der Sennora Santa Lucia, die Euch dafür Euer Augenlicht bewahren möge . . . Almosen zum Lampenöl für die heilige Frau Lucia!" Soldat: „heischt Ihr's für die Lampe oder für das Oel?" ꝛc. Opferstöcke „für die Armen!" ꝛc.

2) ein seitdem mehr oder weniger von Demelius, Randa, Bekker, Böhlau, von Bruns wenigstens für das Stiftungsvermögen (Holtzendorff's, Encykl. 2. Ausg. S. 338), am vollständigsten von Francesco Forlani, (delle persone giuridiche, studio critico — Bologna 1871 p. 25. III. sqq.), angenommenes Wort u. Ding.

3) l. 42 §. 10 l. 44 pr. C. episc. 1, 3 Nov. 123. c. s.

doch der Staat selbst, wenn nicht als causa, so doch als res publica.

Indeß so weit auch der Zweck personificirt wurde, ist er — abgesehen von den Fällen, da eine pia causa unter diesem Gattungsnamen beschenkt, honorirt, oder sonst wie dotirt wird [4]) — kaum einmal in seiner Totalität personificirt worden; vielmehr hat man, was an ihm das Sichtbare, Greifbare ist, herausgegriffen und das als Person hingestellt. Denn nicht ohne weiteres der Gott, die Stadt, die Corporation, die Kranken und Armen waren der Zweck, für den die Vermögen gehörten; sondern wie der Zweck die allgemeinste, essentiellste, freilich an sich unsichtbare, Seite der Dinge, ihr Sein oder Nichtsein, deren Wohlfahrt oder Verderben trifft, so war es, voll gesprochen, die Pflege der Götter (Cultus) und Gemeinden, der Kranken und Armen, was das Wofür der Tempel- und Gemeinde-, der Armen- und Krankenvermögen bildete. Erst im „Loskauf" der Gefangenen tritt ein zugleich concret und doch voll ausgedrückter Zweck, die Befreiung, ein besseres Sein, zu Tage; freilich pflegt dieser auch nicht mehr personificirt, sondern reell als das Ding bezeichnet zu werden, wozu oder wofür vermacht wird [5]).

Uebrigens verdient hervorgehoben zu werden, wie wenig die Phantasie sich auch hier binden läßt, indem sie bald diese bald jene Seite des Zweckes hervorzieht, das eine Mal „den Gott", „die Bürger", „die Kranken und Armen", „die Gefangenen" [6]), oder voller „die Stadt", „das Dorf", „das Collegium" überhaupt den Gegenstand [7]) im Zwecke, den ganzen oder einen Theil desselben, zum Herren des Vermögens erhebt, ein anderes Mal dagegen das Mittel zum Zwecke oder ein Stück aus seiner Pflege in die Person umsetzt, und also Tempel, Kirchen, Waisen-, Kranken- und andere Häuser [8]) erben und erwerben läßt, — oder aber endlich den Zweck ganz liegen läßt, das Vermögen selbst anfaßt, und die Kammer (aerarium), den Korb (fiscus), die Kiste (arca), kurz Dinge, die den klingenden Theil desselben zu um-

4) Beispiele oben in Anm. 1.
5) z. B. pro redemtione captivorum relinquere l. 49 C. episc. 1, 3.
6) vgl. oben §. 59 Anm. 1 ferner l. 24 l. 28 l. 49 §. 6 C. episc. 1, 3.
7) Ulp. 24, 8 l. 73 §. 1 D. leg. I. l. 20 D. reb. dub. 34, 5.
8) l. 13 l. 17 §. 1 C. SS. eccl. 1, 2 vgl. oben §. 59 Anm. 1.

schließen und so zu beherrschen pflegen, aus leblosem Verschluß in Beschließer, und aus unterthänigen Beschließern in hochmögende Herren und Inhaber auch des unverschließbaren Vermögens verwandelt [9]). So unnatürlich aber, daß sie das Vermögen selbst zum Herren seiner selbst gemacht hätte, wie das die Theoretiker der juristischen Person beim Stiftungsvermögen und der hereditas jacens zu thun pflegen [10]), dürfte sie wohl nicht verfahren sein; wird in den Quellen „hereditas" als das Ding bezeichnet, das domini loco habetur, domina est, personae vice fungitur, personae vicem sustinet [11]), so braucht darunter mit nichten das Erbvermögen, es kann sehr wohl das Erbwesen in seiner Totalität, oder die Erbfolge gemeint sein, so daß die Erbfolge, für deren wo möglich unverkümmerten Eintritt und Erfolg das Erbvermögen aufrecht erhalten und bewahrt wird, insoferne auch gehört [12]), als die Person hingestellt ist, der das Erbvermögen gehört. Desgleichen sind die Quellen unschuldig an jenen Puchta'schen Personengesammtheiten, welche mit Abstraction von den Personen zu denken und so Personen sein sollen [13]); heißt es, daß etwas universitatis, non singulorum sei [14]), so wird damit die Totalität und Einheit im Gegensatze zu den Theilen, nicht ein Schemen im Gegensatze zu wirklichen Wesen individualisirt und personificirt.

Je mannigfaltiger aber die Variationen der populären und unpopulären Phantasie über das Subject der subjectlosen Vermögen sich gestaltet haben und noch gestalten, desto nothwendiger wird die Feststellung des reellen Gehörpunktes — es wäre denn, daß die Willkür, welche man sich factisch gegen die Zweckvermögen erlaubt, besonders gegen die großen, in der juristischen Unsicher-

9) vgl. oben §. 59 Anm. 1 in fin. vgl. l. 82 D. pro soc. 17, 2 „in communem arcam pecuniae versae" — bedenke auch unsere Zunftladen und Kammergüter.

10) vgl. darüber Demelius, Jhering'sche Jahrbb. Bd. 4. S. 118 fgg.

11) z. B. l. 15 pr. D. interrog. 11, 1; l. 31 §. 1 D. her inst. 28, 5; l. 116 §. 3 D. leg. I. 30 §. 2 J. her. inst. 2, 14.

12) vgl. einstweilen Bekker, Jhering'sche Jahrbb. Bd. 12 S. 95 unten fg.

13) vgl. darüber R. Schmid, über die sg. Genossenschaften, Arch. f. civ. Pr. Bd. 36, S. 1621.

14) l. 6 §. 1 D. rer. div. 1, 8.

heit, wohin denn eigentlich diese res nullius zuständig seien, fort und fort ihre Entschuldigung finden solle.

§. 62.

Einwände und Hindernisse.

Dagegen, daß es Zwecke sind, für welche das subjectlose Vermögen gehört, oder daß es für etwas gehört, ist

1. seit der ersten Auflage vornehmlich geltend gemacht worden, daß das Gehören wie das Vermögen in Rechten beruhe, daß die Rechte aber sämmtlich in einem Dürfen und Können, in Verfügungs- und Gebrauchsbefugnissen bestehen, die man nur Personen nicht Zwecken zuzudenken vermöge[1]). Indessen wird sich in der Lehre vom Eigenthum zeigen, daß wenigstens dieses im Dürfen und Können, in Macht und Befugniß nicht aufgeht, vielmehr wesentlich ein „Pertinenzrecht" ist[2]), d. h. in einer so totalen rechtlichen Verbindung der Sache mit der Person besteht, daß sie als deren Eigenschaft (ejus esse) oder Eigenthum erscheint. Eine derartige Verbindung der Sache ist ebensowohl mit einem gewissen Zwecke als mit einer gewissen Person denkbar. Die Obligatio dürfte wenigstens nach ihrem ursprünglichen Wesen das sein, was das Wort sagt: eine Verbindung, und zwar der Person des Obligirten entweder mit der Person dessen, der — oder mit dem Zwecke, wofür sie verbunden ist. Was aber die Befugnisse und Machtvollkommenheiten anlangt, welche dem Eigenthümer und Gläubiger auf Grund jener Verbindungen zustehen, so erscheint es zwar auf den ersten Blick als ein unlöslicher Conflict, daß das Dürfen und Können in der That nur in Personen denkbar ist, das Zweckvermögen aber dieses Dürfens und Könnens, dieses Gebrauchs- und Verfügungsrechtes so wenig entrathen kann, wie das Personenvermögen, wenn es nicht ungenützt und unbeweglich da liegen soll. Indessen gibt es Vertreter, welche für den Vertretenen nicht blos die Ausübung des Rechtes, sondern das Recht

1) Unger, österr. Erbrecht, 2. Aufl. §. 7 Anm. 5 S. 32. Böhlau, Personenrolle S. 7. Zittelman, Begriffe u. Wesen der jj. PP. S. 41 unten.

2) Beiträge zur Systematik des röm. Civilrechts, insbesondere von Dr. Carl Wirth, Docenten a. d. Univ. Erlangen, 1856 (Erlangen, Deichert) S. 29 unten.

selbst haben[3]), umsomehr die einzelnen aus einem Rechte fließenden Befugnisse für diesen haben können; und so können und müssen wir für Zweckvermögen Vertreter haben, denen die aus dem Eigenthum und den Obligationen fließenden Befugnisse und Machtvollkommenheiten, weiterhin alle die Vermögensrechte, welche substanziell blos im Dürfen und Können bestehen — selbstverständlich überall nur für den Zweck, fiduciarisch — selbst zustehen.

Uebrigens bestünde der aus der Persönlichkeit des Dürfens und Könnens geschöpfte Einwand nicht blos gegen das Zweckvermögen, sondern gegen jedwede Theorie, die unsere res nullius nicht wie Jhering wirklichen Personen zuschreibt. Denn weder die fingirte Person, noch der zur Persönlichkeit erhobene Stein, noch die organische Person des Staates, noch die von der Leibhaftigkeit der Person abgelöste Person, noch endlich das neutralisirte Wollendürfen haben ein Dürfens- und Könnens-Vermögen.

2. Auch bei denen, die dem Zweckvermögen Einlaß gewährten, läuft dieses Gefahr, in bloßer Zweckſatzung aufzugehen[4]). Selbst Bekker, der „Zuwendung" und „Zweckſatzung" mit Recht auseinanderhält, ist nahe daran, das Zweckvermögen aus bloßer Zweckſatzung hervorgehen zu lassen und den Producten der Vermögenszuwendung entgegenzustellen[5]). Uns ist kein Zweckvermögen ohne Zweckſatzung, aber auch keines ohne Zuwendung denkbar. Mit allem Nachdruck beharren wir darauf, daß dasselbe kein bloß für gewisse Zwecke bestimmtes, sondern ein für diese gehöriges Vermögen ist[6]). Für gewisse Zwecke bestimmt kann auch ein einer Person gehöriges Vermögen oder Vermögensstück

---

3) z. B. Dotaleigenthum des Mannes, Adstipulator und Correalgläubiger — vgl. l. 4 §. 3 D. alien. jud. mut. c. f. 4, 7 — dominio in eos (procuratores ad litigandum datos) plerumque ex justa causa translata — und auch jetzt noch (trotz Böhlau a. a. O. Anm. 16 a. E.) den deutschrechtlichen Prodominus und Provasallen der Klöster, Städte ꝛc.

4) z. B. Böhlau S. 40 „— des Gemeinschaftszweckes, für welchen das Corporationsvermögen bestimmt ist —", vgl. S. 32. S. 33. Demelius, Jheringsche Jhbb. Bd. 4. S. 127 unten: „— eines Vermögensganzen, welches ausschließlich für gewisse öffentliche oder sonst anerkannten Zwecke bestimmt ist —", vgl. S. 131. 132.

5) Bekker, zur L. vom Rechtssubject, Jheringsche Jhbb. Bd. 12. S. 62 fgg., 72 fgg. Doch siehe S. 63, „Eher könnte man die Zweckſatzung als Zuwendung des Rechts an den Zweck bezeichnen".

6) vgl. 1. Aufl. S. 987. Nro. 3.

7) a. a. O. — modus — causa ob quam —

sein; für sie gehörig ist allein das Zweckvermögen. Die christliche Consecration bringt die res sacra nicht nothwendig aus dem Eigenthum der Person, ist an sich blos eine mit sacralem Ritus verbundene Zwecksatzung; die heidnische res sacra ist nothwendig Niemand, dagegen nothwendig für etwas (ad cultum divinum) gehörig, darum nicht ohne dedicatio, Zuwendung. In der Stiftung denken wir eine Zwecksatzung (allenfalls auch Zweckanerkennung, wenn für einen vordem gesetzten Zweck gestiftet wird), aber ebensowesentlich eine Zuwendung (Schenkung, Erbeinsetzung, Vermächtniß, Sammlung). Daß auch das Corporationsvermögen anders als durch Zuwendungen nicht zu Stande komme, und daß jedes Vermögensstück in dem Augenblick, wo es sich von seinem bisherigen Inhaber abwendet, sich, wenn es nicht res libera werden soll, in Wahrheit wo nicht einer Person, so doch irgend etwas zuwenden, d. h. von diesem Augenblick an irgendwohin gehören muß[8]), sollte klar sein. Vergeblich sucht Böhlau[9]) die Parallele des ad aliquem und ad aliquid pertinere zu beseitigen.

3. Das pertinere ad aliquem und ad aliquid schließt sich gegenseitig aus. Würde das Zweckvermögen auf bloßer Zwecksatzung beruhen, so könnte man auch das Vermögen, welches Titius mit der Auflage der Restitution oder einer gewissen Verwendung bekommen hat, Zweckvermögen nennen. Nun aber das Zweckvermögen überdies auf Zuwendung an oder für einen gewissen Zweck beruht, so kann es im Allgemeinen nicht zugleich irgend einer Person gehören. So wenig ein Vermögen, das dem A gehört, zugleich Vermögen des B sein kann: so wenig kann ein Vermögen, das für eine pia causa ꝛc. gehört, zugleich einer Person gehören. Sachen und Personen, welche eigenthums- und obligationsweise mit einem Zweck verbunden sind, können nicht zugleich mit einer Person verbunden sein. Nur Befugnisse, die für einen Zweck bestehen, ihm aber in der That nicht zustehen können, können irgend einer Person in Vertretung des Zweckes

8) vgl. Serv. ad Virg. Georg. III. 16 betreffs der Dedication: — dare se dicebat numini ... quod .. necesse fuerat .. ab humano jure discedere.

9) a. a. O. S. 6.

zustehen[10]). Darnach vermögen wir der Bekker'schen Combination von Zweck und Subject[11]) nicht zu folgen.

§. 63.

System.

Wie vom Personenvermögen und den Personenrechten überhaupt die Personen im System abgelöst, und unter eigener Rubrik zur abgesonderten Betrachtung hingestellt werden, und das Vermögen erst später mit Abstraction von den Personen, denen es gehört, zur Darstellung zu gelangen pflegt, so ist in den vorhergehenden §§. 59—62 vom Zweckvermögen hauptsächlich dasjenige, was hier anstatt der Person oder des Subjectes steht oder vorkommt: die Personification, die s. g. juristische Person, der Zweck — in Betracht gezogen worden, noch bevor das betreffende Vermögen selbst in Angriff genommen wird. Dabei war es jedoch, bei dem Stande der Doctrin und der Bestrittenheit der Sache, unerläßlich, einigermaßen auch schon in den Begriff und die Begründung des Zweckvermögens überhaupt einzutreten (bes. §§. 61. 62). Was aber die weitere Begründung seines Daseins, die Verfolgung seiner inneren Anlage und seiner äußeren Behandlung, seiner verschiedenen Arten und die Feststellung zweifelhafter Fälle, seine Eigenthümlichkeiten in Begründung, Verwaltung, Vertretung u. s. f. anlangt, so bleibt alles das dem dritten Abschnitte des dritten Buches vorbehalten. Gelegentlich wird dortselbst aber auch von den Zwecken im Einzelnen des näheren die Rede sein müssen.

10) s. oben Anm. 3.
11) a. a. O. S. 91. 95.

26700.

Drittes Buch.

Die Rechte.

Erster Theil.

Die Rechte überhaupt.

A. Begriff und Inhalt.

§. 64.

Was der Einzelne nach rechtlicher Ordnung (§. 18) darf und kann, soll oder muß, ist im Rechte zumeist nicht unmittelbar, sondern vermittelst Aufstellung von Rechten, Anerkennung gewisser außer dem Rechte entsprungener Pflichtverhältnisse (officia), und durch Sanction von Strafen bestimmt.

Die Rechte sind auf den ersten Blick alle nichts als Befugnisse und Mächtigkeiten, indem nicht nur jede einzelne Befugniß oder rechtliche Machtvollkommenheit „Recht" heißt [1]), sondern auch jene Collectivbegriffe, welche wir heute systematisch [2]) und in ausgezeichnetem Sinne des Wortes „Rechte" nennen, wie die väterliche Gewalt, das Eigenthum, die Obligation, nichts als Inbegriffe von Befugnissen und Machtvollkommenheiten zu sein scheinen. Bei näherer Betrachtung aber wird sich zeigen, daß gewisse Privatrechte, und zwar die fundamentalsten von diesen, nämlich

1) Z. B. l. 1 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 — ut . . legare volet . . jus potestasque esto —; l. 151 D. r. j. 50, 17 — qui id fecit, quod facere jus non habet —; l. 8 §. 5 D. relig. 11, 7 — inferre in eum locum, quo ei jus inferendi esset —; l. 136 D. r. j. 50, 17 — donandi . . vendendi et concedendi jus —; pr. J. quib. alien. licet 2, 8 Gaj. 2, 62 — alienandi potestas —; Gaj. 4, 123, 124 — potestas agendi —; l. 120 D. v. s. — heredis instituendi et legata et libertates dandi potestas —;

2) S. oben §. 17.

die ersten Abzweigungen aus der ursprünglich allumfassenden [3] Manus (patria potestas, manus, Eigenthum), zuvor und wesentlich etwas anderes, nämlich die durch Mein und Dein ausgedrückte Verbindung einer Person oder Sache mit einer bestimmten Person (der Sache auch mit einem bestimmten Zwecke) sind, während die öffentlichen Rechte, und die Abzweigungen aus dem Eigenthum (jura in re und vielleicht auch die Obligationen) etwas mehreres als Befugnisse und Machtvollkommenheiten allerdings nicht sind, wiewohl auch sie auf Verbindungen zurückgehen, jene auf gewisse Personen-Verbindungen (§§. 34—49), diese auf das Eigenthum, das ja wesentlich Verbindung ist.

Verschieden von dem rechtlichen Nichtdürfen und Sollen, das für alle oder gewisse Andere mit dem Rechte des Einen begründet, also blos dessen Kehrseite ist, wie die Schuld (dare, facere, non facere oportere) zu dem Forderungsrecht, wie die Abstinenzpflicht (uti, frui, vi, clam facere, auferre, ducere non licere) zum Eigenthum, wie die Botmäßigkeit unter jussus, interdictum, decretum, überhaupt imperium der Magistrate — sind die Pflichten, welche, in den von altersher katechetisch gehegten und rangmäßig abgestuften Pietäts-, Reverenz- und Treuverhältnissen gewisser Personenkreise [4] gelegen, zwar auch vom Rechte wahrgenommen werden, allein niemals „Rechte" oder „Actionen" der Anderen, sondern heilige und weltliche Acht [5], Infamie [6],

---

3) Christiansen, Wissenschaft d. röm. Rechtsgeschichte I. S. 137. Jhering, Geist d. röm. R.'s II. 1. §. 32. S. 169. Th. Mommsen, röm. Forschung I. S. 6. A. Pernice, M. Ant. Labeo, S. 107 fgg.

4) S. die veterum doctrina de gradu atque ordine officiorum bei A. Gellius N. A. V., 13 §. 1: dann §. 5 ibid. In officiis apud majores ita observatum est: primum tutelae, deinde clienti, tum cognato, postea affini — feminae viris potiores habitae pupillarisque tutela mulieri praelata — §. 4 — Sanctius habuere, defendi pupillos quam clientem non fallere. Adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientes nemo dicit. Patrem primum, postea patronum proximum nomen habere. Dazu die interdicta officii tuendi causa, inf. de libero homine exhibendo (l. 2 §. 1 D. interd. 43, 1) und vielleicht die officia magistratuum überhaupt.

5) Serv. zur Aeneis 6, 604: patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto, — Paul. R. S. III. 4. A. §. 7: Moribus per praetorem (prodigo) bonis interdicitur etc. s. oben §. 54 Anm. 6.

6) l. 9 C. susp. tut. 5, 43 l. 1 pr. in fin. D. his qui not. inf. 3, 2.

Querel [7]) und Bitte um obrigkeitlichen Zwang [8]) gegen den Pflichtwidrigen nach sich ziehen.

Indem von der gesetzgebenden Gewalt auf gewisse Handlungen Strafen gesetzt werden, sind jene stillschweigend als solche, die man nicht vornehmen darf (unerlaubte HH., delicta, crimina) bezeichnet. Allein die meisten von ihnen erscheinen nicht erst durch diese Verpönung, sondern schon als Eingriffe in fremde Rechte oder deren Subjecte unerlaubt. Bedeutsamer für die Rechtsordnung wird die Strafsatzung dadurch, daß mit ihr überall die Gewährung von Rechten verbunden, daß mit der poena privata die Gewährung einer actio (poenalis), mit der poena publica das Recht zur Ausübung der Strafgewalt verbunden ist. Allein das Recht der Strafgewalt wie das der privatrechtlichen Verfolgung von Delicten könnte älter sein als das der legislativen Strafsatzung [9]). Da läge die ursprünglichste und wesenhafteste Bedeutung der Strafsatzung für die Rechtsordnung darin, daß sie das Recht der öffentlichen und privatrechtlichen Delictsverfolgung begrenzt und regelt [10]).

§. 65.

Das rechtliche Dürfen und Können (licere, posse) ist, wiewohl sprachlich vermengt [1]), in sich verschieden. Das Dürfen oder die Befugniß ist etwas, das zu beiden Gattungen von Handlungen, den gemeinen und den Rechtsgeschäften, vorkommt; das rechtliche Können oder die rechtliche Macht dagegen etwas, was nur zu Rechtsgeschäften, im weitesten Sinne des Wortes also nur zu solchen Handlungen vorkommt, welche vom Recht zur Erzielung seiner unsichtbaren, rechtlichen Wirkungen aufgestellt oder recipirt

7) D. inoff. test. 5, 2.

8) Alimentations- u. Dotationspflicht, „anomalische Rechte" Savigny, Syst. II. bes. S. 118. D. E., Zeitschr. f. gesch. R. W. VI. S. 238, Anm. 1. Unten §. 73.

9) vgl. z. B. Tacitus, Ann. III, 26 — Nobis Romulus, ut libitum, imperitaverat —; Jhering, Geist d. r. R. I. Thl. 3. Aufl. §. 11. Anm. 25a. §. 11a.

10) Rudorff, RG. Bd. I. §. 30. „Das röm. Strafrecht ist die objective herkömmliche oder gesetzliche Schranke der ihrer Natur nach unbeschränkten persönlichen Strafgewalt".

1) vgl. z. B. J. quibus alienare licet 2, 8 mit pr. eod. — accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit —

sind [2]). — Wo die rechtliche Macht zum Rechtsgeschäfte besteht, ist zumeist auch die Befugniß zu demselben da; allein zuweilen besteht jene, wo diese fehlt [3]). — Von dem physischen Können ist sowohl unser Dürfen als unser Können [4]) verschieden, wiewohl sich weder dieses noch jenes ohne physisches Können bethätigen kann; allein der gemeinen Handlungen ist das physische Können auch ohne das Dürfen mächtig (vi, clam facere, Delict); Rechtsgeschäfte ohne rechtliche Macht sind null und nichtig [5]).

Wie das rechtliche Dürfen von dem moralischen, so unterscheidet sich das rechtliche Können nicht nur von dem physischen, sondern auch von anderem übersinnlichen Können, nämlich von dem was man dem Glauben [6]) und dem Aberglauben nach kann [7]). Es steht aber geschichtlich und begrifflich dem des Glaubens näher als dem der Gewalt; in der Mitwirkung der Götter lag ehedem sein Effect [8]), bei den Pontifices die Kunde von seinen Voraussetzungen und sein Ritus [9]); ein Göttliches und ein Glaube ist

2) z. B. die alienandi, obligandi, agendi potestas (§. 64. Anm. 1. a. E.) l. 151 D. v. s., 50, 16. Delata hereditas quam quis possit adeundo consequi —

3) z. B. alienandi, manumittendi potestas trotz gesetzlichen Verbots, wenn lex imperfecta; alienandi potestas des in fraudem creditoris veräußernden Gläubigers neben dem interdictum fraudatorium; die Macht der Ehescheidung — neben den Scheidungsstrafen; agendi potestas (mit Consumtion) trotz dilatorischer exceptio — neben causa cadere des alten Rechts, vgl. den Recensenten von Sells bedingter Tradition in der halle'schen Literaturz. v. 1837 Ergänzungsblatt, Nr. 5. Arndts, Beiträge S. 171. 12.

4) vgl. den Sinn, welchen das non aliter potest der l. 1. in dem Titel D. test. quemadm. aperiantur (29, 3) hat, mit dem Sinn, den es in dem Titel D. de transact. 2, 15 (l. 6) haben muß, wenn es hier einen Sinn haben soll.

5) z. B. D. qui testamenta facere possunt etc. 28, 1 — l. 15 — l. 19 eod. l. 20 pr. D. a. r. d. 41, 1. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qui tradit; . . . Si non habuit . . nihil transfert.

6) potestas ordinis — z. B. quod hi qui extra ecclesiam sunt, nec ligare possunt, nec solvere etc. c. 4 Gratian. C IV. qu. 1.

7) Schwarz- und Zauberkunst und das hier technische „können".

8) Liv. l. 36 — Id negare Attus Naevius . . neque mutari, neque novum constitui posse, nisi aves addixissent, — — — — Auguriis tantus honor accessit, ut nihil belli domique postea nisi auspicato gereretur — Val. Max. II, 1 §. 1. Apud antiquos non solum publice sed etiam privatim nihil gerebatur, nisi auspicio prius sumto — Cic. divin. I. 16 §. 28. Nihil fere quondam majoris rei nisi auspicato ne privatim quidem gerebatur —

9) Liv. 1, 20. Pontificem . . (Numa) legit, eique sacra omnia

noch heute seine Realität; denn die Wirksamkeit der rechtlichen Macht wurzelt, wie die des Rechtes aus dem sie herkommt überhaupt, nicht in der Gewalt, sondern in der uns angeborenen Leidenschaft für das Recht, in Unmuth und Empörung über das Unrecht, d. i. in der Idee und Idealität des Rechts (§. 18 Anm. 7 u. a. am Ende).

Ein rechtliches Können ist auch schon die Rechtsfähigkeit (§. 52), allein ein Können, kraft dessen man nur über sich selber Macht hat (Passivobligation); erst dadurch, daß sie, durch eigene oder fremde That, zum Rechte potenzirt wird, wird sie zur rechtlichen Macht nach außen, über Sachen, Personen (Vermögen- und Familienrechte), und das gemeine Wesen (res publica — öffentliche Rechte).

Das Dürfen und Können ist nur in Personen denkbar. Darum sind die Rechte, deren einzigen Inhalt sie bilden (§. 64 Abs. 2), nothwendig und ausschließlich Prädicate von Personen, Rechte „subjectiven Sinnes." Nun aber die Rechte nicht alle in einem bloßen Dürfen und Können, sondern etwelche zuvor und wesentlich in einer Verbindung bestehen, welche bis auf ein gewisses, als eine Verbindung oder Pertinenz von Sachen mit etwas, auch mit Zwecken möglich ist, so gibt es auch Rechte, die ihrem wesentlichen Bestande nach keinen Personen zuzustehen, also nicht Rechte „subjectiven Sinnes" zu sein brauchen, sondern, ein Vermögen bildend, Zweckvermögen sein können, behufs ihrer Ausübung aber Personen zu Vertretern haben, welchen die aus ihnen naturaliter folgenden Befugnisse und Mächtigkeiten für den Zweck zustehen — welche für diesen dürfen und können (§. 62).

§. 66.

Im großen Ganzen und ohne Rücksicht auf ihr Vorkommen und ihre Vertheilung in den einzelnen Rechten betrachtet ist

A Sache bloßer Befugniß der Gebrauch

I. von Gegenständen der außer uns liegenden Körperwelt (uti frui licere ea re etc.) —

II. unserer eigenen Kräfte, und zwar

1. der leiblichen, in Gestalt von Arbeit, Spiel, Anwendung

exscripta exsignataque attribuit; quibus hostiis, quibus diebus, ad quae templa sacra fierent etc.

von Gewalt, Besitzergreifung, bald mit bald ohne Zuziehung von Gegenständen der außer uns liegenden Körperwelt (operae — ludum facere — vim facere, verberare, suplicium sumere etc. — apprehendere —)

2. der geistigen, in Gestalt der Rede

a. zu Befehlen, Verboten, Erlaubnissen, es wäre denn, daß sie Rechte nach sich ziehen wie das beim imperare, vetare, interdicere, jubere, mittere in possessionem der Obrigkeiten der Fall sein kann (S. 215 a. E.)

b. zur Lehre, Erbauung, Unterhaltung („Lehr- u. Preßfreiheit").

B. Sache rechtlicher Macht sind die Rechtsgeschäfte im weitesten Sinne des Wortes, mithin alle Geschäfte, welche vom Rechte selbst aufgestellt oder anerkannt sind

I. zur 1. Schöpfung und Aufhebung so wie 2. zur Anwendung seiner selbst

II. zur 1. Schöpfung und Aufhebung sowie 2. zur Geltendmachung von Rechten.

Im Einzelnen sind das

ad I. 1. die Legislation, sie mag nun die That eines Einzigen oder ein Complex von Handlungen verschiedener Gesetzgebungsfactoren (legem scribere, ferre, perferre, promulgare, suadere, jubere, figere), der Ausfluß autocratischer Gewalt, oder das Product magistratischer Potestät mit patricischer Auctorität, senatorischem Rath und volksmäßiger Abstimmung — einseitige Willenserklärung oder ein Act zwischen Magistrat und Volk (agere cum populo) sein; —

2. die responsa prudentium, so weit diese jus respondendi, und damit bindende Kraft für den Richter hatten [1]); die richterlichen Sentenzen, indem sie jus inter partes oder inter omnes schaffen [2]); die jurisdictio in allen ihr eigenen, nicht etwa dem imperium mixtum zugehörigen Erscheinungen. Was insonderheit die jurisdictio anlangt, so schafft sie nicht nur da, wo sie concret, zu der Partei und dem Richter, sondern auch da wo sie generell (edictaliter) vor allem Volk spricht, kein neues Recht [3]);

1) Gaj. I, 7 l. 2 §. 5 §. 47 D. or. j 1, 2.

2) vgl. l. 3 D. re jud. 42, 1. Qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet.

3) §. 2 J. bon. poss. 3, 9. s. oben S. 182. Anm. 28.

hier ist sie Verheißung, dort Vollzug entweder directer oder fictiſcher Anwendung vorhandenen Rechts; wo direct neues Recht aus jurisdictio zu stammen scheint, wie in der Gewährung der schlechthin in factum concipirten Actionen [4]), liegt allerdings keine bloße Rechtsanwendung, vielleicht aber auch keine bloße Function der jurisdictio mehr vor, sondern ein Ausfluß des imperium mixtum. Denn da gewiß ist, daß der Magistrat aus dem imperium mixtum sein cavere jubere hatte [5]), so liegt nahe, daß er aus derselben Machtquelle auch den Befehl zu jenen Sponsionen ableitete, vermittelst deren Judicate über bloße Facta möglich wurden [6]), wie daß er nachmals aus bloßen Faktis auf so viel, als er einst wetten lassen konnte, auch ohne Sponsion, wie wenn gewettet worden wäre [7]), condemniren ließ; derartige Machtenfaltung war im officium jusdicentis inbegriffen [8]); insofern rührte auch sie von der jurisdictio her [9]). Wie die Niedersetzung von Gerichten überhaupt [10]), konnte auch die Gewährung einzelner Klagen Imperialsache sein. — Indessen was anfangs keine Rechtsanwendung, sondern Ausübung einer magistratischen Befugniß (des imperium mixtum) war, gewann später dadurch, daß sich die Ausübung selbst an feste und generell edicirte, auch tralaticisch fortgepflanzte und constant eingehaltene Voraussetzungen band, das Ansehen eines Rechtes; die edictsmäßigen Voraussetzungen der actiones honorariae bekamen das Ansehen von Rechtsnormen, diese actiones selbst das Ansehen von Rechtsansprüchen (jus praetorium, honorarium; praetoriae, honorariae actiones) [11]).

4) Gaj. 4, 109 — ex ea causa, ex qua nobis edicto Praetoris (anstatt lege) datur actio — 110 — eas actiones quae . . ex propria ipsius (Praetoris) jurisdictione pendent — cf. §. 3 §. 8 J. act. 4, 6.

5) l. 4 D. jurisd. 2, 1.

6) Keller, Civilpr. §. 26. Anm. 307. Vgl. Bekker, die Actionen d. röm. Privr.'s: S. 131 „— oder zeigen gerade die Sponsionen, daß über Thatfragen damals nicht direct, sondern nur, wenn sie in dieser Hülle vor den Magistrat gebracht worden, ein Richter zu haben war"; ferner die Exceptio in Sponsionsgestalt (Savigny, Keller, Rudorff und Sell).

7) vgl. lex Rubria c. 20 Z. 21 fgg.

8) l. 1 l. 2 D. jurisd. 2, 1.

9) Anm. 4.

10) s. die judicio imperio continentia bei Gaj. 4, 103 sqq.

11) §. 7 J. jure nat. 1, 2 l. 7 §. 1 l. 11 D. just. et jure 1, 1; § 3 sqq. J. 4, 6.

ad II. 1. Rechtsgeschäfte im engsten Sinne des Wortes (Vermögens- und Familiengeschäfte, 4. Buch); —

2. „Actionen" — außergerichtliche und gerichtliche.

Diese Geschäfte sind alle von unsichtbar rechtlicher Wirkung, und so denn auch ohne rechtliche Macht in der Person des Handelnden nicht möglich, es sei zu denselben nun bloße Rechtsfähigkeit, wie zur Occupation, Obligirung der Person, Testamentserrichtung, Suffragium, oder ein Recht überdies erforderlich, wie das Recht der Magistratur zur Einbringung von Gesetzen, wie das Recht der jurisdictio zur magistratischen, das Richteramt zur richterlichen, das jus respondendi zur consiliarischen Rechtsanwendung — wie das Eigenthum, Forderungs- und Erbrecht zu Veräußerungen, Verpfändungen, Cessionen, Delegationen, Erbschaftsantretungen — irgend ein civiles oder prätorisches Recht zur Geltendmachung durch actio. Namentlich darf man sich das in den Actionen begriffene „Klagrecht" als keine bloße Befugniß vorstellen; denn es entfaltet sich nicht, wie man aus dem Ausdruck „Klage" (querela) entnehmen möchte, zu einer bloßen Beschwerde wegen Rechtsverletzung und Bitte um Abhilfe, die freilich Alle vor- und anzubringen vermögen, sondern zu einem „Prozesse", der den erhobenen Anspruch selbst ergreift (consumirt, novirt, judicirt), und in welchen den Anspruch nur der Berechtigte selbst und ein geschlossener Kreis von Personen zu „deduciren" vermögen [12]).

§. 67.

C. Jene unsichtbar-rechtliche Verbindung, welche wir oben S. 210 fg. als das Fundament und Wesen gewisser Rechte bezeichnet haben, kommt

I. als eine Verbindung von Sachen mit Personen oder Zwecken einzig und allein in Gestalt des Eigenthums vor. Im Besitze, der eine factische Verbindung von Sachen mit Personen oder Zwecken ist, hat das Eigenthum sein Gegenstück. Aber wie das Eigenthum sich historisch in ein legitimes (römisches — ex

12) l. 4 cf. l. 9 §. 2 l. 10 l. 11 §. 3 §. 9 §. 10 l. 29 §. 1 D. exc. r. j. 44, 2. Gaj. 4, 98; l. 5 in fin. D. fidej. 46, 1. l. 31 §. 1 D. nov. 46, 2.

jure Quiritium) und in ein erst legitimirtes (naturales — in bonis habere, einfaches ejus esse) abstuft, so steigt sein Gegenstück von einer lediglich factischen Verbindung (corporalis possessio) zu einer halb factischen, halb rechtsartigen Verbindung (possessio schlechthin) aufwärts, um als b. f. possessio schon „fast Eigenthum" [1]) zu werden. Schon die Rechtsartigkeit der possessio schlechthin ist eine Eigenthumsartigkeit, da sich possessio und Eigenthum nach der Sache woran, nach der Person in der, und nach dem animus mit welchem sie möglich sind, vollständig decken; allein diese Eigenthumsartigkeit der possessio ist nur eine der objectiv-rechtlichen Definirung (Eingrenzung, Beschränkung), keine des subjectiven Rechtes [2]), während die Eigenthumsartigkeit der b. f. possessio eine des subjectiven Rechtes ist [3]). Ferner läßt jener auch von uns [4]) wahrgenommene Parallelismus zwischen Eigenthum und Besitz [5]) zwar den Gedanken aufkommen, daß die possessio nach dem Vorbilde des Eigenthums zugeschnitten sei; aber möglich ist auch das umgekehrte Verhältniß [6]); —

II. als eine Verbindung von Personen mit Personen, zum Theil auch mit Zwecken. Diese Verbindung ist

1. eine eigenthumsartige, so denn auch durch meum oder ejus esse ausgedrückte Verbindung zwischen den alieni juris homines und ihrem Gewalthaber. Wie beim Eigenthum ist die Verbindung auch hier von der Art, daß das Eine der verbundenen Dinge zum Object, das Andere zum Subject wird (§. 58). Allein

a. die eine Hälfte der alieni juris homines konnte von ihrem Gewalthaber schlechthin „sein" genannt werden [7]) und war denn auch in gemeinem Eigenthume mit diesem verbunden [8]);

1) l. 48 D. a. r. d. 41, 1.

2) l. 12 §. 1 l. 3 §. 5 D. a. v. a. p. 41, 2.

3) l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 — in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est —

4) Pandekten, erste Auflage 1856 S. 58 Abs. 1.

5) Jhering, dogm. Jahrbb., Jahrgang 1868. Beiträge zur Lehre vom Besitz, insb. S. 122 fgg.

6) l. 1 §. 2 D. a. v. a. p. 42, 2.

7) Gaj. I, 119. 4, 16. »— Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo —« s. Gaj. 1, 123 — mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur —

8) Ulp. XIX, 1 — mancipi res sunt praedia in italico solo . . . item servi.

b. die andere Hälfte konnte nur adjecta causa „sein" genannt werden [9]), war nicht so sehr im Eigenthum als in potestate, dadurch den sui juris homines die nur in potestate (tutela) stehen, näher, aber, weil mancipirbar [10]), ja selbst entwendbar [11]), doch wieder in eigenthumsartigem Verhältniß.

Noch abgeschwächter erscheint die Eigenthumsartigkeit dieser Verbindung im heutigen Rechte (§. 58 u. Familienrechte); —

2. eine obligatorische. Wenigstens nach der lex Poetelia findet man im römischen Rechte den obligatus nirgends mehr als solchen, wohl aber noch lange zufolge Judicat (oder Addictio) seinem Gläubiger eigenthumsartig [12]) „obligirt" d. i. „verbunden."

Dieses Eigenthum, das der Gläubiger an der Person des Schuldners vielleicht einmal von vorn herein hatte (Nexum) [13]), das er späterhin durch Judicat (oder Addictio) bekam, ist aber niemals Selbstzweck gewesen, wie sonstiges Eigenthum, sondern Unterpfand für eine Leistung wie das Eigenthum bei der fiducia cum creditore; „Nexum" und „Obligatio", welche an sich so gut als manus und mancipium Eigenthum auszudrücken geeignet sind, waren da Spezialbezeichnung für das in Pfanddienst stehende Eigenthum [14]). Freilich in das Corpus Juris scheint kein

9) l. 1 §. 2 D. rei vind. 6, 1. — Per hanc . . actionem liberae personae quae sunt juris nostri . . non petuntur — nisi forte . . adjecta causa quis vindicat. Si quis ita petit: »filium suum« vel »in potestate ex jure Romano« (Mommsen), videtur mihi et Pomponius et Pomponius consentire, recte eum egisse —

10) Gaj. I. 116—123.

11) Gaj. III, 199. Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sunt, sive etiam uxor quae in manu nostra sit ..... subreptus fuerit.

12) s. besonders die oben Anm. 11 allegirte Stelle bei Gajus III, 199 a. E. si . . furtum fit . . . . sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit — wornach manus injectio (Gaj. 4, 21) Folge, nicht Ursache der Zugehörigkeit; hinwider Gaj. 3, 189 — utrum autem (fur manifestus) servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur — und dazu B. Hollweg, Civilpr. Bd. 2. §. 113. Anm. 5.

13) vgl. meinen „Begriff der Obligatio" in der Wiener „Zeitschrift für d. öffentliche u. Privatr. der Gegenwart, Bd. 1. S. 19 fgg. und zu der dortigen Anmerkung jetzt K. Maurer's Abhandlung über „die Schuldknechtschaft im altnordischen Rechte" im Sitzungsberichte der k. b. Akademie der Wissenschaften, hist. phil. Klasse, Sitzung vom 3. Januar 1874.

14) — Nexum . . . quae per aes et libram fiant ut obligentur — Varro, l. l. sub v. »nexum.«

Wort auch nur von dem nachträglichen Eigenthum an der Person des Schuldners aufgenommen zu sein; kommt gleichwol die Verhaftung des Schuldners durch den Gläubiger auch in ihm vor [15]), so dürfte diese längst nur mehr ein Zwangsmittel gewesen sein, mit dem man Zahlung oder sonstige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners oder Dritter anstrebte, keine Gewalt, mit der man sich Satisfaction aus der Person des Schuldners selbst (durch Arbeitszwang, Verkauf) gleichwie aus dem Sachenpfand verschaffte [16]), die Person des Verhafteten nicht mehr zur Satisfaction gedient haben wie das echte Pfand. Zur Satisfaction dient nicht mehr die Person, sondern ihre Pertinenz, d. i. ihr Vermögen [17]). — Heute ist die Person des Obligirten auch keiner Verhaftung durch den Gläubiger mehr ausgesetzt; ihre Verbindung mit dem Gläubiger besteht nur mehr darin, daß sie der gerichtlichen Verfolgung durch diesen, und damit der Trennung von ihrem Vermögen zu Gunsten desselben ausgesetzt ist [18]).

B. Arten.

1. Oeffentliche und Privatrechte.

§. 68.

Die Rechte sind sämmtlich theils öffentliche theils privatrechtliche.

Dieser Unterschied beruht auf dem der Verbindungen, in denen die Rechte zum Theil bestehen, oder aus denen sie hervorgehen (§. 64).

a. Die Verbindung, aus der die öffentlichen Rechte hervorgehen, ist eine Personenverbindung; allein im Gegensatze zu denjenigen Personenverbindungen, in welchen patria potestas, manus, mancipium besteht, eine Verbindung von Gleichberechtigten, so

15) l. 34 D. re jud. 42, 1 l. 43 l. 45 D. v. s. 50, 16. l. 1 C. qui bon. ced. 7, 71. l. 10 in fin. D. ex quib. causis maj. 4, 6.

16) XII tab.: Tertiis autem nundinis capitis poenam dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant — Tertiis nundinis partis secanto — Knechtesarbeit: Varro l. l. VII. §. 105 Liv. 2, 23; 8, 28.

17) vgl. Bekker, zur L. vom Rechtssubj., Jhering'sche Jahrbb. Bd. 12. Heft 1. S. 69 fgg.

18) actione teneri, obligatum esse, und dazu die Sammlung von Belegstellen bei Bekker, über das Verhältniß von Actio zu Obligatio, Berliner „Zeitschr. f. Rg." Bd. 9. S. 387.

daß Keiner dem Anderen als bloßes Object gegenüber steht wie dort. Die dieser Verbindung entstammenden Rechte stehen zwar alle den Einzelnen, zum Theil einem Einzigen oder Wenigen aus der Verbindung, allein Keinem als Vorrecht, Sonderrecht oder um seiner selbst willen zu; denn das ginge wider das gleichheitliche Wesen der Verbindung, so wie gegen den Begriff eines wahrhaft öffentlichen Rechtes; vielmehr hat man sie für Alle, im Dienste des Allen gemeinsamen Interesses. Als die Verbindung, aus welcher derart öffentliche Rechte entspringen, denkt man den Staat mit seinen Gemeinden. Und vorausgesetzt nur, daß der Staat Gemeingut Aller (res publica), der Einzelne „civis", nicht byzantinischer „subjectus" ist, können öffentliche Rechte reiner und mächtiger nicht zum Ausdrucke gelangen als in ihm, als in dem Rechte der Legislation und der Jurisdiction, die schon dem Namen nach im Dienste des Allen gemeinsamen Gesetzes und Rechtes stehen. Allein die echte Publicität beruht in Gleichberechtigung; und nun diese in den Staaten nicht selten verschoben, Executive und Jurisdiction bis zum Privateigenthum herabgesunken, das Suffragium verstummt, hingegen Gleichberechtigung fort und fort das Lebenselement der Corporationen ist, so wird in diesen, trotzdem sie dem Staate unterworfen (S. 134 oben) und insoferne Privatverbindungen sind, das Wesen der öffentlichen Rechte zwar nie so mächtig, allein oft reiner zum Ausdrucke gelangen, als im Staate.

b. Die Verbindungen, in welchen die Privatrechte bestehen oder ihren Grund haben, sind sowohl Verbindungen von Personen, als von Sachen mit Personen (zum Theil auch Zwecken), allein Verbindungen, in denen nun nicht mehr das Princip der Gleichheit, sondern das der Ueber- und Unterordnung waltet, in denen nicht mehr blos die Sache Pertinenz, Eigenschaft, Eigenthum der Person, sondern auch die eine Person zum Objecte von Rechten der anderen Person (alieni juris — §. 58), überhaupt ihr eigenthumsartig unterworfen wird (§. 67 C. II). Die Rechte, welche in solchen Verbindungen bestehen (Eigenthum — patria potestas, manus), oder auf sie zurückführen (jura in re — obligatio), gehören wieder überall Einzelnen, allein nun nicht mehr in Gemeinschaft oder in Vertretung aller Anderen, sondern mit Aus-

schließung aller Anderen, und heißen um eben dieser Absonderung von der Gemeinde willen *Privatrechte*. Die Privatisirung von Grund und Boden läßt sich nahezu bis zur ersten Ausscheidung aus dem Gemeinlande verfolgen und kommt heute noch vor; die Thatsache dagegen, daß das Kind dem Vater und nur ihm adgnascirt, von ihm adoptirt wird, daß die Frau mit ihm und nur mit ihm *confarreirt*, durch in manum *conventio* und überhaupt *verbunden* wird — kurz die Thatsache solcher persönlich-privatrechtlichen Verbindungen dürfte so alt sein wie die Thatsache publicistischer Verbindungen (S. 134 Abs. 1). —

So gegensätzlich hienach das Wesen der öffentlichen und der Privatrechte, und der ihnen zu Grunde liegenden öffentlichen und Privat-Verbindungen auch an und für sich ist, so treffen sie doch in Personen und Sachen leicht zusammen. *Was Object von Privatrechten ist, kann daneben immer noch Sache des öffentlichen Rechtes, oder es kann zugleich Subject von öffentlichen Rechten sein.* Grund und Boden ist, wenngleich im Privateigenthum, darum von dem Gemeindeverbande nicht völlig getrennt (Flurzwang — Legalservituten — commercium juris civilis am fundus italicus); die freien Personen sind, wenngleich alieni juris, mit und neben ihrem Gewalthaber in der öffentlichen, gleichberechtigenden Verbindung. *Das Wesen der Publicität kehrt mitten im Privatrechte wieder*, insoferne der Hausvater sein Recht zwar nach außen (entgegen den extraneis) für sich, allein nach innen pflichtgemäß nicht blos für sich, sondern für die Gesammtheit des Hauses hat, und insoferne er noch in geschichtliche Zeit herein innerhalb des Hauses selbst magistratisches Recht hatte. Umgekehrt hat, unter Schwächung oder Verdrängung der Gleichberechtigung *privatrechtliches Wesen in den öffentlichen Rechten um sich gegriffen*, indem sie zu Vorrechten der Geburt, vererblich, veräußerlich ꝛc. geworden sind.

Mit den öffentlichen und Privat-Rechten hängt selbstredend das öffentliche und das Privat-Recht (§. 24, 1) zusammen. Wie die Rechte nicht ohne das Recht, so sind die öffentlichen Rechte nicht ohne das öffentliche Recht u. s. f. Und so weit die Privatrechte erst durch Ausscheidungen von Sachen aus dem Gemein-

verbande entstanden sind, ist auch das Privatrecht aus dem öffentlichen Rechte heraus entstanden. Sonst dürfte das Privatrecht zugleich mit dem öffentlichen entstanden sein; Privatrecht ohne öffentliches Recht vermögen wir nicht zu denken.

2. Gemeine Rechte und Privilegien.

§. 69.

Begriff.

„Privilegium" bedeutet häufiger objectives Recht, irgend einen Rechtssatz des jus singulare nämlich [1]; nebenher auch das subjective durch dieses privilegium erlangte Recht [2]; mitunter jedoch ein Recht subjectiven Sinnes, das sich, wie wir meinen (§. 71, 1) überhaupt auf kein objectives Recht, keinen Rechtssatz, sondern nur mehr auf einen gewissen Rechtsact stützt [3] (Privilegien c. S., personales constitutiones). Denkt man sich auch das erstere Privileg in der subjectiven Bedeutung, so lassen sich beiderlei Privilegien allen übrigen Rechten, mögen sie öffentliche oder Privatrechte sein, als gemeinen gegenüberstellen. Denn nähern sich diesen die Privilegien der ersteren Art dadurch, daß sie auf genereller Bestimmung beruhen, so sind doch auch sie das Produkt der Ausnahme. Aber weiter in der Regellosigkeit gehen die Privilegien engeren Sinnes. Keinem Gesetze folgend sind sie unbestimmbar sowohl nach den Personen und Sachen denen, als nach dem Dinge worin sie zustehen werden; ihr Gesetz ist die jeweilige Macht und der jeweilige Wille des Concedenten; Privilegien, welche unter gewissen gesetzlich bestimmten Voraussetzungen ertheilt werden müssen [4], oder unter solchen ohne Ertheilung

---

1) z. B. l. 24 D. test. mil. 29, 1 — Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint — vgl. oben §. 25. Anm. 3.

2) z. B. l. 42 D. adm. tut. 26, 7 — privil. pupilli etc.

3) Savigny, Syst. Bd. 1. S. 65 „— sind überhaupt gar nicht Bestandtheile des allgemeinen Rechts, und unterscheiden sich dadurch gänzlich von dem jus singulare" — s. des weiteren unten §. 71 Anm. 4 u. 5.

4) Erfindungspatente, Gewerbsprivilegien, z. B. nach der bayr. Gesetzgebung, Pözl, bayr. Verwaltungsrecht §. 185 Adoption durch Frauen? §. 46; legitimatio per rescr. principis, u. ex testamento? §. 47.

platzgreifen [5]), sind keine Privilegien e. S. So können es denn wohl gewisse Classen von Personen und Sachen sein, denen gewisse Privilegien ertheilt zu werden pflegen [6]); oder das Privilegium kann einer unbestimmten Zahl bestimmt qualificirter Personen [7]), oder einer ganzen Personengesammtheit ertheilt werden [8]); allein hier und dort ist es noch immer nicht die Gattung oder ein Gesetz, sondern das Belieben des Concedenten, aus welchem die Vielheit der Berechtigungen entspringt; hier und dort sind es noch immer Individuen (privi homines), welche vom Concedenten ausersehen und ohne vorher bestimmendes Gesetz bewidmet werden; ihrer Gattung nach fallen sie unter das Gesetz (jus commune, allenfalls auch jus singulare) [9]), das Privilegium erhalten sie als Individuen. Daß es nicht gattungs- sondern individuumsweise ertheilt und erworben wird, ist dem Privilegium e. S. wesentlich [10]), fällt aber mit seiner Gesetzlosigkeit in eins zusammen.

Unser Privilegium ist gesetzlos aber nicht grenzenlos. Wie die Ausnahme nicht denkbar ist ohne die Regel, so das Privilegium nicht ohne das Recht, dem es seinen Inhalt entlehnt. Das Privilegium kann das Recht ausschließen, negiren, fingiren, aber keine neue Kategorien oder Gattungen von Rechten aufstellen.

Nicht nur dem Worte nach sind die Privilegien mit den Privatrechten verwandt; sie bilden auch einen Gegensatz und Ausschluß des Gemeindlichen gleich jenen; allein der Gegensatz zum Gemeindlichen ist in den Privilegien weiter getrieben als in den Privatrechten. In den Privatrechten sind Sachen und Personen dem Gemeinverbande zwar bis zu der Ausschließlichkeit und Eigen-

5) Verlagsrecht — vgl. Bluntschli, d. Privatr. 2. Aufl. §. 46, 2. a. b.

6) z. B. die Freigelassenen und jus annuli, Klöster und Immunitäten. —

7) z. B. anfängliche legitimatio per subsequens matrimonium: l. 5 C. nat. lib. 5, 27.

8) z. B. jus italicum an Kolonien l. 1 etc. D. censibus 50, 15.

9) z. B. die außeritalischen Colonien unter das des jus peregrinum, die liberi naturales unter das der Vaterlosigkeit ꝛc.

10) Cic. leg. lib. III. c. 19 — in privos homines leges ferri noluerunt (XII tab.); id est enim privilegium — Savigny a. a. O. S. 65 „individuelle Ausnahmen" — vgl. oben Anm. 3 mit l. 8 D. leg. 1, 3. — jura non in singulos homines, sed generaliter constituuntur. Schlayer, Darstellung d. L. v. d. Privilegien, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XII. S. 59.

nützigkeit des Eigenthums, damit aber mit nichten dem öffentlichen Rechte im Uebrigen, also römisch gesprochen namentlich nicht dem imperium, der jurisdictio und den muneribus publicis entzogen (S. 221); durch das Privilegium kann beides, Sache und Person, auch diesem übrigen öffentlichen Rechte entzogen ja dieses öffentliche Recht selbst kann als Privilegium privatisirt sein Zwar das römische Recht hält sich nach dieser Richtung in bescheidenen Grenzen; im germano-romanischen Mittelalter dagegen gewinnt das Privileg, Staaten im Staate gründend, über das öffentliche Recht die Oberhand. Freilich fragt sich, ob bei den Germanen nicht vornherein des Privatrechtes mehr, des öffentlichen Rechtes weniger war als bei den Römern, und ob das Schutzrecht und die Immunität, welche zusammen den Ausgangspunkt für die Territorialherrschaften bilden [11]) und unter den Merowingern [12]) privilegienartig ertheilt werden, nicht bloße Bestättigungen und Nachahmungen alter, und gemeiner Privatrechte waren?

§. 70.

Einzelne Privilegien c. S.

Ohne Rücksicht ob sie noch heute möglich oder Antiquität sind, lassen sich, aus römischen und germanischen Rechten, folgende zusammenstellen:

I. Privates Recht an öffentlichen Sachen:

Wasserbezug aus den Brunnenstuben öffentlicher Wasserleitungen [1]) —

Anlagen, Bauten, Wohnungen auf öffentlichen Wegen [2]), Plätzen [3]), Mauern und Thoren [4]) —

11) Eichhorn, d. Staats- u. RG. 5. Aufl. §. 86. §. 172.

12) vgl. Sickel, Beiträge zur Diplomatik, III. die Mundbriefe, Immunitäten und Privilegien der ersten Karolinger bis zum Jahre 1840, S. 21 fgg.

1) l. 1 §. 38 — §. 45 D. aqua 43, 20; c. 1—9 Cod. Theod. de aquaeductu 15, 2.

2) l. 14 §. 2 D. serv. 8, 1 l. 18 §. 1 D. aqua et aqua pluv. 39, 3.

3) l. 2 pr. §. 10 §. 16 D. ne quid in loco publ. 43, 8 l. 3 §. 4 D. quod vi aut cl. 43, 24.

4) l. 3 D. ne quid in loco sacro 43, 6. Tabula Heracl. 70—72 (Aes Brit.).

2. Privativer Besitz von sonst öffentlichen Rechten:

jus nundinarum, u. E. Marktrecht, wo nach öffentlicher, vielleicht ursprünglich sacraler Ordnung kein „Markt" war, wie namentlich auf Privat-Großgrundbesitzungen [5]); hieher denn auch das Marktrecht in den Immunitäten des Mittelalters [6]) und in Verbindung hiemit ebendaselbst

Münz- und Zollrecht [7]), überdieß

Gerichtsbarkeit [8]); —

3. Alleinbefugniß zu sonst gemeinhin zuständigem Geschäftsbetrieb:

zum Verkaufe gewisser Waaren [9]), zum Betriebe gewisser Gewerbe, beides mit Verbotsrecht gegen die privilegiumswidrige Concurrenz [10]), das letztere zum Theil überdies mit Zwang gegen das Publicum (Bannrechte, Propinationsrecht, Mühlzwang) [11]);

hieher auch das jus respondendi seitdem es an kaiserliche Concession geknüpft war [12]).

4. Rechtsfähigkeiten, Standesrechte, Rechte und Freiheiten ohne die gemeinen oder natürlichen Voraussetzungen:

testamenti factio der Stummen und Tauben (einst nur von Fall zu Fall gewährt) [13]),

---

5) Suet. Claud. c. 12: »Jus nundinarum in privata praedia a consulibus petiit« — Plin. epist. 5, 4: Vir praetorius Sollers a senatu petiit ut sibi instituere nundinas in agris suis permitteretur — u. vgl. dazu l. unic. Cod. de nundinis et mercat. 4, 60: qui ... nundinarum licentiam vel veterum indulto vel nostra autoritate meruerunt, ita beneficio rescripti potiantur etc., während Nov. Theod. II. c. 26 (27) §. 5 auf keine Marktverleihung sondern eine Marktordnung geht.

6) Eichhorn a. a. O. S. 173. 1. §. 172 d. vgl. §. 171. S. 7.

7) a. a. O.; ob desgleichen jemals im römischen Reich? in Betreff des Münzrechts vgl. c. 10 C. Theod. de falsa moneta 9, 21: Si quis super cudendo aere vel rescripto aliquo vel etiam adnotatione nostra sibi arripuerit facultatem — u. dazu sowie zu c. 3 eod. J. Gothofr.

8) a. a. O. §. 172.

9) arg. l. unica C. de monopolis 4, 59 cf. Suet. Tiberius c. 30. c. 31 Plin. hist. nat. 8, 37.

10) Gengler, Lehrb. d. d. Privr's §. 84.

11) a. a. O.

12) l. 2 §. 47 D. or. j. 1, 2 cf. Gaj. 1, 7. Theoph. paraphr. ad Just. lib. I. tit. 2 §. 8. Dirksen, über die Behörden, welche im r. Reich Privilegien ertheilten, in dessen civv. Abhh. S. 282.

13) l. 7 D. qui test. 28, 1 l. 43 D. vulg. subst. 28, 6.

Ingenuität der Freigelassenen (jus annuli und natalium restitutio) [14])

jus italicum der nichtitalischen Gemeinden [15])

jus liberorum der Kinderlosen [16]), jura maritorum der Unverheirateten [17])

das privilegium fisci in bonis debitorum bei Gemeinden [18])

venia aetatis der Minderjährigen [19])

Moratorien [20]); —

5. Befreiung von gemeinen Lasten (immunitas) [21]):

von Steuern und Abgaben [22])

von Aemtern [23])

im Mittelalter von der Betretung eines Grundbesitzes durch die kaiserlichen Beamten [24]), Exemtion von bischöflicher Jurisdiction im canonischen Recht [25]); —

6. Befreiung von Eheverboten des römischen [26]), von Ehehindernissen des canonischen Rechts (§. 44 — Dispensation) [27]); —

7. Befreiung von gerichtlicher Verfolgung und Strafe [28]); —

8. Befreiung von allem Gesetz (Unverantwortlichkeit der Person — legibus solvi) [29]).

14) Dig. de jure aureorum annulorum 40, 10. de natalibus restituendis 40, 11 C. de jure aureorum annulorum et de natalibus restituendis 6, 8.

15) l. 1 l. 7 l. 8 D. censibus 50, 15.

16) Dio Cass. lib. 55. c. 2.

17) Dio Cass. eod. c. 26.

18) l. 10 D. ad munic. 50, 1.

19) l. 3 pr. D. min. 4, 4; de his qui veniam aetatis impetraverunt 2, 45.

20) l. 2 l. 4 C. prec. imp. off. 1, 19.

21) arg. C. de immunitate nemini concedenda 10, 25.

22) arg. l. 1 l. 2 eod.

23) l. unic. C. de his qui a principe vacationem acceperunt 10, 44 cf. C. de vacatione publici muneris 10, 45; C. de decretis decurionum super immunitate quibusdam concedenda 10, 46.

24) s. oben §. 69 Anm. 11. 12.

25) X. 5, 33. 6to. 5, 7 Clem. 5. 7 de privilegiis.

26) l. 31 D. r. n. 23, 2 l. 10 pr. D. his qui not. inf. 3, 2 l. 23 §. 1 §. 2 l. 29 C. nupt. 5, 4. (Dirksen a. a. O. S. 209—315).

27) Conc. Trid. Sess. 24. c. 5 de ref.

28) l. 1. §. 19 §. 10 D. postul. 3, 1.

29) l. 31 D. leg. 1, 3 Pedianus in comm. ad Cic. orat. 1. pro C. Cornelio Dirksen a. a. O. S. 250. Anm. 22 u. 23.

In den Fällen von 1—5 pflegt man von affirmativen, in denen von 5—7 von negativen PP. zu reden, indem dort ein Recht gewährt, hier von Pflichten, Lasten, obrigkeitlicher Gewalt, Verboten und Strafen befreit wird [30]). Freilich kann die Befreiung von derlei Dingen zugleich zum Rechte werden (z. B. Nr. 5. 6).

§. 71.

Folgerungen.

1. Aus §. 70 erhellt, daß die Privilgien e. S. in dem Einzel- oder Sonderrechte, welches in ihnen eingeräumt wird, stets zugleich die Negation eines Rechtssatzes für diesen Fall [1]) enthalten; ja das Privilegium e. S. besteht eben darin, daß zu Gunsten einer bestimmten Person oder Sache irgend ein Verbot außer Kraft gesetzt (§. 70. 1. 2. 6) oder eine Befugniß Anderer aufgehoben (a. a. O. 3), oder von einem Gebote Umgang genommen wird (a. a. O. 5); nur Eine Gruppe von Privilegien scheint primär Rechtsverleihung und nur folgeweise Negation eines Rechtssatzes zu sein (a. a. O. 4). — Enthält das Privilegium aber stets, es sei nun primär oder folgeweise, die Negation eines Rechtssatzes, so setzt seine Verleihung stets einen Beschluß entweder der Legislation selbst [2]), oder einer Behörde voraus, welche durch die Legislation zu solchen Concessionen ermächtigt ist [3]).

---

30) Schlayer a. a. O. S. 60.

1) z. B. des Satzes Publico loco interveniente, vel via publica .. aquaeductus (imponi) non potest — das in l. 14 §. 2 D. serv. 8, 1 (s. oben §. 70. 1) erwähnte Privileg.

2) arg. das Cic. Fragm. de republica: Nec vero aut per senatum aut per principem solvi hac lege possumus — (Dirksen, über die Behörden, welche im röm. Reich Privilegien ertheilten, civv. Abhh. S. 256. Anm. 54). Tab. Heracl. lin. 70—72 Aes Brit.: — ne quis in iis locis inve iis porticibus quid inaedificatum immolitumve habeto, neve ea loca porticumve quam possideto, neve eorum quod saeptum clausumve habeto, quominus eis locis porticibusque populus utatur pateantve, nisi quibus utique lege, plebisve scito, senatusveconsulto concessum, permissumve est. Savigny, Syst. Bd. 1. S. 65 fg.

3) vgl. l. 1 §. 10 D. postul 3, 1 l. 31 D poenis 48, 19 l. 3 D. min. 4, 4, besonders l. 3 §. 4 D quod vi aut clam 43, 24 — Si praeses vel curator reipublicae permiserit in publico facere, Nerva scribit, exceptionem locum non habere, quia etsi ei locorum (inquit)

Insoferne man den Beschluß, daß ein gewisser Rechtssatz für einen gewissen Fall nicht gelten soll, selbst einen Rechtssatz nennen will, entsteht jedes Privileg aus einem Rechtssatz [4]; wir unserseits freilich möchten cum legis haec vis sit, scitum et jussum in omnes (Cicero, leg. 1, 3), und da jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur (l. 8 D. leg. 1, 3), nur generelle Bestimmungen „Rechtssätze" nennen; — insoferne hinwider das Recht des Privilegirten doch erst aus einer besonderen Action der Legislation oder ihres Vollmachtträgers entspringt, hat es Aehnlichkeit mit einem durch Rechtsgeschäft erworbenen Rechte [5]. Die staatsrechtliche Frage, bei wem überall diese Legislative oder ihre Vollmacht sei, ist für das römische Reich in Dirksens oben §. 70 Anm. 12 genannter, reichhaltigen, übrigens Privilegien engeren und weiteren Sinnes, Privilegien und Verwaltungsacte nicht überall auseinanderhaltenden Abhandlung verfolgt [6]; kürzer ist dieselbe für das gemeine deutsche und particulare Recht bei den Neueren behandelt [7].

2. Die Legislation kann aussprechen, daß kein Privilegium ertheilt [8], oder daß seine Ertheilung erschwert werden soll [9];

---

publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est. Hoc ita verum est, si non lex municipalis curatori amplius concedat. Sed et si a Principe, vel ab eo cui Princeps hoc jus concedendi dederit, idem erit probandum; — ferner l. 1 l. 2 C. decret. decur. 10, 46 l. 4 C. decret. ab ord. fac. 50, 10.

4) Windscheid, P. §. 136. Anm. 1.

5) vgl. Puchta, P. §. 31. „Es gibt Rechte die sich überall auf keinen Rechtssatz weder gemeinen noch singulären, gründen, sondern auf eine Concession (const. personalis)" —

6) insonderheit in Betreff des Justinianischen Rechts s. S. 291. 300. 295. Anm. 190.

7) z. B. Schlayer, a. a. O. §. 2 a. E. u. §. 3. Pözl, bayr. Verfr. 4. Aufl. §. 163. Unger, Syst. d. österr. Privrs., 3. Aufl. S. 52. Wächter, w. Privr. II. S. 132. Dernburg, preuß. Privr. S. 41.

8) Cic. pro Sextio c. 39; de leg. 3, 19. Tum leges praeclarissimae de XII tab. translatae duae; quarum altera privilegia tollit — ibid. 3, 4: Privilegia ne irroganto —; — ein Sconsultum durch M. Antonius »ne qua post Idus Martias immunitatis tabula neve cujusquam beneficii figeretur (Cicero, Philipp. Orat. 2 c 26 Dirksen S. 246); — C. de immunitate nemini concedenda 10, 25.

9) s. z. B. in Commentar. ad Cic. Orat. 1. pro Cornelio (Dirksen a. a. O. S. 250. Anm. 22): — ne quis nisi per populum legibus solveretur —

allein mit all ihrer Macht kann sie nicht hindern, daß die spätere Legislation oder Gewohnheit hievon abgeht [10]). Hierin ist Grundes genug, weshalb in Rom trotz des Zwölftafelverbotes fort und fort Privilegien vorkommen [11]). Liegt im Privilegium darin, daß es vom Recht und von der Gleichberechtigung abweicht, ein Grund gegen dasselbe, so spricht der Umstand, daß das Recht der Individualität der Verhältnisse nicht durchweg gerecht zu werden vermag, für dasselbe. Eine Vermittlung zwischen diesem Für und Wider liegt darin, daß a. die Ertheilung der Privilegien mit Berücksichtigung des öffentlichen Interesses geschieht [12]); b. darin, daß solche Personen und Sachen, die sich im öffentlichen Interesse selbst zu einer gewissen Privilegisirung empfehlen, gattungsweise privilegisirt, d. h. durch Rechtssatz (jus singulare) mit einem Sonderrechte bewidmet oder von einem gemeinen Verbot ausgenommen werden. Als ob das Außerordentliche in sich selbst den Trieb nach Ordnung habe, sind manche Fälle der Privilegisirung engeren Sinnes nachmals zum privilegium w. S. (jus singulare) [13]), oder nachdem in der Zeit der großen Reformen in Staat und Kirche an die Stelle des Gegensatzes von jus commune und singulare der ihn überbietende von jus vetus und novum getreten ist, zum jus novum geworden [14]).

3. Unter den Privilegien engeren wie weiteren Sinnes finden sich nirgends die der Magistratur entstammenden (honorarischen) Actionen, Exceptionen, Restitutionen und Immissionen, wiewohl auch sie anfänglich von Fall zu Fall ertheilt worden sein mögen, und außer der Regel des jus civile stehen. Sie zählen nicht unter das jus singulare, sondern sind jus honorarium, stehen dem jus civile, nicht dem jus commune entgegen, sind

10) Fortsetzung der so eben (Anm. 9) citirten Stelle: Sed paullatim ferri erat desitum, resque jam in eam consuetudinem venerat, ut postremo ne adjiceretur quidem in SConsultis de rogatione ad populum ferenda —

11) s. dagegen Dirksen a. a. O. S. 246–257.

12) z. B. l. 2 §. 10 §. 16 D. loco publ. 43, 8.

13) z. B. l. 18 D. tut. 26, 1 cf. C. quando mulier tutelae officio tungi potest 5, 35 bes. l. 2 l. 3 eod.

14) s. oben §. 69. Anm. 6; ferner die Legitimationen: l. 5 C. nat. lib. 5, 27; Liv. 38. 36 l. 57 §. 1 D. r. n. 23, 2 (oben §. 47); Adoption durch Frauen (§. 69. Anm. 5).

eine dem jus civile entgegengesetzte, aber nichts desto weniger eine bestimmte, in der Jurisdiction und deren imperialer Zuthat grundsätzlich wurzelnde und regulär sich entwickelnde Ordnung [15]).

4. Bisher ist das Privileg nur im Gesichtspunkt der Rechte betrachtet worden. Die dasselbe auszeichnende Abweichung vom gemeinen Rechte kann aber auch zum Nachtheile einer Person oder Sache platzgreifen [16]) (privilegia odiosa — gratuita). Im Worte Privilegium liegt der Gedanke des Vortheils nicht; allein nach der großen Mehrzahl der Fälle haben wir ihn hineingetragen [17]).

§. 72.

Regeln.

Von unmittelbar practischem Belange ist

1. der Satz, daß so wenig wie das Privilegium weiteren Sinnes (§. 25 Anm. 26) das des engeren Sinnes eine analoge Anwendung (auf andere Personen oder Sachen) leidet [1]), womit jedoch

2. nicht gesagt ist, daß die Auslegung des Privilegs (für die betreffende Person oder Sache) eine strengere oder andere sei, als die gemeine [2]); auch

3. nicht gesagt ist, daß es auf die Person des Erwerbers beschränkt sein müsse; gibt es ja Privilegien e. S. nicht blos für Personen sondern auch für Sachen (z. B. „rebus concessa im-

15) vgl. l. 1 §. 10 D. postul. 3, 1 — An autem et Praetor (gegen gesetzliche Postulationsbeschränkungen) restituere possit, quaeritur. Et mihi videtur, talia Praetorum decreta non esse servanda: nisi sicubi ex officio jurisdictionis suae subvenerunt: ut in aetate observatur, si quis deceptus sit, caeterisque speciebus quae sub titulo de in integrum restitutione exsequemur —

16) l. 1 §. 2 D. const. 1, 4.

17) vgl. Windscheid, P. §. 29. Anm. 4 §. 135. Anm. 2.

1) l. 1 §. ult. D. const. 1, 4 — personam non egreditur; cap. 9 X. privil. 5, 33 — non est ad alios extendendum propter identitatem rationis —

2) l. 3 D. const. princ. 1, 4. Beneficium imperatoris . . quam plenissime interpretari debemus — z. B. l. 8 §. 7 D. cens. 50, 15 - sed D. Trajanus etiam solum immune factum esse interpretatus est. Göschen, Vorl. Bd. I. S. 354 b.

munitas“ [3]). Die Sachprivilegien gehen mit der Sache von Person zu Person über [3a]), woferne nicht ihre Ausübung an eine bestimmte Qualität der Person geknüpft ist [4]), während die privilegia personae data mit dieser erlöschen [5]); sie heißen auch privilegia causae im Gegensatz zu den pp. personae, und werden als „vererblich“ bezeichnet, während letztere „nicht vererben.“ An der Identität der pp. rei und causae darf man nicht zweifeln; denn die Vererblichkeit der pp. causae ist nur denkbar durch Vermittlung einer mit dem Privileg bewidmeten Sache. Wohl aber sind Privilegien denkbar, welche keiner Sache gegeben sind, keiner gegeben werden können, in der That denn auch nicht vererben, allein nichtsdestoweniger mit der Person, der sie gegeben sind, nicht erlöschen, sondern beim Tode des Privilegirten unabhängig von allem Erbgang [6]), z. B. auf den Erstgeborenen oder ältesten der Familie übergehen [7]). — Privilegien können ebensowohl rei als personae sein (§. 70 besonders 1); hier wird im Zweifel (trotz Anm. 2 b) das Mindere anzunehmen sein [8]).

4. Da das Gewohnheitsrecht aus Werken, und zwar aus gemeiner Uebung entsteht (§. 26), ist nicht abzusehen, wessen und was für Werke es sein sollen, die ein Privilegium e. S. zu begründen vermögen, darum das Gewohnheitsrecht als Quelle von Privilegien e. S. principiell ausgeschlossen [9]). Bedarf das Privilegium e. S. also des Wortes, und zwar des Ausspruches, Beschlusses der Legislation oder ihres Vollmachtträgers (§. 71. 1), so ist auch nicht einzusehen, wie dasselbe aus bloßer Befreiung von einer

---

3) l. 3 §. 1 eod. —

3a) l. cit. — non intercidere — quippe personis data cum persona extinguuntur: rebus nunquam extinguitur.

4) vgl. Seuffert, Pdr. §. 21. 2. Runde, d. Privr. §. 385.

5) l. 196 D. r. j. 50, 17. Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transmittuntur.

6) vgl. l. 46 D. fam. here. 10, 2. Anders Seuffert a. a. O. Anm. 1 a.

7) z. B. das württemb. Erzkämmereramt in der Familie der Gültlingen, wenn es „Privileg“ wäre.

8) vgl. Seuffert a. a. O. Anm. 1 a. Göschen, Vorll. a. a. O. S. 353. III. 2. »privilegia sunt strictae interpretationis« — Glück, Comm. I. S. 558. 1.

9) s. dag. Windscheid, §. 136, 2 u. die dort Agff.

Klage, mithin aus (Extinctiv-)Verjährung entstehen könne [10]). Ob aber das Institut der ordentlichen oder außerordentlichen Ersitzung über die gemeinen Rechte hinaus auf Privilegien erstreckt sei, ob insonderheit der Glaube an das Dasein einer privilegisirenden lex ꝛc. als Ersitzungstitel vorkomme, ist eine Frage an das positive Recht, welche von diesem durch keinen Ausspruch, durch kein Beispiel bejaht wird. Denkbar dagegen und nachweisbar ist, daß unvordenkliche Zeit der Ausübung eines Privilegiums dieses als ein wirklich erworbenes, durch constitutio personalis concedirtes Recht erscheinen lasse [11]). Insofern endlich der Autonomie von Gemeinden oder Corporationen auf irgend einem Punkte ihres Wirkungskreises das Recht der Privilegienconcession (jus concedendi) belassen sein sollte [12]), könnte die Unerweislichkeit auch solch einer autonomen Concession nur durch unvordenkliche Zeit, nicht durch Observanz ersetzt werden. Denn letztere ist das Gewohnheitsrecht der autonomen Körperschaften (§. 27), statuirt also nur objectives Recht.

5. Insoferne die Ertheilung des Privilegs auf Ein- und Angaben der Parteien beruht, gilt jene nur, wenn diese wahr sind [13]). Die Wahrheit ist Bedingung des Privilegs, der Unterschied von ipso jure und ope exc. scheint innerhalb dieses publicistischen Actes nicht gemacht [14]), so nahe auch die Analogie der exceptio sub- und obreptionis liegt.

6. Was Constitutum, Novation, Verbürgung bei den gemeinen Privatrechten, das ist hier Confirmation und Innovation, natürlich durch die Legislation oder deren Vollmachtträger [15]).

7. Für den Schutz des Privilegiums können Klagen privatrechtlicher Art aufgestellt sein [16]), oder nach Analogie der con-

10) s. dag. Windscheid a. a. O. Anm. 3.

11) vgl. Savigny, zu l. 3 §. 4 D. aqua quot. 43, 20 u. l. 26 D. aqua pl. 39, 3. Syst. Bd. 4. S. 492 fgg. bes. S. 509. Puchta, P. §. 59. Schlayer a. a. O. S. 74.

12) vgl. l. 1 C. decret. decur. 10, 46.

13) l. 1 D. nat. rest. 40, 11. Seuff. Archiv oberstr. Entsch. IX. 245.

14) s. dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 1.

15) vgl. Dirksen a. a. O. S. 298; cap. 29 c. 13 X. 5, 33.

16) Interdicte, z. B. quo ex castello l. 1 §. 38 J. aqua 43, 20 und unsere Verbotsrechte, dem Wesen nach auch Interdicte. Windscheid, §. 135, 3.

fessoria und negatoria actio zustehen [17]), oder die gemeinen ausreichen (z. B. für den Schutz der durch Privileg erworbenen Standesrechte, testamenti factio, adoptio etc.); außerdem muß die Staatsgewalt für das einstehen, was von ihr concedirt wurde (Administrativbeschwerde) [18]).

8. Endigen kann das Privileg mit Ablauf einer gewissen Zeit und durch Widerruf, woferne beides schon in der Concession gesetzt oder vorbehalten ist. Ein zeitliches Ende bringt der Tod des Concedenten, wenn auf so lange „als er will" concedirt wird [19]). Unbedungen tritt Endigung durch Verzicht [20]), Nonusus und Verjährung ein, die beiden letztern natürlich nur da, wo der Inhalt des Privilegs sich dazu schickt, durch Nonusus also nur da wo dieser servitutenartig (§. 70. 1.), durch Verjährung wo er forderungsartig (§. 70. 3.) ist [21]). Daß der Verzicht wegen concurrirender Pflichten unwirksam oder nur halbwirksam sein könne [22]), läßt sich weder innerlich [23]) noch äußerlich rechtfertigen; c. 12 X. foro comp. 2, 2 handelt von einem Standesprivileg, also privilegium weiteren Sinnes, auf welches leichtmöglich nach Intention des Gesetzes standeshalber nicht verzichtet werden kann; in dem Falle der l. 29 C. transact. 2, 3 kann auch auf ein solches Privileg verzichtet werden. Freilich Pflichten die bereits zu Schulden geworden sind, müssen trotz Verzichtes gezahlt werden; sonst kann die Pflicht nur Accession des Beneficiums sein, und muß seinem Schicksale folgen. — Daß endlich Gesetze jedwedes Privileg auch ohne Entschädigung aufheben können [24]), läßt sich nicht läugnen; allein damit ist noch nicht entschieden darüber, ob und in welchen Fällen sie es auch sollen.

17) Göschen, Vorll. I. S. 354. 3.
18) vgl. cap. 26. X. 5, 33.
19) c. 5 in 6to rescr. 1, 3 cf. l. 4 D. loc. 19, 2.
20) Invito beneficium non datur. l. 69 D. r. j. 50, 17.
21) In Betreff der bestrittenen Anwendbarkeit des nonusus vgl. c. 13 X. praescr. 2, 26 — quod nec privilegium . . . tibi aliquid commodi afferebat, cum privilegio usus non fueris spatio annorum XXX — allerdings nur als Allegation der Gegenpartei.
22) Schlayer a. a. O. S. 94 Anm. 12.
23) Beneficia nemini obtruduntur — invito beneficium non datur — l. 69 D. r. j. 50, 17.
24) Schlayer a. a. O. S. 91.

3. Rein rechtliche und mehr factische Rechte.

§. 73.

Savigny, System Bd. 1 §§. 71—74.

In unseren Quellen gibt es Rechte, die man ohne Rechtsfähigkeit haben [1]), ohne Selbständigkeit für sich ausüben und geltend machen [2]), trotz capitis deminutio und nonusus behalten [3]), hingegen aber ihrer Vermögenshaftigkeit ungeachtet nicht vererben [4]) kann.

Unzweifelhaft sind das „anomalische Rechte" (Savigny); allein eigen ist ihnen nicht das, daß sie anomalisch sind; denn anomalisch sind auch die Rechte des jus singulare und die Privilegien e. S.; eigen ist ihnen, daß sie gerade jene Anomalien haben, dann aber, daß sie diese nicht durch einen der Rechtsregel entgegen statuirten singulären Rechtssatz oder durch besondere Concession, überhaupt durch ein Privileg oder eine besondere Rechtsquelle, sondern, allem Anscheine nach aus dem Ziel und Zweck ihrer autonomen Schöpfung, zum Theile vielleicht aus ihrer jenseits des Rechtes liegenden Herkunft haben.

In einem Theile dieser Rechte nämlich, wie beim Alimentenlegat, beim Vermächtniß der operae und habitatio, ist im Sinn des Gebers der Erwerber nicht so fast als Subject, das da dürfen und können —, denn als Object, das ernährt, gekleidet, unter

---

1) l. 3 pr. §. 1 D. his quae pro non scr. 34, 8. Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est — l. 11 D. alim. leg. 34, 1 »et praecedentium annorum recte cepisse alimenta.« l. 16 D. ann. leg. 33, 1.

2) l. 9 D. o. e. a. 44, 7. Filiusf. suo nomine nullam actionem habet nisi injuriarum et quod vi aut clam, et depositi, et commodati, ut Julianus putat — l. 8 pr. D. proc. 3, 3 — quo casu solet filiae competere de dote actio — l. 5 §. 12 D. agnosc. lib. 25, 3 Non tantum alimenta, verum etiam caetera quoque onera liberorum patrem a judice cogi praebere — l. 19 D. r. n. 23, 3. vgl. Sav. S. 100. S. 98.

3) l. 5 §. 2 — l. 10 D. cap. min. 4, 5 bes. l. 8 cod.: Eas obligationes quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est, c. deminutione non perire . . itaque de dote actio . . . l. 10 legatum in annos singulos relictum, vel si habitatio legetur . . c. deminutione . . interveniente perseverat — l. 10 pr. D. usu 7, 8 — habitatio . . nec non utendo amittitur, nec c. d. — l. 2 D. operis serv. 7, 7 Operae servi legatae c. d. non pereunt —

4) Ulp. VI. §. 7.

Dach und Fach gebracht, oder bedient sein soll, gedacht. Darum weil die Subjectivität, Befugniß und Macht, zurücktritt, sind sie in facto potius quam in jure [5], darum weil es sich in ihnen um ein zu versorgendes Object handelt, bilden naturales praestationes [6], keine pecuniaria condemnatio den Endzweck der betreffenden Obligationen; um Object zu sein, bedarf man keiner Rechtsfähigkeit, kann man selbst Sclave sein [7]; auf Versorgung läßt man den zu Versorgenden selber klagen, mag er alieni oder sui juris sein [8]; capitis deminutio ergreift nur capita, Subjecte, keine Objecte; non utendo soll untergehen, was man als Subject, zu activer Bethätigung, nicht was man passiv hat; vererben kann man nicht wohl, was man nicht so ganz hat.

Ein anderer Theil der einschlägigen Rechte könnte darum in der gedachten Weise anomal sein, weil er in dem officium zwischen Ascendenten und Descendenten wurzelt, und mit diesem erst nachträglich ins Rechtliche übersetzt, vom Staat und seinen Gewalten wahrgenommen ist [9]. So die querela inofficiosi testamenti, der Alimentations- und Dotationsanspruch zwischen Ascendenten und Descendenten [10]. Denn das Officium besteht unabhängig von der väterlichen Gewalt [11] und kennt keinen Erbgang [12]. Doch mag man den Alimentations- und Dotationsanspruch noch unter den vorigen, die Querel unter den folgenden Gesichtspunkt bringen [13].

Im Gegensatze zu der erstgedachten Gruppe von Rechten nämlich sind andere im höchsten Grade subjectiv, um deswillen von jeher unter väterlicher Gewalt möglich, und unvererblich. So die vindictam spirantes actiones [14].

5) l. 10 D. cap. min. 4, 5.
6) l. 8 eod.
7) Anm. 1.
8) Anm. 2.
9) s. oben §. 64. Anm. 4—8.
10) l. 5 §. 2 D. agn. et al. lib. 25, 3 — cum ex aequitate haec res descendat curitateque sanguinis — l. 19 D. r. n. 23, 2.
11) l. 8 pr. D. inoff. 5, 2 l. 5 §. 1 D. agn. et al. lib. 25, 3.
12) l. 8 pr. cit. Sequenti loco scribit etc.
13) mit Savigny S. 118. 119. 127.
14) l. 17 §. 13 §. 22 cf. l. 5 §. 6; l. 13 pr. l. 28 D. injuriis

Für Popularklagen gilt das Gleiche, weil man sie nicht als Privatmann, sondern als Staatsbürger hat [15]).

Endlich kommt noch vor, daß depositi und commodati actio den Hauskindern in eigenem Namen zustehen kann [16]). Nicht sowohl der Umstand, daß die Klage diesfalls in factum ging, als die Nachbarschaft, in der ihrer gedacht wird (l. 9 cit.), macht glaubhaft, daß dies mit den Delicten und der Vindicta (Anm. 14) zusammenhängt [17]).

Wenn dagegen auch noch Societät und Mandat von unseren Anomalien ergriffen sein sollen [18]), so müssen schlagendere Belege als die dafür beigebrachten [19]) vorkommen. Daß beide Contracte „an sich blos factischer Natur sind", ist ein Wort, von dem man nicht einsieht, warum es nicht überall oder nirgends zutrifft.

C. Entstehung und Uebertragung.

§. 74.

Abgesehen von den Obligationen, die da nur um vorübergehender Leistung willen contrahirt werden, — und abgesehen von denjenigen Rechten an fremder Sache, deren unbegrenzte Dauer das Eigenthum selbst eitel machen würde [1]), sind die Rechte vielleicht alle zu zeitlich unbegrenztem, über Leben und Sterben ihres jeweiligen Inhabers erhabenem Dasein eingerichtet. Ist die Sache, woran Eigenthum besteht, vergänglich [2]), so vergeht um ihretwillen, nicht um seinetwillen das Eigenthum; das Grundeigenthum ist

47, 10 l. 7 §. 1 D. cap. min. 4, 5; — l. 10 in fin. D. sepulchro violato 47, 12; — l. 13 §. 1 D. quod vi aut clam. 43, 24 l. 9 D. o. e. a. 44, 7; — l. 12 D. in jus voc. 2, 4. Si libertus in j. v. . . filium — u. vgl. l. 4 l. 8 D. inoff. 5, 2.

15) l. 43 §. 2 D. proc. 3, 3 l. 6 l. 8 D. pop. actt. 47, 23.

16) Gaj. 4, 47 l. 9 D. o. e. a. 44, 7 l. 19 D. dep. 16, 3.

17) Jhering, Schuldmoment, 1867 S. 29. Anders Savigny, S. 137—143. Eisele, die materielle Grundlage der Exceptio — S. 138 fg.

18) Savigny S. 134—137.

19) Zu l. 65 §. 11 D. pro soc. 17, 2 vgl. l. 58 §. 2 eod. — quaeritur an eadem societas duret, an vero nova sit — wornach auch l. 61 D. mand. 17, 1 zu beurtheilen.

1) l. 3 §. 2 D. usufr. 7, 1. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum —

2) — res quae usu consumuntur vel minuuntur — D. 7, 5.

nicht nur seiner Gattung, sondern auch seinen Fällen nach von vorgeschichtlicher Herkunft und von unabsehbarer Zukunft. Sein Schicksal theilen die Prädialservituten [3]; beide leiden ipso jure keinen Endtermin [4], sind insofern „unendlich". Zum „jus perpetuarium" [5] haben sich Superficies und Emphyteuse von vornherein gestaltet; ihr Ende ist etwas das nicht erwartet, sondern nur verschuldet wird [6]. Aber auch patria potestas und tutela legitima waren nicht an sich, sondern nur durch Abgang des Nachwuchses, Hinfälligkeit oder Reife des Objects von zeitlicher Endlichkeit; sie sind Gegenstand einer Nachfolge vor und außer der Erbfolge [7]; es ist die auf Enkel und Urenkel sich erstreckende, die manus der Söhne und Enkel exercirende [8] (wo nicht gar in sich begreifende [9]) patria potestas, was unter dem Namen der Kinder und der Ehe auf die Söhne übergeht, und als eine und dieselbe, wenngleich vervielfältiget, von Geschlecht zu Geschlecht ununterbrochen überging, wofern der Stamm rechtzeitig forttrieb, ja vielleicht selbst in der Person des beim Tode des paterfamilias noch unverheirateten, oder gar unmündigen Sohnes als fortbestehend gedacht ward [10]. Und wie die Privatrechte erscheinen die öffentlichen Rechte, erscheint insonderheit das imperium des römi-

3) — dominium . . tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit etc. l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1.

4) — cum ad tempus proprietas transferri nequiret. §. 283 fr. Vat. feine temporalis traditio, donatio l. 2 C. donat. quae sub modo 8, 55 l. 26 C. legat. 6, 37. Scheurl, Beiträge, Bd. 2 S. 65 fgg.; — l. 4 D. serv. 8, 1.

5) l 1 C. off. com. s. pal. 1, 34; »perpetua conductio« Gaj. III, 145 §. 3 J. loc. 3, 24 l. 1 §. 1 D. si ager vect. 6, 3.

6) Gaj. l. cit. — ut quamdiu id vectigal praestetur neque ipsi conductori neque heredi auferatur — etc.

7) l. 46 D. fam. here. 10, 2 — mortuo patre quaedam filios sequuntur, etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela — l. 16 D. tut. 26, 1 — nullam tutelam hereditario jure ad alium transire, sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt —

8) Gaj. I. 148, II. 159, III. 3 Ulp. 22, 14. Böcking, Pandd. d. röm. Privr's §. 45. §. d.

9) A. Gellius N. A. XVIII. 6 §. 9 — quae in mariti manu mancipioque aut in ejus in cujus maritus manu mancipioque esset — wo manus noch patria pot. zugleich.

10) — recteque hoc nomine (pf.) appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremf. appellamus — l. 195 §. 2 D. v. s. 50, 16.

schen Staates oder die höhere Magistratur „als ein Gut, welches demselben . . zugleich mit seiner Entstehung . . zugetheilt und seitdem in regelmäßiger Weise von jedem Besitzer auf seinen Nachfolger übertragen wurde“ [11]); „zu den wesentlichsten Eigenschaften des römischen Imperium . . gehört das Recht, das Imperium und überhaupt die Beamtengewalt weiter zu verleihen“ [12]).

Bei solcher Unendlichkeit der Rechte muß von der ersten Entstehung derselben die Succession in dieselben, müssen Entstehung und Uebergang, originärer und derivativer Erwerb unterschieden werden.

§. 75.

Nicht blos ihrer Gattung nach, sondern auch als Individuen reichen viele der heute noch vorhandenen Rechte mit ihrer ersten Entstehung in vorgeschichtliche Zeit zurück. Allein uns beschäftiget nicht das Individuum, sondern nur die Gattung, und nicht so sehr die Frage, welcherart die Rechte nach ihren verschiedenen Gattungen vor Zeiten entstanden seien, als die Art, wie sie heute entstehen, und wie sie vielleicht ihrem Wesen nach stets und überall entstehen oder entstanden sein müssen.

Es scheint uns nun aber schlechterdings kein Recht ohne Handlung entstehen zu können. Denn sollte auch nachgewiesen werden können, daß irgendwelche Rechte ohne Handlung des Erwerbers oder eines Dritten, der desselben Berechtigung letztwillig oder unter Lebenden begründet oder verschuldet, — kurz, daß sie sine facto hominis entstehen, so wird doch niemals nachgewiesen werden können, daß ein Recht ohne das Recht entstehe, sondern höchstens zu sagen sein, daß sie ipso jure entstehen. Allein das Recht aus welchem eum oder sine facto hominis die Rechte entspringen, ist selbst eine That; hier ein Gebot, dort ein Verbot, hier wieder Gewähr oder Permission [1]), also weder Papier, noch sonst ein todtes Ding, sondern ein gewisses Wollen, es sei nun ein wörtlich ausgesprochenes der gesetzgebenden Factoren, oder ein sachlich geoffenbartes der gewohnheitsmäßigen Uebung (§. 26).

11) Rubino, Unterss. über röm. Verfassg. S. 13 fg.
12) Röm. Staatsrecht v. Theodor Mommsen, Bd. 1. S. 157.
1) §. 18 Anm. 2. §. 20.

Handlung ist diese Willenserscheinung wie jede andere Willenserscheinung nur im Momente ihrer Promulgation, als Erklärung, Uebung; nachher ist sie ein Geschehenes, Erklärtheit, That, und gleich jeder Handlung nachdem sie vollbracht ist, nur mehr in ihren Wirkungen da. Gingen die 12 Tafeln unter, so ging damit nicht das 12 Tafelgesetz unter; die Schrift war nothwendig zur Entstehung, nicht zur Fortdauer des Gesetzes; seine Fortdauer lag in seiner Wirkung, und diese darin, daß fort und fort verboten, geboten und gewährt war, was in den Bereich dieser Satzungen fiel; nicht als ob der in seiner Promulgation zur Erklärung gelangte Wille fortgedauert, als ob die Romani Quirites, die dieses Gesetz gewollt, fort und fort gewollt hätten; da der Wille nur in der Handlung, und die Handlung nur etwas Momentanes ist, gibt es so wenig einen stabilen Willen als eine stabile Handlung; sondern deswegen, weil gewisse Handlungen generell verboten, geboten, gewährt worden waren, blieben sie fort und fort verboten, geboten, gewährt, trotzdem dies nur einmal gewollt und erklärt war. Die Dauer der Gesetze liegt in der der Gattung. Wenn nun kein Recht der Einzelnen ohne das Recht, und wenn das Recht nicht ohne Handlung ist, so folgt, daß jedes Recht der Einzelnen wenigstens Eine Handlung, die That der Rechtsschöpfung nämlich, zu seinem Grunde hat.

Indessen kaum eines wird sich nennen lassen, das unmittelbar aus dem Rechte entstünde, und nicht vielmehr der vermittelnden Handlung entweder des Erwerbers selbst oder eines Dritten bedürfte. Gesetzliche Damnationen, Sanctionen bilden den Untergrund der Delictsobligationen [2]); die Entstehung der Forderung selbst ist erst mit dem Delicte da. Ohne gewisses Hinzuthun des Schuldners entsteht auch keine quasicontractliche Obligation [3]); daß der Vormünder aus bloßer Unterlassung „obligirt" wird, ist späteren Rechtens und auch nur utiliter der Fall [4]). Ueberdies muß allgemein gefragt werden, ob die personae obligatio nicht

2) s. neuestens wieder die lex Coloniae Juliae Genetivae (Abhandl. von Hübner u. Mommsen in den Abhh. d. Berl. Akad.)

3) l. 33 D. cond. ind. 12, 6.

4) l. 1 §. 1 D. adm. 26, 7 — id enim a D. Marco constitutum est — cf. l. 4 §. 3 D. rem pup. salv. 46, 4. Ribbentrop, Corrobl. S. 54.

ebensowohl wie die rei obligatio von derivativer Natur sei (§. 76). Unmittelbar aus dem Rechte haben wir die Rechtsfähigkeit, die Rechte selbst erst aus dem Gebrauch oder Mißbrauch der Rechtsfähigkeit; die Rechtsfähigkeit ist keine Passivität, sondern die Potenz eben der zur ersten Gründung wie zur Uebertragung von Rechten nöthigen Handlungen (§. 52). Gewinnt es manchmal den Anschein, als ob uns ein Recht von selbst zufalle, wie die Früchte, die wir quoquo modo separati sint erwerben, oder Alluvionen und andere derartige Accessionen, so liegt, näher betrachtet, nicht sowohl eine Entstehung neuer, als die Vervielfältigung oder Erweiterung vorhandener Rechte vor.

§. 76.

Selbst vom derivativen Erwerbe oder der Succession läßt sich behaupten, daß unter den Voraussetzungen, unter denen sie gewährt sind, stets eine Handlung entweder des Erwerbers, oder des bisherigen Inhabers, oder beider sich befindet. Die von selbst eintretende Succession der sui ac necessari heredes meinte wenigstens ein römischer Jurist in die bloße Befreiung von einer Dispositionsbeschränkung umtaufen zu müssen [1]); ex pacto et providentia majorum vererben unsere Familienfideicommisse; die von selbst eintretende Communication aller Sachen in der societas omnium bonorum wird auf eine tacita traditio [2]), die gesetzliche Hypothek auf eine tacita conventio [3]) zurückgeführt; zum Erwerbe eines Vermächtnisses braucht der Legatar nichts, um so mehr aber der Erblasser zu thun.

Allein tiefer als die Thatsache, daß auch die Successionen durch Handlungen bedingt sind, liegt die Macht, kraft deren Jemand sein Recht auf einen Anderen zu übertragen, oder in das Recht eines Anderen einzurücken vermag [4]), oder kraft deren es ohne oder wider den Willen des Berechtigten auf einen Anderen übergeht [5]); liegt

1) — non heridatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur — l. 11 D. lib. et posth. 28, 2.

2) l. 1 §. 1 l. 2 D. pro soc. 17, 2.

3) In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur D. 20, 2 C. 8, 15 l. unic. §. 1 C. rei ux. act. 5, 13.

4) s. oben §. 65. Anm. 2.

5) z. B. l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et de commissis 39, 4.

ferner der Unterschied der s. g. translativen und constitutiven Successsion [6]); und mit all dem in Verbindung die Frage nach dem Wesen und dem ausschlaggebenden Grunde der Successsion überhaupt [7]).

Es liegt aber die Macht zur Uebertragung wie zur Successsion theils in den Rechten, theils über den Rechten.

I. In den Rechten liegt die Macht zu derjenigen Uebertragung, welche durch den bisher Berechtigten, und zwar

1. dermaßen erfolgt, daß das Recht ganz und unverändert auf einen Anderen übergeht (s. g. translative Successsion), also nicht nur die zu den Alienationen und Cessionen der Singularsuccession, sondern auch die zur heredis institutio. Kann nur der Eigenthümer, oder wer anstatt seiner durch oder für ihn dazu die Vollmacht [8]) oder das Recht [9]) hat, das Eigenthum veräußern, und ebenso nur der Gläubiger die Forderung cediren, so wird es wohl das Eigenthum und das Forderungsrecht selbst sein, aus dem die Veräußerungs- und Cessionsmacht hervorgeht; denn wer da sagt, daß „der Eigenthümer" veräußern könne, spricht eben damit aus, daß eine gewisse Person nicht schon als solche, sondern nur kraft des ihr zustehenden Eigenthums veräußern könne, u. s. f. Und war es einst der paterfamilias, der testiren konnte [10]), so war er es wieder auf Grund eines Rechtes, nicht auf Grund der einzelnen jeweiligen und wandelbaren Vermögensrechte, sondern auf Grund der mit dem paterfamilias untrennbar verbundenen potestas, des dominium in domo [11]); darum hatten die Kinder

6) von Wächter, Hdb. d. württ. Privr.'s Bd. II. S. 612 aus älterer Doctrin referirt, wieder belebt u. a. von Exner, Pfandbegriff S. 54. Bekker, Münchner krit. Vierteljahrsschr. Bd. 15. S. 541.

7) worüber Kuntze, die Obligatio u. die Singularsuccession des römischen u. heutigen Rechtes. Eine civ. Studie. Leipzig 1856.

8) l. 20 pr. D. a. r. d. 41, 1 l. 11 §. 2 D a. e. e. v. 19, 1; — l. 9 §. 4 D. a. r. d. 41, 1; l. 7 §. 3 D. curat fur. 27, 10. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis. 27, 9; adjudicatio: Ulp. 19, 16 cf. l. 17 D. usuc. 41, 3; addictio: l. 15 §. 3 D. re jud. 42, 1 l. 3 §. 3 C. de jure dom. imp. 8, 34. C. debitorem venditionem pignorum impedire non posse 8, 29.

9) Gaj. II. 64 — idem creditor etc.

10) s. unten Anm. 14.

11) l. 195 §. 2 D. v. s. 50, 16 — pf. appellatur qui in domo dominium habet —

nachmals, trotzdem sie Sondervermögen bekamen, nicht auch schon jus testandi [12]), der filiusf. miles bekam es tamquam paterfamilias [13]); Frauen waren von jeher eigenen Vermögens, aber nicht von jeher testirfähig [14]); ihnen, die selbst in der Gewalt ihrer Agnaten stunden [15]), gebrach es an der dazu nöthigen potestas; wenn sie später durch capitis deminutio zum jus testandi gelangten [16]), so dürfte damit bedeutet sein, daß sie, mit Person und Vermögen von den Agnaten befreit, ihr selbständiges, dem dominium in domo vergleichbares Hausrecht, und deswegen Testirrecht hatten; ließ sie Hadrian endlich ohne c. deminutio testiren, so waren Hausfrauen gewissermaßen zu Hausherren geworden. — Den Forderungen ist im römischen Rechte die Macht zu directer Uebertragung unter Lebenden nicht beigelegt, allem Anschein nach auf Grund der Vorstellung, daß der Gläubiger das sibi obligatum esse, und das sibi dare facere oportere nicht einseitig in ein ei obligatum esse und in ein ei dare facere oportere verwandeln könne, daß eine solche Verwandlung ein Versprechen des alten Schuldners an den neuen Gläubiger voraussetzen, solch ein Versprechen aber Grund zu einer neuen Obligation, nicht Uebertragung der alten sein würde [17]). Aber die Erbfolge enthält directen Eintritt des Erben auch in die Forderungen des Erblassers, demnach, so ferne sie auf Erbeinsetzung beruht, directe Uebertragung der Forderungen [18]); hier wird der Schuldner nicht erst gefragt, ob er anstatt dem Erblasser nunmehr dem Erben schulden will. Freilich fragt man auch den Erben nicht, ob er statt des Erblassers Schuldner sein wolle, und bleibt überhaupt, wenn der Nachlaß nicht ohne die Schulden übergehen und der Tod des Gläubigers den Schuldner nicht frei machen, here-

12) pr. J. quib. non est perm. facere testam. 2, 12 — quantum ad testandum de castrensi peculio, pro patrefamilias habendus est —

13) l. 6 §. ult. D. injusto v. irr. test. 28, 3.

14) vgl. Gaj. I. 115a mit Cic. pro Murena c. 12. Mulieres . . . majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi (jure consulti) invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur — dagegen A. Pernice, Labeo S. 195 fg.

15) Liv. 34, 2 Majores nostri . . . feminas . . voluerunt . . in manu esse parentum, fratrum, virorum —

16) Gaj. I. 115a. Cic. Top. cap. 4.

17) Gaj. 4, 38.

18) l. 37 D. a. v. o. h. 29, 2.

ditas nicht sine sacris, commodum nicht ohne das incommodum sein soll [19]), etwas anderes als daß der Erbe wie im Uebrigen so auch in Ansehung der Obligationen an die Stelle [20]) des Erblassers gerückt sei, mithin directer Uebergang platzgreife, gar nicht übrig. Die Nothlage, welche der Tod schuf, durchbrach das rechtliche Bedenken. Späterhin hat man dieses thatsächlich auch in Ansehung der Uebertragung unter Lebenden aufgegeben; denn ob der Schuldner an einen Anderen als den ursprünglichen Gläubiger schuldig werde oder an einen Anderen als diesen zahlen muß, ob er diesen Anderen als Gläubiger selbst oder als seinen mit aller Macht eines Gläubigers ausgerüsteten Verfolger bekomme, wie bei der Cession geschieht, ist thatsächlich Eins und dasselbe; und dennoch wird der debitor cessus nur verständigt, nicht gefragt. Daß die Cession nicht noch im römischen Rechte zur directen Uebertragung der Forderung geworden ist, hat seinen Grund, dünkt uns, einzig in der Abneigung gegen Principienwechsel.

2. Nun gibt es noch eine Uebertragung, die gleichfalls durch den bisher Berechtigten, aber dermaßen erfolgt, daß das Recht auf den Successor nur zum Theil übergeht und bei diesem als etwas dem Namen, der Erscheinung und Wirkung nach Neues auftritt (s. g. constitutive Succession). Soferne derlei Uebertragungen vom Eigenthum ausgehen, wird an dem fundamentalen Bestandtheile desselben (an der rechtlichen Verbundenheit von Object und Subject oder dem ejus esse) nichts, sondern überall nur an seinem Naturale, an seinen Befugnissen und Mächtigkeiten, verändert und übertragen: womit es zusammenhängt, daß wohl die daraus entsprungenen Neubildungen, nicht aber das Eigenthum, „jura in re“ (Befugnisse und Mächtigkeiten an der Sache) heißen. Insoferne die Dinge, die hier aus dem Eigenthum entspringen, etwas anderes sind, als Eigenthum [21]), möchte man, angesichts der

19) l. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1 l. 37 cit. l. 119 D. v. s. 50, 16.

20) — nicht in die Person — Gaj. 4, 34. succedit in locum defuncti — Cic. leg. 2, 19 persona quae ad vicem ejus qui e vita emigraverit . . accedit — Mandry, Familiengüterr. I. S. 117. vgl. auch l. 2 D. ad SC. Treb. 36, 1 — Nam hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat —

21) Servituten, Superficies, Emphyteuse, Pfandrecht — zu letzterem Exner, Pfandrechtsbegriff, S. 53 VII.

Neubildung, von originärer Entstehung sprechen; allein so ganz anders sich z. B. der Ususfructus nach seiner „Separation" vom Eigenthume ausnimmt als da er noch mit diesem „verbunden" war [22]): das Kind, welches sowohl vom Vater als der Mutter abstickt, ist nicht ohne Vorfahren; der Ususfructus, der jetzt außer dem Eigenthume dasteht, war doch zuvor in diesem, und was an ihm neu ist, zeigt sich, näher betrachtet, entweder als eine Folge theils der Thatsache, daß er vom Eigenthum abgetrennt worden [23]), theils der Grenze oder Schranke, mit welcher diese Trennung erfolgt ist [24]); — oder das Ding ist von Rechtswegen geschützt, näher determinirt und explicirt worden: das gilt von allen Rechten, unabhängig davon, ob sie derivativ oder originär erworben werden.

Daß nun aber die Macht zu derlei Uebertragungen aus eben dem Rechte hervorgeht, welches durch dieselbe „dienend", „entkleidet", „gebunden" oder durch Erblehen wie veräußert sein soll [25]), erhellt wiederum daraus, daß sie nur dem Inhaber jenes Rechtes oder seinem Vollmachtsträger zusteht [26]).

II. Ueber den Rechten, nämlich im Rechte objectiven Sinnes liegt die Macht zu all den Successionen, welche einseitig durch eine Handlung des Erwerbers, Schuld oder Delict des bisher Berechtigten, gleichviel ob translativ, oder constitutiv erfolgen. Irgend ein Machtwort des Gesetzes knüpft die Succession an eine gewisse Handlung und Haltung des Usucapienten [27]); denn daß der Usucapient der gemeinen Meinung entgegen derivativ, nicht originär, vorhandenes, nicht werdendes Eigenthum erwirbt, be-

22) l. 5 pr. si usfr. pet. 7, 6 — qui habet proprietatem, jus utendi fruendi »separatum« non habet —

23) Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest etc. l. 5 pr. cit.

24) D. de usufructu et quemadmodum quis utatur, fruatur (7, 1) — l. 3 §. 2 Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit (nicht erst den Juristen, sondern von allem Anfang an den Bestellern), certis modis extingui usumfructum et ad proprietatem reverti.

25) praedium (dominium) serviens — nuda proprietas — res pignori obligata — jus perpetuarium der Superficies und Emphyteuse —

26) z. B. l. 1 §. 1 D. comm. serv. 8, 4 cf. l. 16 D. serv. 8, 1.

27) »usus, auctoritas fundi biennium est (o)« — in lege aedes non nominantur — Cic. top. 4, 23.

weist der Umstand, daß er dominium tale erwirbt quale fuit, mit Servituten und Pfandnexus [28]); — nur der Ruf des Gesetzes gibt dem nächsten Verwandten die Macht, durch ein bloßes Wort an die Stelle des Intestat-Erblassers zu rücken [29]); — in Gestalt einer Vindicationsvollmacht schafft eine oratio D. Marci dem Miteigenthümer Succession in die Portion des säumigen Genossen [30]), in Gestalt einer Verwirkungsclausel (die stillschweigendes Pfandrecht voraussetzt) nimmt und gibt das Gesetz das Eigenthum an der geschmuggelten Waare [31]).

§. 77.

Wo die Succession auf Uebertragung durch den bisher Berechtigten beruht, ist, von Vermächtnissen abgesehen [1]), außer der Handlung von Seite des bisher Berechtigten auch ein Hinzuthun von Seite des Erwerbers erforderlich. Form und Gestalt dieser beiderseitigen Handlungen sind nach den verschiedenen Fällen der Uebertragung sehr verschieden: förmliche Ernennung des Nachfolgers von der einen, und Antritt der Nachfolge durch den Ernannten (heredis institutio und hereditatis aditio etc.); förmliche Inanspruchnahme des zu erwerbenden Rechtes als eines bereits erworbenen von Seite des Erwerbers, und verzichtende Zustimmung von Seite des Bisherberechtigten (mancipatio, in-jure cessio) [2]); Ausantwortung und Inempfangnahme des Rechtsobjectes (Tradition); Gesetze, Ausnahmen, Vorbehalte, welche (zum Behufe Servitutenerwerbs) bei der Uebertragung des Eigenthums der Uebertragende zu seinen eigenen oder zu des Erwerbers

28) vgl. l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — dominium . . . tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: Si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit — mit l. 12 D. quem-adm. serv. am. 8, 6 l. 21 D. usurp. 41, 3; — l. 1 §. 2 D. pign 20, 1 l. 44 §. 5 D. usurp. 41, 3 l. 12 D. pro emt. 41, 4 l. 2 pr. D. pro her. 41, 5.

29) — »agnatus proximus familiam habeto —« Ulp. 26, 1 cf. l. 151 D. v. s. 50, 16.

30) l. 4 C. aedif. priv. 8, 10.

31) l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis (39, 4).

1) Vindicationslegat nach sabinianischer Ansicht: Gaj. II, 195 l. 86 §. 2 D. leg. I. u. zum Theil die Restitution des Universalfideicommisses: Anm. 6 u. 7.

2) Gaj. I, 119 II, 24.

Gunsten ausdrücklich macht, der Empfänger aber thatsächlich, dadurch daß er so sich geben läßt, annimmt [3]); — bloße Willenseinigungen (pacta), durch welche nicht nur Pfandrecht und prohibitive Servituten, sondern neuestens auch die Rechte der väterlichen Gewalt, diese freilich nur unter obrigkeitlicher Mitwirkung, übertragen werden [4]); Concessionen auf der einen, Ausübung der gegebenen Erlaubniß auf der anderen, entweder blos auf Ruf und Widerruf, oder unter zeitweiliger Haftung, oder mit dinglicher Belastung des Concedenten [5]). Eine Concession ist auch die Restitution des Universalfideicommisses [6]), nur daß die Succession nicht erst von der Ausübung der gegebenen Erlaubniß abhängt, wenn die Restitution in bloßer Willenserklärung des Restituenten besteht [7]). Mit einiger Modification sind aber alle diese Formen nur der verschiedene Ausdruck der Einen Thatsache, daß von Seite des bisher Berechtigten und kraft seines Rechtes an einen Dritten die Ermächtigung ertheilt wird, sich in Ansehung des bisherigen Rechtes ganz oder bis zu einer gewissen Grenze der in ihm ruhenden Befugnisse und Machtvollkommenheiten an die Stelle des bisherigen Inhabers zu setzen, und daß von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht wird. Die Modification aber besteht darin, daß mitunter nicht erst erworben, sondern vor- oder zurückbehalten, also auch die den Erwerb bedingende Ermächtigung überflüssig wird. Daß aus Vermächtnissen successiv ohne Zuthun des Erwerbers erworben wird (Anm. 1) beruht wohl auch auf einer

---

3) »lex traditioni dicta«: l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4 l. 35 D. s. p. u. 8, 2; — usumfructum deducere, servitutes excipere, recipere l. 36 §. 1 l. 54 D. usufr. 7, 1 l. 3 l. 5 D. comm. praed. 8, 4.

4) l. 4 D. pign. et hyp. 20, 1 §. 8 J. quib. mod. jus pot. solv. 1, 12.

5) l. 1 pr. D. precario 43, 26; l. 163 D. r. j. z. B. l. 9 pr. D. loc. 19, 2 l. 12 § 2 D. usfr. 7, 1; l. 13 l. 9 D. serv. 8, 1 l. 21 D. s. p. u. 8, 2 l. 11 §. 1 D. Publ. 6, 2 »— vel per patientiam —«

6) l. 37 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1 — re ipsa, si forte passus est heres, possideri res hereditarias . . hac mente ut vellet restituere et ille suscipere — sed et si verbo dixit, se restituere, vel per epistolam, vel per nuntiam restituat, audietur —

7) l. 1 §. 2 D. eod. »— eas (actiones) . . dari . . his et in eos quibus ex testamento fc. restitutum fuisset — l. 63 pr. eod. »— facta . . restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus . . . etsi nondum earum nactus fuit possessionem —

Art Vorbehalt; nur daß ihn nicht der Erwerber selbst, sondern für ihn ein Dritter macht.

Die hereditas jacens ist nicht selbst Succession, sondern um einer Succession willen (S. 204).

D. Geltendmachung.

1. Begriff.

§. 78.

Was wir Geltendmachung von Rechten nennen, heißt in den Quellen actio, petitio, persecutio [1]). Actio, petitio sind lediglich Offensivhandlungen; persecutio mag auch noch die Verfolgung eines Rechtes in der Defensive heißen [2]); jedenfalls ist die Verfolgung in der Defensive, mittelst retentio oder compensatio, in der Geltendmachung der Rechte mitinbegriffen, sei es, daß sie sich als das minus in potiore ergibt [3]), sei es, daß einem Anspruche vornherein nur das Recht der Defensive zusteht, wie das bei der naturalis obligatio, wenn nicht fidejussoria oder rei obligatio, constitutum oder novatio hinzutritt, der Fall ist.

Die gesammte Rechtsverfolgung ist nicht ohne einen Gegner (adversarius) denkbar, mit dem man „zusammentrifft", „handelt", „streitet", „von dem man verlangt", oder gegen den man, was man hat, behauptet [4]). Ist das Ding, wogegen actio, petitio stattfinden soll, unpersönlich, — ein Gemeinwesen, eine j. g.

1) z. B. tab. Malacit. c. 58 »— qui volet, cuique per hanc legem licebit, actio, petitio, persecutio esto — desgl. lex Col. Genetivae c. 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132; — »petitio persecutioque«: ibid. c. 92. 93. »petitio« ibid. c. 97 tab. Heracl. c. 24. 25. 27; — »actio petitioque«: l. 18 §. 1 D. accept. 46, 4 l. 1 pr. D. ad SC. Maced. 14, 6 l. 23 D. rem rat. 46, 8.

2) cf. l. 178 §. 2 D. v. s. 50, 16 »— persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem —

3) — nam cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit. l. 1 §. 4 D. superf. 43, 18.

4) z. B. l. 6 § 12 D. neg. gest. 3, 5 — conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit — l. Rubria, II, 29: — Sei is eam rem, quae ita ab eo petetur deve ea re cum eo agetur — Gaj. 4, 15 — sacramento . . eos contendere solitos fuisse — l. 20 D. o. e. a. 44, 7 — si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset, aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset.

Stiftung, oder eine (ruhende) Erbschaft — so muß zur Vertheidigung Jemand eintreten oder antreten, wenn darüber nicht dieselben Folgen hereinbrechen sollen, welche den unvertheidigten persönlichen Gegner (indefensus) treffen [5]).

Mit rechtlichem Erfolg ist aber nicht der Nächstbeste, wen wir wollen, sondern ein Bestimmter, den allein wir verfolgen dürfen, unser Gegner; oder es ist doch nur eine Mehrheit von bestimmten Personen, aus denen wir wählen oder die wir alle zusammen belangen dürfen [6]). Diese Bestimmtheit der Gegnerschaft ist bei der Hälfte von Rechten durch diese selbst und an sich da; denn die Obligationen oder Forderungsrechte sind, in geschichtlich sicherer Zeit, nichts anderes mehr als das Recht eine gewisse (durch Contract oder Delict bestimmte) Person, um etwas zu verfolgen [7]); zwar darf der Obligirte nicht überhaupt, sondern nur um ein gewisses etwas [8]) verfolgt werden; allein nicht dieses gewisse etwas für sich, sondern nur die Thatsache, daß der Obligirte darum verfolgt werden darf, bildet das Recht des Gläubigers; das Ding, welches sprachlich als Gegenstand der Verfolgung erscheint [9]), ist sachlich das Ziel oder der Zweck, um dessentwillen die Person verfolgt wird; Gegenstand der Verfolgung ist die Person. Die Geltendmachung des Rechtes ist hier zugleich dessen Ausübung. — Bei der anderen Hälfte von Rechten ist die Gegnerschaft nicht schon durch die Rechte selbst und an sich, sondern erst durch den wirklichen Eintritt eines Widerstreites zwischen Recht und Faktum

5) D. quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur 3, 4 l. 1 §. 1 §. 2 §. 3 l. 7 pr. h. t.; — D. de jure deliberandi 28, 8 l. 8 in fin. h. t. D. de interrog. 11, 1 l. 5 h. t. Ueber die Prozeßführungsbefugniß (Nichtbefugniß) des Erbschaftscurators s. Koeppen, Erbrecht S. 204. Sintenis, Civilr. §. 156. 6. Seuffert, Archiv, Bd. 1. Nr. 114.

6) D. de duob. reis 45, 2. C. eod. 8, 40. C. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur etc. 4, 17.

7) l. 51 D. o. e. a. 44, 7. Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi cf. l. 28 eod. »Actio« in personam infertur, petitio in rem — l. 178 §. 2 D. v. s. 50, 16 Actionis verbum et speciale est et generale — —

8) — quod sibi debeatur — l. 51 cit.; — an haec actio ad petitionem eorum sufficiat? l. 9 §. 3 D. r. cr. 12, 16.

9) jus, quod sibi debeatur, persequendi — rei, poenae persecutio —

gegeben [10]), der hier möglich, nicht nothwendig ist. Denn da das Wesen vor allem des Eigenthums und der hausherrlichen Gewalten in der rechtlichen Verbindung des Meinseins besteht, die dieser entsprechende factische Verbindung (des Besitzes) aber eben so wohl mit ihr als ohne und gegen sie sein kann [11]) (§. 67 C. I), so muß sich der Besitz erst gegen das Recht kehren, damit ein Gegner da sei. Wer des Anderen Sachen, Personen unbefugtermassen besitzt, detinirt, retinirt, oder als besitzend erachtet wird, der wird hier zum Gegner; einzig und allein aus dem Gegensatze von Recht und Besitz entspringt hier die Gegnerschaft und die Verfolgung; wer ohne Besitzesanmaßung in eines Anderen Eigenthum oder Familiengewalt eingreift, ist nicht mehr aus diesen Rechten oder in Geltendmachung dieser Rechte verfolgbar [12]). Ausübung und Geltendmachung der Rechte gehen hier aus einander; es sind verschiedene Handlungen, in denen sich diese und jene bewegt: die streitbaren der interpellatio, actio, petitio, persecutio, die friedlichen des uti, frui; erstere sind um der letzteren willen da: Vermittlung für diese, Anlaß und Ziel für jene liegt im Besitz. — Von den jura in re sind die Servituten, Superficies und Emphyteuse in ihrem Fundamente Befugniß zur Ausübung von Gebrauchs- und Nutzungshandlungen an fremder Sache [13]); da bestimmt sich die Gegnerschaft schon durch jedwede Behinderung jener Handlungen [14]). Nachdem aber das Factum der Ausübung oder des Ausübungszustandes zum Quasibesitz erhoben und damit auch das Recht dieser jura in re zu einem Quasieigen (am Rechte) emporgeschraubt ist, wird häufiger auch hier der unbefugte Quasibesitz entweder des Rechtes oder der

---

10) — aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam — §. 1 J. h. t.

11) l. 38 §. 9 D. v. o. 45, 1 — et eum habere dicimus, qui rei dominus non est, sed tenet.

12) arg. l. 9 D. r. v. 6, 1.

13) l. 4 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.

14) l. 4 §. 4 eod. Si quis itineris etc. mihi controversiam non faciat, sed reficere etc. non patitur — l. 5 §. 6 in fin. l. 1 pr. D. si usfr. pet. 7, 6.

Freiheit von ihm zur Losung der Klage [15]) und diese zur Vindication [16]). — Was endlich das Pfandrecht anlangt, so muß zwischen demjenigen, das noch bloßes Pfändungsrecht (pignus manifestarium) ist oder war, und der rei s. pignoris obligatio, oder der Pfandhaft, unterschieden werden [17]). Dort scheint die Gegnerschaft wie bei der Forderung vornherein bestimmt und begrenzt gewesen zu sein [18]); als Pfandhaft dagegen, in Gestalt anvertrauten Eigenthums und Besitzes (fiducia, pignus, depositum) und als jus in re ist das Pfandrecht über die Person des Schuldners oder Verpfänders erhaben, eine Haftung lediglich der Sachen, und die persönliche Gegnerschaft bei der pignoris persecutio in ähnlicher Weise wie beim Eigenthum und den übrigen jura in re durch einen Widerstreit zwischen Besitz und Recht gegeben. —

So sehr nun aber nach all dem die dinglichen Rechte und die Obligationen in der Geltendmachung auseinandergehen, besteht zwischen ihnen doch auch hierin (S. 218. S. 210 Z. 7) fort und fort eine gewisse höhere Einheit. Denn einmal entwickelt sich gerade dadurch, daß Besitz und Recht in Widerstreit gerathen und letzteres gegen jenen um Geltung zu ringen veranlaßt wird, inmitten der dinglichen Rechte ein obligationenartiger Anspruch (auf Restitution oder Satisfaction) [19]) gegen den Besitzer; zu dem Eigenthume ꝛc. tritt die Befugniß einen bestimmten Dritten um ein gewisses etwas zu verfolgen (petitio), hinzu. Dann aber besteht, wiederum in der Geltendmachung, umgekehrt eine Annäherung der Obligationen zu den dinglichen Rechten, indem mit dem Dasein der Obligation zwar die Person des Gegners überall sofort bestimmt, das Verfolgungsrecht selbst dagegen auch hier in

15) arg. l. 4 pr. cit. si quis itineris controversiam non faciat etc. cf. l. 6 §. 1 eod.

16) Rubr. D. Si servitus vindicetur 8, 5 D. si usfr. petatur — l. 6 §. 3 D. si serv. 8, 5. Haec autem actio in rem magis est quam in personam.

17) l. 9 D. in quib. caus. pign. tac. contr. 20, 2.

18) l. 1 C. prec. et Salv. interd. 8, 9 — id (Salv. i.) enim tantummodo adversus conductorem, debitoremve competit —

19) s. die actio arbitraria in der, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat . . condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur — §. 31 J. h. t.

der Hälfte von Fällen nicht ohne weiteres vorhanden, sondern durch den Hinzutritt möglicher, nicht nothwendiger Ereignisse bedingt — die obligatio nicht an sich schon debitum, die Haftung nicht ohne weiteres Schuld ist. Und selbst da wo das Verfolgungsrecht (actio) sofort mit der obligatio da (nata) ist, war zuvor eine Persönlichkeit oder waren Sachen vorhanden, die da beleidigt, verletzt, oder in Haft genommen — creditirt, oder grundlos erworben werden mußten, damit es zu Haftung und Schuld, zum Forderungs- und Verfolgungsrecht komme. —

§. 79.

Innerhalb der Geltendmachung der Rechte bewegt sich der „Anspruch“ [1]), ein Ding, das in den Quellen abermals petitio heißt [2]), und nur entweder ein gewisses Verlangen selbst [3]), oder die Befugniß etwas zu verlangen [4]) bedeuten kann. In der ersteren Bedeutung haben wir im „Anspruch“ eine Action, bereits Geltendmachung des Rechts, aber nur einen Theil und zwar denjenigen Theil der Geltendmachung, welcher in dem theils außergerichtlichen, theils gerichtlichen „Anfordern“ an den Gegner [5]) besteht und so denn zum Theil mit dem interpellare und convenire debitorem so wie mit dem reposcere (per judicem, sine judice) zusammenfällt; — in der anderen Bedeutung wäre der Anspruch gleichfalls nur ein Theil oder Ausbruch der Befugniß und Macht zur Geltendmachung der Rechte überhaupt. Denn für sich allein wäre die Befugniß von einem Dritten etwas zu verlangen nicht viel werth; es muß etwas weitergehendes hinter ihr stehen, das ihr Nachdruck gibt.

1) Windscheid, P. §§. 43. 44.

2) l. 9 §. 3 D. r. cr. 12, 1 (s. oben §. 78 Anm. 8) l. 13 D. quod met. 4, 2 — optimum est ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris — so daß hier wenigstens Anspruch u. actio nicht eins ist; anders Windscheid a. a. O. §. 44.

3) ea pars formulae, qua desiderium actoris concluditur — Gaj. 4, 41, während postulatio das Verlangen an den Magistrat — D. 3, 1. Wörterbücher.

4) vgl. z. B. die Bedeutung von actio in l. 51 D. o. e. a. (§. 78 Anm. 7) Windscheid, a. a. O.

5) vgl. zu dem »per judicem« petere (z. B. l. 22 D. r. cred. 12, 1) das sine judice petere z. B. l. 2 §. 1 D. quod legat. 43, 3.

Wie der Anspruch innerhalb der Geltendmachung von Rechten steht (Anm. 2), so gibt es keine Geltendmachung von Rechten ohne Anspruch. Die Präjudicialklagen sind noch keine Geltendmachung von Rechten (§. 87). Von allen anderen Actionen ist keine ohne Anspruch (modern: Petitum).

Dagegen läßt sich nicht sagen, daß es kein Recht ohne Anspruch gebe. Denn so wenig wir eine actio ohne bestimmte Gegnerschaft zu denken vermögen (S. 247 fg.), so wenig denken wir einen Anspruch ohne eine gewisse Person, gegen welche er gerichtet ist; nun gibt es aber Rechte die gegen keine bestimmte Person gerichtet sind. Ueberhaupt trifft es sich, daß dieselben Rechte, welche vornherein und an sich ihre bestimmte Gegnerschaft haben, auch primär und wesentlich Ansprüche sind und nicht nur Forderungen, sondern selbst Actionen heißen [6]; daß dagegen jene anderen Rechte, die wie das Eigenthum, die jura in re und die hausherrlichen Gewalten an sich keine Gegnerschaft haben (S. 248 u. fgg.), an sich noch keine Ansprüche sind oder enthalten, sondern wie zur Gegnerschaft auch zum Anspruch und zur Actio nur zufällig und nachträglich erwachsen.

Damit daß ein Recht eine gewisse Person zum Gegenstande hat, hat es diese noch nicht zur Gegnerschaft und ist es noch nicht Anspruch, actio (gegen diese Person). Trotzdem die väterliche Gewalt das Kind zum Gegenstand hat, ist ein Anspruch, ist eine actio des Vaters gegen das Kind nicht nur nicht ohne weiteres sondern überhaupt nicht möglich [7]; in der Vindication und den Interdicten aus väterlicher Gewalt ist das Kind Gegenstand, nicht Gegner [8], in der Präjudicialklage ist er Gegner, aber nicht gegen einen Anspruch, sondern gegen eine Rechtsbehauptung ohne Anspruch [9]. — Dadurch, daß uns Rechte mit Ausschluß aller Anderen zustehen, sind diese noch nicht unsere Gegner; wir sagen nicht, daß derjenige unser Feind sei, der es erst werden kann.

---

6) Rubr. D. 44, 7 l. 51 D. o. e. a. 44, 7 l. 49 D. v. s. 50, 17 l. 2 §. 8 D. her. v. act. vend. 18, 4 l. 18 §. 1 D. de his quae ut indign. 34, 9 l. 8 §. 11 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 10 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 7 C. dot. prom. 5, 11.

7) l. 4 D. jud. 5, 1.

8) l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1; l. 3 §. 3 D. de lib. exhib. 43, 30. Hoc . . interdictum non competit adversus ipsum filium — l. 5 eod.

9) vgl. B. Hollweg, Civilpr. §. 97 S. 330.

Darum spricht man auch von keinem Anspruch z. B. des Eigenthümers gegen jeden Dritten (darauf, daß er nicht angreife); ein solches Verlangen, wenn ausgeführt, wäre eine Warnung vor Verschuldung eines Anspruches, noch nicht der Anspruch selbst. Selbst derjenige, der vor allen Anderen in der Lage ist unser Gegner zu werden, deswegen weil unser Recht gerade von seinem Ausschlusse ausgeht — der Eigenthümer der nuda proprietas, des praedium serviens — ist noch nicht Gegner von uns, die wir jus in re auf seinem Eigenthum haben; trotzdem wir unser Recht ohne ihn nicht aussprechen, intendiren können [10]), und wir auf Gegnerschaft zuvörderst von ihm gefaßt sein müssen, haben wir ihn doch nicht früher und nicht mehr als jeden Anderen, der uns in Ausübung unseres Rechtes hindern kann zum Gegner, oder einen Anspruch gegen ihn [11]).

Um auf die Geltendmachung der Rechte zurückzukommen, so können wir dieselbe nunmehr auch als eine Durchsetzung (persecutio, exsecutio) von Ansprüchen bezeichnen. In dem gerichtlichen Verfahren aber, das der schließlichen Durchsetzung des Anspruches vorausgeht, bildet überall das Recht, aus welchem der Anspruch hervorgegangen ist, oder in dem er besteht, oder aber ein bloßes Faktum, wofern er aus solchem abgeleitet werden kann, den nächsten oder einzigen Gegenstand der klägerischen Behauptung (intentio), des Beweises, Geständnisses, Erkenntnisses. So kommt es, daß in der formula actionis überall ein Recht oder Faktum (in jus, in factum concepta a.), ein Anspruch dagegen nur insofern zum Ausdrucke gelangt, als er nicht erst zusätzlich aus einem Rechte entsprungen ist, sondern primär und wesentlich in diesem besteht (dare facere oportere).

---

10) si paret invito eo ire, agere licere etc. l. 6 pr. l. 8 pr. §. 5 l. 9 pr. l. 11 — l. 14 l. 17 pr. §. 1 D. si serv. vind. 8, 5.

11) vgl. z. B. l. 3 §. 5 D. de itinere 43, 19 — Sive ab extraneo . . prohibeatur, sive etiam a domino — si quilibet prohibeat ire, interd. competit — l. 1 §. 25 D. aqua 43, 20. Competit interd. adversus eum qui prohibet . . et nihil interest, utrum quis (prohibens) dominium fundi habeat an non — etsi servitus coepit, adversus quemvis posse vindicari — und l. 10 §. 1 D. si serv. vind. 8, 5 gegen l. 6 §. 3 eod.

§. 80.

Soweit die Geltendmachung der Rechte noch auf der Stufe des bloßen Verlangens steht, ist sie von jeher und bleibt sie wohl für immer auf die eigene That des Berechtigten gestellt. Aber auch da wo sie behufs schließlicher Durchsetzung des Anspruchs zur Genugthuung ohne und wider den Willen des Gegners, nöthigenfalls mit Gewalt, fortschreitet, lag sie einst großentheils in der Hand des Berechtigten. Denn nicht nur stund diesem bis in späte Zeiten auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft eigenhändige [1]) Pfändung zu: die Genugthuung aus der Person des Gegners erfolgte grundsätzlich durch den Berechtigten selbst; auf seiner „Hand" beruhte manus injectio, abductio, distractio desselben. Nicht minder mußte der Berechtigte, wenn es zur Satisfaction aus dem Vermögen des Gegners und zwar durch bonorum venditio kommen sollte, in den Besitz und zum Verkaufe desselben selbst schreiten; Satisfaction durch gerichtliche Pfändung (pignus in causa judicati captum) und Versteigerung einzelner Sachen (rerum distractio) taucht erst später auf [2]).

Allein blos durch den Berechtigten war die einseitige Losreißung des Vermögens von seinem Inhaber und die Begründung einer Universalsuccession [3]) bei lebendigem Leibe und gegen den Willen des Schuldners nicht möglich [4]); imperiale Machtvollkommenheit [5]) war die Grundlage, ein imperialer Machtspruch die Vollmacht [6]), wodurch der Gläubiger in den Besitz und zur bonorum venditio gelangt sein mußte, wenn der Käufer wenigstens honorarisches Recht an den Sachen [7]), und die Stellung eines

---

1) pignus manifestarium — l. 9 D. quae res pign. 20, 2.

2) C. si in causa judicati pignus captum sit 8, 22 C. de executione rei judicatae 7, 53. V. Hollweg, Civilpr. §. 115 Anm. 1.

3) — ex emtione bonorum — Gaj. 3, 77.

4) l. 6 § 2 D. re jud. 42, 1. Qui judicati bona sua auctoritate distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum tenetur D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu venundis 42, 5 C. 7, 72.

5) imperium mixtum: l. 4 D. jurisd. 2, 1.

6) missio in bona: Gaj. 3, 79 — jubet ea (bona) praetor . . possideri et proscribi; postea: convenire creditores et ex eorum numero magistrum creari . . per quem bona veneant —

7) Gaj. 3, 80.

Erben oder eines Procurators bezüglich der Actionen erhalten sollte [8]). Desgleichen findet, von den Vermuthungen über das alte Nexum abgesehen, die Satisfaction aus der Person nirgends ohne „gerichtlichen Urlaub" statt: es sei nun, daß dieser ausdrücklich (als addictio), oder stillschweigend, durch Zulassung der in jure erfolgenden manus injectio und abductio, vor sich ging [9]). Selbstverständlich ferner greift die jurisdictionelle Gewährung hier, der imperiale Machtspruch dort nicht auf bloßes Anlangen (postulatio) des Berechtigten statt; die jurisdictionelle Gewährung der Personalexecution setzt „Erkenntniß" des durchzusetzenden Anspruchs (Judicat) [10]), Projudicat [11]) oder nackte Damnation [12]), die imperiale Vollmacht zur Vermögensexecution durch bonorum venditio setzt abermals richterliches Erkenntniß [13]), oder Geständniß [14]), in Ermanglung dessen aber Dinge voraus, welche das Erkenntniß unthunlich machen, wie die Nichtvertheidigung [15]) und die Ver-

8) Gaj. 4, 35 — species actionis qua ficto se herede agit, Serviana vocatur —; ex persona ejus cujus bona emerit sumta intentione convertit condemnationem in suam personam —.

9) mit Gaj. 4, 21—25 vergl. Gellius N. A. 20, 1 §. 45: manus injectio esto, in jus ducito — §. 51: addici namque nunc et vinciri multos videmus — Gaj. 2, 24: — quo negante aut tacente — l. 142 D. r. j. 50, 17.

10) Gellius, l. cit. Gaj. 4, 21.

11) Confessum: l. 1 D. de confessis 42, 2. Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur l. 1 C. eod. 7, 59 Confessos in jure pro judicatis haberi placet — lex Rubr. c. 21 a quocunque pecunia certa credita (c. 22) a quo quid praeter pecuniam certam creditam petetur ... confessus erit .... duci ... jubeto cf. l. 61, 2 D. h. t.; gesetzliche Damnation: Gaj. 4, 22 Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt etc. —

12) Gaj. 4, 23 — aliae leges ... constituerunt quasdam actiones per m. injectionem, sed puram, i. e. non pro judicato —

13) Gaj. 3, 78 — item judicatorum —

14) l. Rubria c. 22 — duci, bona eorum possideri, proscribive venireque jubeto — B. Hollweg, a. a. O. §. 105. 26.

15) l. 7 §. 1 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4: ait Praetor: Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendatur — cf. Gaj. 3, 78 — qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur — mit der unzulässigen Paraphrase bei B. Hollweg a. a. O. §. 106. 18; — qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem: l. 52 D. r. j 50. 17 (in jure non responderit neque . . sponsionem faciet neque judicio uti oportebit se defendet: l. Rubr. ll. citt.); — edictum: qui absens judicio defensus non erit: Cic. pro Quinct. c. 19 l. 199 D. v. s. 50, 16 mit Ausdehnung der Absenz auf pupillaris aetas, furor etc. u.

mögensvacanz [16]), oder (gleich dem Geständniß) entbehrlich, wie die Vermögensabtretung [17]). Selbst das vertragsmäßige Pfändungsrecht (Anm. 1) sehen wir bei Zeiten auf obrigkeitliche Auctorität verwiesen [18]).

§. 81.

War es also einmal Grundsatz, daß die schließliche Durchsetzung der Ansprüche (Execution) zwar nicht auf eigene Auctorität [1]), wohl aber durch eigene That des Berechtigten zu erfolgen habe, so geräth in der Folge doch auch diese Selbstthätigkeit in Abnahme, und tritt „obrigkeitliche Hilfsvollstreckung" weithin an ihre Stelle. Was nämlich

a. die noch aus der alten Ordnung [2]) herrührenden und zwar

I. diejenigen Executionsfälle anlangt, welche wie die Personalexecution und die Pfändung Gewaltanwendung erheischen oder doch erheischen können, so war

1. die Personalexecution schon frühe aus einer Execution d. i. Satisfaction aus der Person durch Zwangsarbeit oder Verkauf (der Person) auf eine bloße Personalhaft zurückgeführt und also aus der Genugthuung selbst zur bloßen Förderung derselben geworden, indem auch in dieser Art von „Retention" [3]) eine indirecte Nöthigung zur Satisfaction, oder eine Sicherung gegen Verschleppung der Habe enthalten war [4]). Allein auch in dieser Einschränkung glaubt man sei sie den Händen der Privaten entwunden worden, indem die späteren Kaiser in der Herstellung

---

aber Abschwächung der Mission: l. 6 §. 1 D. in quib. caus. in poss. 42, 4. B. Hollweg a. a. O. §. 106. III.

16) Gaj. 3, 78 — mortuorum bona veneunt velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere —

17) Gaj. l. cit.: — item, eorum qui ex lege Julia bonis cedunt — D. de cessione bonorum 42, 3 C. qui bon. cedere possunt 7, 71.

18) l. 3 C. pign. 8, 14 a. 206. Qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent.

1) l. 6 §. 2 D. re jud. 42, 1 (§. 80. Anm. 3—18).

2) vgl. pr. J. succ. subl. 3, 12 (13).

3) »corporis retentio« Nov. 134 c. 7.

4) vgl. oben §. 68 a. E.; B. Hollweg a. a. O. §. 113, 2, 24. u. S. 666.

eigener Gefängniſſe „Arroganz" und ein crimen laesae majestatis erblickten [5]). Indeſſen wäre damit auch die Möglichkeit obrigkeitlicher Addiction oder die Privatverhaftung mit obrigkeitlicher Bewilligung (§. 80 Anm. 9) ausgeſchloſſen worden [6]), während gerade dieſe noch für die letzte Zeit bezeugt iſt [7]), jene Strafgeſetze alſo doch wohl nur gegen eigenmächtige Verhaftungen gehen [8]). Stark in Uebung freilich können, bei der Stellung welche die juſt. Compilation dazu einnimmt [9]), Addiction und Abduction nicht mehr geweſen ſein.

2. Wird die eigenmächtige Ausübung der vertragsmäßigen Pfändung mißbilligt und obrigkeitliche Auctorität verlangt (§. 80. Anm. 18), ſo mag mit letzterer kein bloßer Licenzſchein, ſondern das Salvianiſche Interdict, alſo ſtatt der Gewährung gewaltſamen Einſchreitens die Erwirkung friedlicher Beſitzerlangung durch magiſtratiſches Friedensgebot [10]) oder allfällige Verweiſung auf den Rechtsweg gemeint ſein [11]). Für das neueſte Recht bleibt letzterer allein übrig [12]).

II. Die Exekution durch bonorum venditio beruhte zwar

---

5) c. 1 C. Th. de privati carceris custodia 9, 11 a. 388. l. 1 C. de privatis carceribus inhibendis 9, 5. a. 486 — ut saepe dicta arrogantia modis omnibus opprimatur. Nam . . quicunque provinciae moderator majestatis crimen . . incursurus est, qui cognito hujusmodi scelere laesam non vindicaverit Majestatem — nebſt der mildernden juſtinian. lex restituta *ἡ διάταξις κελεύει*. B.-Hollweg a. a. O. §. 159, 40.

6) wogegen die juſt. Compilation: l. 34 D. de re judicata 42, 1 cf. l. 43 l. 45 D. v. s. l. 13 pr. D. ex quib. caus. maj. 4, 6 l. 1 C. qui bon. 7, 71 u. B.-Hollweg ſelbſt §. 113, 6.

7) lex restituta aus Theod. Hermop. in C. 9, 5 cit. *Ὁ νόμος οὐ βούλεται ἰδιώτην ἔχειν φυλακὴν ἰδίαν, ἀλλὰ τὸν ἔχοντα κατά τινος ἀναγκάζει τοῖς ἄρχουσι προσιέναι κἀκεῖνοι εἰ συνειδῶσι δίκαιον φυλακὴν γένεσθαι, ἐπιτρέπουσι τοῦτο . . .*

8) J. Gothofr. zu c. 1 C. Th. cit.: — nempe privati carceris usus hic per Aegyptum inhibetur, quem potentiores potissimum in tenuiores exercuisse videntur et usurpasse, et quidem nominatim fundorum possessores in colonos —

9) vgl. dazu B.-Hollweg a. a. O. §. 113, 3.

10) Gaj. 4, 139 — auctoritas quam Praetor principaliter finiendis controversiis interponit. l. 52 §. 2 D. a. v. a. poss. 41, 2. Species inducendi in possessionem alicujus rei est prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere et vacuam relinquere possessionem jubet, quod multo plus est quam restituere.

11) Rudorff, Pfandklagen, Zeitſchr. f. geſch. RW. Bd. 13 S. 204.

12) §. ult. J. interd. 4, 5.

auf eigener That des Berechtigten, aber nicht auf Gewaltanwendung. Denn der Verkauf selbst ist Rechtsgeschäft, und zur Besitzergreifung ward nur insofern ermächtigt, als sie keiner Gewalt bedurfte [13]). Bonorum venditio kommt denn auch noch bis zuletzt [14]) und aus denselben Gründen wie früher [15]), allein nur mehr im Falle des concursus creditorum [16]), ohne Universalsuccession [17]) und nicht ohne obrigkeitliche Ueberwachung, Betheiligung, und sonstige Kautelen [18]) vor — all das im Zusammenhange mit den inzwischen aufgekommenen außerordentlichen, magistratischen Executionen.

B. Pignoris capio und Restitutionszwang setzen, wenn sie durch magistratische Mittel (apparitores, exsecutores) [19]) durchgeführt werden sollen, von altersher Ungehorsam gegen magistratischen Befehl voraus [20]). Folgerecht waren magistratische Pfändung und magistratischer Restitutionszwang zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche nur dann zu verwenden, wenn diese durch magistratisches Decret erkannt waren, ihre Nichtbefriedigung also sich zugleich als Ungehorsam gegen magistratischen Machtspruch erwies [21]). Also nur nach dem jus extraordinarium war diese Execution in Privatsachen folgerecht begründet [22]): als etwas ausnahmsweises, so lange magistratisches Erkenntniß (Dekret) in Privatsachen als etwas ausnahmsweises galt, und so denn auch nur in Privatansprüchen außerordentlicher Art (§. 91) platzgriff; als etwas regelmäßiges, da das Außerordentliche zum Ordentlichen

13) arg. l. 1 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei qui in poss. missus sit (43, 4). — »in factum judicium dabo« — frustra enim in possessionem mitteret . . nisi missos tueretur.

14) C. de bonis auct. judicis possidendis seu venundandis et de sep. bon. 7, 72.

15) vgl. l. 1 l. 5 l. 6 l. 9 l. 10 eod.

16) Theoph. zu pr. J. de succ. sublatis quae fiebant per bon. vend. et ex SC. Claud. 3, 13.

17) J. cit.

18) l. 10 C. eod. l. 8 C. qui bon. ced. poss. 7, 71 — in rebus officio Judicis partiendis —

19) z. B. l. 50 D. evict. 21, 2; l. 6 l. 8 C. exsec. rei jud. 7, 53.

20) vgl. Mommsen, röm. Staatsrecht, Bd. 1. S. 129; l. 24 §. 4 l. 41 D. min. 4, 4 l. 39 pr. evict. 21, 2.

21) vgl. die oben Anm. 20 citt. Stellen.

22) vgl. B.-Hollweg a. a. O. §. 115 anderseits Ziebarth, die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe. 1866. S. 113 unten u. fgg.

wurde, die magistratische Cognition sich auf alle Sachen erstreckte [23]), oder, was richtiger sein dürfte, der Gegensatz von Magistratur und Richteramt, Decret und Sentenz, ordo judiciorum privatorum und extraordinaria cognitio sich auflöste, und die alten souveränen Jurisdictionen sich in Beamtengerichte verwandelten, deren Vorstände jetzt alle Inhaber einer nurmehr übertragenen Gerichtsbarkeit [24]), aber Richter zugleich [25]) (sacra vice), und deren Verurtheilungen in Einem richterliche Erkenntnisse und obrigkeitliche Befehle waren. Der Codex J. zeigt uns darum die gerichtliche Pfändung als rubrikmäßiges Executionsmittel in rechtskräftig entschiedenen Sachen [26]). Wenn dieselbe aber in gleicher Anwendung noch in classischer Zeit, überdies als das regelmäßige Executionsmittel, vorkommt [27]), und gerichtlicher Restitutionszwang für alle die Klagen, in denen einst Restitution gerichtlich blos anempfohlen wurde (arbitrariae actiones), schon nach einem Ulpian'schen Fragmente platzgreift [28]), so kann darin eine durch kaiserliche Rescripte begründete Anomalie liegen [29]); die Annahme von Interpolationen [30]) ist nicht nothwendig. Allein denkbar ist auch, daß die „vom Magistrat gegebenen Richter" viel früher als man anzunehmen pflegt, in die Stellung von „Hilfsbeamten des Magistrats" [31]) versetzt waren,

23) vgl. l. 2 C. pedan. jud. 3, 3 a. 294 z. B. l. un. C. uti poss. 8, 6 — de proprietate cognoscet.

24) vgl. B.-Hollweg a. a. O. Bd. 2. S. 111 fg. Rudorff, RG. II, §. 2, 25.

25) judices ordinarii u. sacri — qui vetustatis privilegio ordinariorum judicum nomen obtinent: Nov. Val. 18 §. 7; judices . . . in auditorio sacro: c. 4 C. Th. off. Praef. l, 5. B. Hollweg a. a. O. §. 145, 21. 4.

26) C. Si in causa judicati pignus captum sit 8, 23.

27) Dig. de re judicata et effectu sententiarum 42, 1 „enthält fast nur dieses Executionsmittel betreffende Fragmente" (B.-H. §. 115, 3) vgl. oben §. 80 Anm. 2.

28) l. 68 D. r. v. 6, 1. Ziebarth, a. a. O. §. 7. §. 9. S. 113 unten u. fgg.

29) l. 15 pr. D. re jud. 42, 1. A Divo Pio rescriptum est, Magistratus populi R. ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi qui eos dederunt. l. 31 eod. — pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma quam Cassio Proconsuli D. Pius in haec verba praescripsit: His qui fatebuntur debere aut ex re judicata necesse habebunt reddere . . . eorum qui intra diem . . . non reddiderint, pignora capi, eaque si intra duos menses non solverint, vendantur . .

30) vgl. B.-Hollweg a. a. O. §. 115 a. E.

31) B.-Hollweg a. a. O. §. 140 S. 116.

und daß Diocletian in der dafür angeführten Constitution [32]) nur die Zuziehung derselben einschränkt, nicht erst ihre Stellung begründet; kommt doch der Name, der diese „herabgekommene Stellung" bezeichnet (judex pedaneus) viel früher vor [33]). Jedenfalls liegt eben darin, daß der Magistrat selbst das richterliche Erkenntniß exequirt, ausgesprochen, daß die Nichtbefolgung desselben nunmehr als Ungehorsam gegen jenen, die richterliche Verurtheilung gewissermassen als sein, des Magistrates, Befehl erachtet wird [34]).

Zur gerichtlichen Hilfsvollstreckung durch Pfändung und Restitutionszwang gelangten alle Ansprüche, für welche ein Judicat oder ein richterlicher Restitutionsbefehl vorlag; dem Judicat war auch hier das gerichtliche Geständniß gleichgestellt [35]). In ein Judicat laufen jetzt durch Ausdehnung der Eremodicia [36]) zumeist auch jene Fälle aus, in denen einst wegen Nichtvertheidigung missio in bona und bonorum venditio platzgegriffen hatte (§. 80 Anm. 14. 15); allein der Effect des Judicates ist hier, wenigstens in Schuldsachen, vorerst Sicherung (missio in possessionem rei servandae causa), und erst nachträglich Execution, nun natürlich durch den aus dieser Pfändung (missio) statt aus pignoris capio sich ergebenden Verkauf [37]).

In ihrer äußersten und höchsten Entfaltung, als gewaltsame Durchsetzung des Anspruches, ist also die Geltendmachung der Rechte aus der eigenen Handlung des Berechtigten zur obrigkeitlichen Action geworden; nur als gerichtliches und außergerichtliches Verlangen, als Beschwerde vor Gericht (querela) und Bitte um Abhilfe (postulatio), als Rechts-Behauptung und Beweis (intentio, probatio) ist sie noch Handlung der Partei. Vom Standpunkte der Partei aus wäre darum für die Geltendmachung

---

32) l. 2 C. jud. ped. 3, 3.

33) Ulpian: l. 4 D. tut. et cur. 26, 5 l. 3 §. 1 D. ne quis eum 2, 7 l. 1 §. 6 D. de postul. 3, 1; Paulus R. S. V, 28, 1 l. 38 §. 10 D. poen. 48, 19. Vgl. B.-Hollweg a. a. O. §. 71. 40. §. 140. 13.

34) im Gegensatz zum älteren Recht, wo wegen contumacia exhibere nolentis, wenn er a judice exhibere jussus est, nur litis aestimatio und condemnatio platzgreift (l. 28 §. 1 D. app. 49, 1 Scaevola).

35) l. 31 cit. Anm. 29.

36) B.-Hollweg a. a. O. §. 157. Anm. 13. 14.

37) vgl. B.-H. a. a. O. S. 305 fg.

der Rechte der um Hilfe bittende Name „Klage" (querela) schon im neueren römischen Rechte passender gewesen, als die selbsthandelnde „actio".

§. 82.

Im Gegensatze zu der so eben betrachteten „Gerichtshilfe" könnten wir jede von dem Berechtigten selbst erwirkte Genugthuung „Selbsthilfe" nennen. Allein dem gemeinen Sprachgebrauche nach liegt da, wo der Berechtigte zwar selbst, allein nur auf Auctorität der Obrigkeit, oder im Einverständniß mit dem Schuldner, Verpfänder, Besitzer handelt, keine Selbsthilfe vor; wir sprechen von Selbsthilfe erst da, wo der Berechtigte schlechthin „auf eigene Faust" handelt. Ferner denkt man unter Selbsthilfe auch nur an solche eigene Handlungen des Berechtigten, die dieser ohne obrigkeitliche Auctorität vornehmen kann, wie z. B. Wegnahme von Sachen u. dgl., nicht auch an solche, die er wirksam ohne jene Auctorität gar nicht vornehmen kann (z. B. bonorum venditio); die Selbsthilfe bewegt sich nur in Naturhandlungen, nicht in Rechtsgeschäften; sie wäre, wenn zulässig, Faustrecht. Dagegen finden wir das Wort gleichmäßig zutreffend sowohl für den Fall, da sich der Berechtigte seines Rechtes in der Defensive wehrt, wie da wo er es offensiv geltend macht. Und endlich mag man auch da noch von Selbsthilfe reden, wo der Berechtigte nicht schon auf Befriedigung, sondern vorerst auf bloße Sicherung seines Anspruches ausgeht.

Betrachten wir die Selbsthilfe hierorts in ihrer Richtung auf Befriedigung des Anspruches, und zwar zunächst

A. in der Offensive, so dürfte sie, so weit die Quellen zurückreichen, verboten gewesen sein. Allenthalben wird grundsätzlich und vorbehaltlos ausgesprochen, daß ohne den Richter, Magistrat nicht eingeschritten werden dürfe [1]). Wer ohne das Gericht einschreitet, schreitet „ohne Recht" ein [2]). Sehen wir, daß die Personalexecution mit obrigkeitlicher Bewilligung (S. 255)

1) l. 176 pr. D. r. j. 50, 17 l. 7 l. 8 D. ad l. Jul. de vi priv. 48, 7 l. 9 C. sol. matr. 5, 18 etc.

2) s. unten Anm. 10. 16. 24. 25.

Pfändungen aber durch die Obrigkeit selbst, und durch den Gläubiger nur wenn es lege, moribus [3]), durch die Obrigkeit (Missio) oder durch einen Pfändungsvertrag erlaubt war (§. 80. Anm. 1), statthatten, so können Personalexecution und Pfändung nicht wohl nebenher auf eigene Faust zugestanden haben.

Nichtsdestoweniger hat die Meinung, als ob das „Faustrecht" auch in Rom lange, etwa bis auf das Plautische und Julische Gesetz de vi (publica und privata), ja zum Theil bis auf das Decretum D. Marci über eigenmächtige Pfändungen und noch länger mit dem Rechtsweg concurrirt habe, in neuerer Zeit um sich gegriffen [4]). Indessen abgesehen von jenen allgemeinen Betrachtungen sind

1. kaum irgendwelche Fälle von Selbsthilfe zu ersinnen, welche, mögen sie sich nun als Personal- oder als Vermögensexecution darstellen, nicht jenen Frieden brechen, welcher in den Interdicten von altersher über Personen und Sachen gewirkt war [5]) und so denn namentlich das interdictum de homine libero exhibendo oder die ii. de vi, de clandestina possessione, uti possidetis und utrubi nach sich zogen. Von allen den Fällen, welche die Quellen darbieten, sehen wir nur einen grundsätzlich außerhalb der Interdicte, und vor der lex Julia de vi publica und privata wahrscheinlich außer aller Verfolgung: den da die Gewalt nicht bis zur Besitznahme von Personen und Sachen (vis expulsiva, ablativa) vordrang, sondern als Zwang (vis compulsiva) die schuldige Leistung selbst zur Folge hatte [6]). Daß in einem anderen Falle trotz Wegnahme von Sachen das Interdict schweigt [7]), hat seinen besonderen Grund: darin, daß der Schuldner flüchtig und also Gefahr auf Verzug ist.

2. Die nachmaligen s. g. Selbsthilfsverbote sind nicht als Gesetze zu denken, welche die Selbsthilfe erst jetzt verbieten, sondern in ihrer früheren classischen Periode als Entscheidungen,

---

3) Gaj. 4, 26—29.

4) Benfey, v. d. Selbsthilfe, rhein. Mus. für Jurispr. Bd. 7 S. 1 fg. Ihering, Geist d. r. R. 3. Aufl. Bd. 1. §. 11 S. 123 fg. Dr. J. Schmitt, die Selbsthilfe, Erlangen 1868. S. 17 fgg.

5) l. 1 l. 2 D. interd. 43, 1.

6) l. 12 §. ult. D. quod met. 4, 2 l. 6 C. sepulchr. viol. 9, 19.

7) l. 10 §. 16 D. quae in fraudem cred. 42, 8.

welche die wider vis publica und privata gerichteten Criminalgesetze der Republik und der ersten Kaiserzeit auf die in diesen stillschweigend mit betroffene, vordem blos interdicirte jetzt mit öffentlichen und schweren Strafen verfolgte Selbsthilfe anwenden [8]), — in ihrer späteren Zeit als Reformgesetze, welche zum Theil die alten Interdicte, zum Theil die Strafgesetze in ihrer Richtung gegen die Selbsthilfe schärfen oder mildern. Noch in der lex Julia de vi publica et privata, geschweige in der älteren Fabia und Plautia, finden wir die Selbsthilfe nicht speciell als solche, sondern gleichwie in den noch älteren Interdicten nach ihrer allgemeineren Art als Ausbruch unerlaubter Gewalt verpönt. Selbst als vis privata war sie von der lex Julia nur *entweder* unter dem Verbrechen der unter Zusammenrottung vollzogenen Mißhandlung von Personen [9]) begriffen, wenn der Zwang zu schuldiger Leistung, oder Personalexecution oder Pfändung sich mit solcher Ausschreitung verband, *oder* unter dem Verbrechen gewaltthätigen Eingriffs in fremdes Vermögen, wenn der Berechtigte „per injuriam" Sachen, welche unmittelbar oder mittelbar [10]) in jenes gehörten „wegnahm"; eine und dieselbe Sanction traf hier ihn und den Räuber [11]). Erst die Rechtsanwendung macht innerhalb der interdicirten und der öffentlich strafbaren Gewalt die Fälle der Selbsthilfe namhaft, unterwirft sie der lex Julia de vi und bereitet den späteren Gesetzen den Weg (Anm. 8).

Jedenfalls im Justinianischen Rechte ist (mit der Ausnahme in Anm. 7) kein Fall der offensiven Selbsthilfe unverfolgt. Denken wir sie

I. *auf Geld und Gut* entweder des Gegners, oder sonstiger dritter Personen, oder auf eigene, jedoch in fremdem Besitze befindliche Sachen gerichtet, mithin *als Vermögensexecution* im weitesten Sinne des Wortes, und zwar

8) decretum D. Marci: l. 7 D. ad l. Jul. de vi priv. 48, 7 l. 13 D. quod met. 4, 2; Julianisches Responsum: l. 12 §. 2 eod.; Rescript von Severus u. Antoninus: l. 1 C. ad l. Jul. de vi 9, 12; Constit. von Valent. Theod. u. Arc.: l. 7 C. unde vi 8, 4, Nov. 52. c. 1. Nov. 134. c. 1.

9) l. 2 D. h. t.

10) zu dem »ex bonis« in l. 3 §. 2 D. h. t. vgl. l. 2 §. 22—25 D. vi bon. rapt. 47, 8.; zu dem »per injuriam« das sine auctoritate judicis in l. 8 D. ad l. Jul. vi priv. 48, 7.

11) vgl. l. 3 §. 2 cit. mit l. 2 §. 1 D. vi bon. rapt. 47, 8.

1. als Pfändung, d. i. als zur Satisfaction für Forderungen erfolgte Besitznahme fremder, dem Gepfändeten gehöriger, oder von ihm zu verantwortenden Sachen (Anm. 10), so steht je nach Art der Sachen und der aufgebotenen Gewalt noch immer

a. das interdictum de vi [12]), oder aber

b. criminelle Verfolgung auf Grund der lex Julia de vi zu, und zwar de vi publica, wenn mit schaarweiser und bewaffneter Gewalt [13]) — de vi privata, wenn mit schaarweiser Gewalt und unter Mißhandlung der Person [14]), aber auch wenn ohne solche Gewalt, ja selbst wenn ohne die definitionsmäßige Gewalt, d. i. ohne entgegenstehendes Verbot [15]), wenn nur ohne den Willen des Besitzers oder obrigkeitlichen Erlaub genommen oder Besitz ergriffen wurde [16]). Ob der Schuldner selbst oder ein Dritter gepfändet wurde, ist nach der lex Julia gleichgiltig [17]); erst Nov. 52. c. 1 weist hier einen Unterschied auf [18]); Pfandrecht an der gepfändeten Sache kann eben so wenig von der Strafe der lex Julia, als vom Interdict, und von der actio vi bonorum raptorum [19]) befreien; nur die durch einen Pfändungsvertrag eingeräumte also auf den Willen des Schuldners fußende Pfändung ist keine vis (§. 80. Anm. 1). Darnach ist denn auch das hier einschlägige gegen eigenmächtige Pfändung gerichtete decretum D. Marci [20]) keine selbständige Constitution [21]), sondern Anwendung der lex Julia de vi privata auf diese Pfän-

12) vgl. bes. l. 4 C. h. t. 8, 4.
13) l. 3 §. 2 D. h. t. 48, 6.
14) l. 2 D. h. t. 48, 7.
15) l. 73 §. 2 D. r. j. 50, 17.
16) l. 3 §. 2 D. h. t. Sed si nulli convocati, nullique pulsati sint, per injuriam tamen ex bonis alienis quid ablatum sit, hac lege teneri eum qui id fecerit (Macer) l. 8 eod. Si creditor sine auctoritate judicis res debitoris occupet, hac lege tenetur, et tertia parte bonorum multatur et infamis fit (l. 1 eod.) Modest. l. 5 C. h. t. 9, 12. In possessionem fundi licet creditor per vim ingrediatur, Juliae legis vis privatae deferri potest (Diocl. et Max.)
17) l. 1 C. h. t. 9, 12.
18) Quadruplum statt tertia pars —
19) l. 3 §. 18 in f. D. vi bon. rapt. 47, 8 l. 3 C. eod. 9, 33.
20) l. 7 D. h. t. 48, 7 l. 13 D. quod. metus 4, 2.
21) wie Schmitt, a. a. O. Cap. III. §. 1 annimmt.

dung [22]). Allerdings ist dieses Decret das älteste Zeugniß [23]) dafür, daß eine vis (privata) nicht bloß gegen, sondern auch ohne den Willen des Gepfändeten statthabe, und darnach wohl möglich, daß dies zuerst in ihm entschieden worden sei [24]); allein auch für eine solche späte Entscheidung konnte ein uranfänglicher Anhalt im Gesetze selbst sein [25]). Ferner erfahren wir zuerst aus dem Decret, daß die Pfändung, von den sonstigen Strafen der lex Julia abgesehen (Anm. 16), des Forderungs(klag)rechtes verlustig mache — was allerdings selbständig, nicht aus der lex Julia, welche die Selbsthilfe nicht eigens betraf, sondern aus einer Art Klagenconsumtion (eumque sibi jus in eam rem dixisse), aber vielleicht schon von Julian [26]) oder vor diesem gefolgert sein mag. — Die Novelle 52. c. 1. derogirt der lex Julia, insofern sie gegen denjenigen, der anstatt des Schuldners Dritte pfändet, die (wahrscheinlich veraltete) Drittelsconfiscation durch vierfache Erstattung der gepfändeten Sachen ersetzt (Anm. 18).

c. Gestaltet sich die Pfändung zur gewaltthätigen Entreißung (von Mobilien), so steht dem Vergewaltigten wahlweise anstatt der Verfolgung in publico judicio (legis J. de vi) die privata persecutio mit actio vi bonorum raptorum zu [27]).

d. Die possessorischen Rechtsmittel, welche als Ersatz zum Theil für das alte interdictum utrubi, zum Theil für das int. de clandestina possessione im späteren Rechte aufgekommen

---

22) arg. Nov. 60. c. 1 pr. — Confiscationem quoque in tertiam partem substantiae (sicut et Marcus Philosophus imp. in suis conscripsit legibus) et infamia feriatur —; ferner Aufnahme des Decrets in den Titel ad l. Jul. de vi priv. 48, 7.

23) Benfey, Rh. Museum, Bd. 7. 1. Von der Selbhilfe, S. 19.

24) l. 7 cit. — Caesar dixit: Tu vim putas esse solam si homines vulnerentur (cf. l. 2 eod.); vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non . . convenire, quicquam non jure facere; quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.

25) vgl. zu dem »non jure« in l. 7 cit. das »per injuriam« in l. 3 §. 2 cit. wozu l. 1 §. 2 in fin. D. quod vi aut clam 43, 24.

26) l. 12 §. ult. in f. D. quod met. 4, 2.

27) l. 2 §. 1 §. 18 in f. D. h. t. 47, 8 l. 3 C. h. t. 9, 33, vgl. oben Anm. 11.

sind [28]), müssen auch gegen eigenmächtige Pfändung von Mobilien, oder pfändungsweise Besitznahme von Grundstücken Abwesender gelten.

2. Selbsthilfe durch Zahlungszwang, so wenig von der actio quod metus als von den Interdicten betroffen [29]), erscheint lediglich auf Grund der lex Julia de vi, auf Grund dieses Gesetzes aber bei jedwedem Zwang verfolgbar [30]). Ob die lex Julia aber wirklich so wie l. 12 §. 2 cit. vorgibt noch von den alten Juristen selbst auf diesen Fall angewandt wurde, ist fraglich, weil sich die Compilatoren vermüßiget sahen, diese Anwendung durch Einschaltung des decretum D. Marci zu begründen [31]), und das Decret hier in einer weiteren Fassung zu geben, als da wo wahrscheinlich sein ursprünglicher Text vorliegt [32]); auch würde Scaevola in l. 24 D. quae in fraud. cred. 42, 8 von der lex Julia schwerlich abgesehen haben, wenn ihre Anwendung auf den Zahlungszwang schon damals erfolgt wäre. Einmal erfolgt, zieht sie den Verlust der Forderung auch hier nach sich [33]).

3. Selbsthilfe zur Durchsetzung dinglicher Ansprüche ist

a. für den Fall, da man die in fremdem Besitz befindliche, bewegliche oder unbewegliche Sache als die seinige in Anspruch und verweigernden Falles eigenmächtig und gewaltthätig weg- oder in Besitz nimmt, abgesehen von den besonderen Folgen besonderer Gewalt, zuerst einzig mit den gemeinen Interdicten, dann auch criminalrechtlich, nach Art der lex Julia de vi [34]), endlich aber durch eine aus Interdict und Strafe gemischte, mit dem Verluste des Eigenthums oder seines Werthes [35]) verknüpften

28) l. 1 C. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio 8, 5; l. 7 l. 11 C. unde vi 8, 4.

29) l. 12 §. 2 D. quod met. 4, 2.

30) l. cit.

31) l. 13 eod. Exstat enim decretum D. Marci in haec verba etc.

32) vgl. das »rem . . . non ab ipso sponte sibi datam« in l. 13 cit. mit dem rem . . non ab ipso sibi traditam« in l. 7 D. ad l. Jul. de vi priv. 48, 7. Benfey, a. a. O. S. 25 fg.

33) l. 12 §. ult. cit. in fin.

34) vgl. c. 3 C. Th. 9, 10 (l. 7 C. J. 9, 12.) Si quis ad se fundum vel quodcunque aliud adserit pertinere etc. mit l. 7 C. unde vi 8, 4 si quis . . . . ante adventum judicialis arbitrii invaserit etc.

35) c. 3 C. Th. ad legem Juliam de vi publica 9, 10.

reſtitutoriſchen Beſitzklage verfolgt [36]). Wer ohne Eigenthums-Behauptung und Abverlangung vorgeht, iſt unmöglich beſſer [37]), möglicherweiſe aber ſchlimmer daran, um deswillen, weil, wenn er nicht wirklich Eigenthümer wäre, bei beweglichen Sachen der Raub näher läge als die Selbſthilfe (l. c.) — Eigenmächtige, aber gewaltloſe Selbſthilfe verfällt den ſpäteren Beſitzklagen (Anm. 28).

b. Wider den vom Eigenthümer gegen den dritten Beſitzer geübten Reſtitutionszwang iſt, von beſonderen Gewaltsfällen abgeſehen, in Ermanglung des fremden Vermögens keine Analogie der lex Julia de vi privata oder des decretum D. Marci, in Ermanglung des damnum keine actio quod metus (Anm. 29), und in Ermanglung von Dejection, Invaſion, Wegnahme (vis expulsiva, ablativa) kein römiſches Interdict, ſondern nur unſere Spolienklage begründet.

c. Gegen eigenmächtige Durchſetzung von jura in re kann das interdictum quod vi aut clam [38]), und können, wenn ſie durch Beſitznahme der fremden Sache erfolgt, Beſitzklagen zuſtehen. Der eigenmächtigen Pfändung durch Pfandgläubiger iſt ſchon oben (I. 1) gedacht.

II. Als Perſonalexecution — durch gefängliche Einziehung mit Arbeitszwang, Vermiethung [39]), Verkauf [40]) — iſt die Selbſthilfe dem interdictum de homine libero exhibendo (D. 43, 29 C. 8, 8), der lex Fabia de plagiariis (D. 48, 15; C. 9, 20) und endlich für den beſonderen Fall da der Gläubiger gegen die Kinder des Schuldners vorgeht, der Novelle 134 c. 7 [41]) ausgeſetzt.

36) l. 7 C. unde vi 8, 4 Justinian. — dominus quidem constitutus, possessionem . . restituat . . et dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit, . . . non solum . . . reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

37) §. 6 J. interd. 4, 15.

38) l. 1 §. 2 D. h. t. 43, 24. Et parvi refert utrum jus habuerit faciendi, an non — Weiteres in Seuffert's Archiv, I. 222. V. 258 VI. 157 IX. 135. Bl. f. R. A. Bd. 21. S. 187.

39) — retinere aut in pignus, aut in servi ministerium, aut in conductionem — quia personam liberam pro debito praesumpserit retinere, aut locare aut pignorare — Nov. 134 c. 7.

40) vgl. l. 15 C. ad legem Fabiam de plagiariis 9, 20 l. 1 D. eod. 48, 15. Paul. R. S. in Collat. tit. 14 c. II.

41) debito cadat . . tantam aliam quantitatem adjiciat dan-

Von allen diesen Fällen der Selbsthilfe ist keiner, der nicht heute noch möglich wäre; was aber ihre Folgen anlangt, so bemessen sich die criminellen nicht mehr nach römischem Rechte; der Verlust der Forderung oder des Eigenthums dagegen sowie Bestrafung mit dem einfachen (Anm. 33—36), allenfalls sogar mit dem vierfachen Sachwerth (Anm. 18), können für so giltig erachtet werden als die Besitzklagen.

B. In der Defensive — als Vertheidigung der Person oder des Besitzes wider Gewalt — ist Selbsthilfe erlaubt [42]). Ueberdies wird beim Besitze auch noch der sofortige Gegenangriff, entgegen dem Zwange auch noch die spätere Gegenbedrohung wie Vertheidigung behandelt [43]). Nachträgliche Gegendejection wider Denjenigen der uns selbst dejicirt, heimlich oder bittweise um unseren Besitz gebracht hat, ist nicht mehr erlaubt [44]), wogegen der Versuch, sich gegen ihn als Besitzer zu behaupten, nach wie vor erlaubt d. h. nicht interdicirt ist; denn Dejicient dringt mit dem i. uti possidetis wider den von ihm Dejicirten nicht durch [45]); ob umgekehrt dieser gegen jenen, ist bestritten [46]).

II. Arten.

J. de actionibus 4, 6.

§. 83.

Certi, incerti actiones.

Seitdem die gewaltsame Durchsetzung der Ansprüche der „Hand" des Berechtigten entwunden, und zum ausschließlichen Rechte der Obrigkeit geworden, die Activität der actio sonach auf Beschwerde, Verlangen, Rechtsbehauptung und Beweis, kurz auf

---

dam ei qui retentus est ab eo aut parentibus ejus et post hoc etiam corporalibus poenis ipsum subdi a loci judice —

42) cum liceat . . vim vi repellere: l. 12 §. 1 D. quod. met. 4, 2 — ad defendendam possessionem . . . vim propulsare licet l. 1 C. unde vi 8, 4.

43) l. 3 §. 9 l. 17 D. unde vi 43, 16; l. 12 §. 1 cit. in fin.

44) vgl. Gaj. 4, 154, 155 l. 1 l. 3 C. unde vi 8, 4 mit l. 1 pr. D. h. t. 43, 16 §. 6 J. interd. 4, 15.

45) Gaj. 4, 150 l. 1 pr. D. h. t. 43, 17.

46) vgl. einstweilen P. Krüger, krit. Versuche 1870. S. 88 fgg. Eck, doppelsl. Klagen, S. 50 fgg.

mündliche und endlich auch schriftliche Verhandlung vor Gericht eingeschränkt ist (§. 81. a. E.), gibt es den alten Unterschied der erst verhandelnden (das Urtheil vorbereitenden) und der thatsächlich handelnden (das Urtheil oder Projudicat exequirenden) Actionen[1]) nicht mehr; wir haben nurmehr verhandelnde Actionen.

Allein auch diese sind nicht mehr in der alten Art unterschieden, oder gehen doch wenigstens nicht zuoberst und zuerst nach demjenigen Gesichtspunkte auseinander, der sie vor Alters schied; es ist dies der Gesichtspunkt besonderer Gefährlichkeit, die das einemal mit dem Prozessiren verknüpft war, das anderemal nicht. Schon die classischen Quellen, geschweige die späteren, theilen nach diesem Gesichtspunkt nicht mehr ein, während er die legis a. sacramento und per condictionem auf der einen, und die per judicis postulationem auf der anderen Seite zuoberst auseinanderhielt[2]). Der materiellrechtliche Unterschied dagegen, mit welchem jener prozessualische Unterschied zusammenhing, dauert noch fort. Die Gefährlichkeit der l. a. sacramento und per condictionem lag, wenn wir von der Conjectur eines vorgeschichtlichen Zweikampfes[3]) absehen, in der für beide Parteien nothwendigen Wette; da nun aber eine Wette nicht ohne Behauptung, überdies nicht ohne contradictorische Behauptungen, und eine contradictorische Behauptung nur entgegen einer bestimmten Behauptung möglich ist, so schlossen die Wettprozesse die Nothwendigkeit einer das Verlangen des Klägers begründenden Behauptung, und zwar einer bestimmten, contradictorisch widersprechbaren Klagsbehauptung in sich. Von dieser Art ist die Behauptung des Status in den Präjudicialklagen, die des Eigenthums und der jura in re in den Vindicationen, die des Erbgangs in der hereditatis petitio, die der Schuld in der certae pecuniae und rei petitio; das sind aber die Behauptungen, welche zu Streit und Wette in der legis a. sacramento und per condictionem führten und den

1) legis actio sacramento, per condictionem, per judicis arbitrive postulatio — per manus injectionem, per pignoris capionem —
2) Gaj. 4, 13 — eaque actio perinde periculosa erat . . . atque hoc tempore periculosa est actio certae pecuniae —
3) vgl. Rudorff, grom. Jnstitt. S. 426, Anm. 494.

Gegenstand des richterlichen Wahrspruches in diesen Prozessen bildeten [4]); denn daß hier der Richter wenigstens zunächst lediglich zu befinden hatte, wessen Behauptung wahr sei [5]), versteht sich nebenher. — Wo dagegen eine derart bestimmte Rechtsbehauptung fehlte, und zwar 1. Behauptung und Anspruch identisch (S. 252 Alin. 2. S. 253. unten) auf etwas Unbestimmtes gingen, es sei nun, daß die Unbestimmtheit blos im Gegenstande lag (quidquid dare facere oportet), oder daß der Grund des Anspruches (causa) zu derselben mitwirkte (quidquid dare facere oportet ex fide bona) — oder wo 2. die Rechtsbehauptung zwar auf ein gewisses gegangen, allein zuvor entschieden, nun nachträglich über den Anspruch zu entscheiden (S. 272 Z. 5) und dieser ungewiß war, — oder wo 3. der Anspruch nicht sowohl an den Gegner ging, als an den Richter, und nicht sowohl auf ein juristisches als technisches Erkenntniß, oder nicht sowohl auf ein Erkenntniß als auf eine Handlung, Vornahme eines gewissen Geschäftes an der Parteien statt (Theilung von Erbschaften und res communes, Auffindung untergegangener, Aufsteckung neuer Gränzen) wie nachmals in familiae herciscundae, communi dividundo und finium regundorum judicio: da war überall an keine Wette zu denken, nicht nothwendig Streit, sondern, beim Mangel eigener Uebereinkunft und der natürlichen Abneigung die Gegenpartei selbst entscheiden zu lassen, wesentlich nur das Bedürfniß nach einem unparteiischen, die Sache definitiv erledigenden Dritten vorhanden, der für die Parteien die schwankende Größe des Anspruchs fixirte theilte, die Gränzen suchte und steckte. Die Bitte um einen Richter neben allgemeiner Demonstration der Sache war hier alles was vor den Magistrat gehörte; alles andere bekam der Richter zu hören und zu besorgen. So ist die legis actio per judicis arbitrive postulationem schon dem Namen nach als die bloße Bitte um einen Richter charakterisirt; für Theilungs- und Grenzscheidungssachen bestund sie sicher [6]), für unbestimmte Forderungen aber so wahrscheinlich, als u. E. für die nachträgliche (secutorische)

4) Gaj. 4, 14, 16, 17, 20.

5) — utrius sacramentum justum, utrius injustum sit. — Keller, Civilpr. §. 13 Anm. 201.

6) vgl. Keller, a. a. O. §. 17 Anm. 234.

Verhandlung [7]) behufs Restitution, Aestimation, Condemnation bei dinglichen, ihrer Existenz nach zuvor durch l. a. sacramento entschiedenen Ansprüchen [8]); für ungewisse, aber strengrechtliche Forderungen vielleicht aber gleichfalls nur insofern als ihre Existenz entweder vornherein unbestritten, oder zuvor zum Gegenstand eines Wettprozesses geworden, und die Wette im Sinne des Klägers gewonnen war.

Das certum und incertum der Ansprüche und der Rechtsbehauptung also war der materiellrechtliche Unterschied, an welchen einst eine besondere Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit des Prozessirens und damit der Hauptunterschied innerhalb der verhandelnden Actionen anknüpfte. Diesen Einfluß hat es noch im Formularprozeß verloren [9]); kann hier der Kläger noch in einigen besonderen Fällen des certum mit wirklicher Gefahr für beide Theile zur Wette provociren [10]), so liegt der Grund hiefür nicht im certum; im Justinianischen Rechte kommt auch hievon nichts mehr vor.

Desgleichen ist auch die mit dem Certum einseitig für den Kläger gegebene Gefahr der pluspetitio [11]) im wesentlichen antiquirt [12]).

Eine besondere Prozeßgefahr steht also mit dem Unterschied der certi und incerti actiones nicht mehr in Verbindung; insoweit hat derselbe für uns keine practische Bedeutung.

Der Unterschied des gewissen und des ungewissen Anspruchs, der gewissen und der ungewissen Behauptung hatte aber, wie schon aus dem Bisherigen erhellt, noch eine andere Folge. Das officium judicis war hier und dort verschieden: ein reiner Wahrspruch (Verdict) hier, eine Transaction des Ungewissen in das Gewisse, Vertheilung des Gemeinsamen, und Abgrenzung des

7) vgl. Keller, a. a. O. §. 16 cf. Gaj. 4, 166 in fin.
8) arg. das arbitrium litis aestimandae (A. L. AE.) in Val. Prob. »in legis actionibus haec etc.; ferner Gaj. 4, 48.
9) Gaj. 4, 91. 94 — non tamen haec summa sponsionis exigitur —
10) Gaj. 4, 13, 171.
11) Gaj. 4, 54 — in incertis formulis plus peti non posse —
12) §. 33 in fin. J. act. 4, 6.

Getrennten, kurz eine ebensosehr handelnde als erkennende Thätigkeit dort (S. 270). Hiernach bekam der Richter denn auch in den Condemnationen — welche stattfanden, wo *nicht* gewettet wurde (l. a. per judicis a. v. p.), oder dann *nachdem* gewettet und gewonnen war (secutorium judicium, arbitrium rei aestimandae, ursprünglich u. E. wieder durch l. a. p. j. a. v. p.), oder später *ohne* daß gewettet wurde (rei vindicatio mit petitoria formula, gewisse condictiones, b. f. actiones, in factum actiones) — eine mehr oder minder freie Hand [13]). Von den besonderen Rücksichten, die dem Richter in b. f. judiciis zustunden und oblagen, ist hier nicht zu reden, weil sie nicht schon aus dem incertum des Anspruches, sondern erst aus der für eine große Gruppe von Contracten maßgebenden Fides entsprangen. Auch die Arbitrirung in den arbitrariae actiones (§. 85) entspringt nicht einzig aus dem incertum — wenn anders alle Condictionen (stricti juris actiones), gleichviel ob certi oder incerti, von derselben ausgeschlossen sind [14]). Aber genug, daß das certum und incertum den obenerwähnten allgemeineren Unterschied innerhalb der richterlichen Funktion und Freiheit mit sich brachte. Von diesem möchte man meinen, daß er noch heute bestehe. Denn während die Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit ein Ding war, das sich an certum und incertum zwar anschloß, aber nicht nothwendig aus ihm hervorging, und so denn auch allmälig abstarb, so scheint der Unterschied in den richterlichen Funktionen mit dem certum und incertum nothwendig da zu sein, und also, da der Kläger noch immer auf ein certum zu intendiren veranlaßt und berechtigt sein kann, während er ein anderesmal auf ein Minderbestimmtes oder auf Theilung u. s. f. klagt, noch immer fortbestehen zu müssen [15]). In Wirklichkeit sind aber unsere Klagen, wenn man etwa von den Wechselklagen, den Executiv- und Mandatsprozessen absieht, alle incerti geworden. Selbst wenn auf ein certum intendirt wird, kann noch darüber hinaus, auf Prozeß-

13) vgl. Gaj. 4, 50—52.

14) vgl. B.-Hollweg, Civilpr. §. 94 Anm. 70. Savigny, Syst. Bd. 5 S. 126. Anm. 1. u. §. 223.

15) s. z. B. Schmidt, pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen u. Einreden §. 685. §. 688.

und Verzugszinse, Früchte und sonstige Nebensache (causa rei) befunden und verurtheilt werden [16]). Der Grund hiefür ist freilich noch im römischen Rechte selbst gelegt, indem die Folgen der Litiscontestation schließlich allgemein, selbst si certa pecunia petatur, die Schranke des certum durchbrechen [17]).

Hiernach ist es nicht zu verwundern, wenn die Glossatorentafel für das certum und incertum keine Serie und keine Pünktlein hat [18]), und in unseren Compendien von demselben kaum einmal an und für sich [19]) die Rede ist. Um so mehr muß es anerkannt werden, daß Windscheid auf die Unversiegbarkeit des Unterschiedes in den Ansprüchen selbst hinweist, und wenn wir ihn recht verstehen auf eine bewußte Geltendmachung desselben vor Recht und Gericht hinarbeitet [20]).

§. 84.

In rem, in personam actiones.

In den Quellen des Justinianischen Rechtes steht der Unterschied von actiones in rem und in personam allen anderen voran [1]). Nach denselben Quellen sind in personam die Forderungsklagen [2]), in rem alle anderen actiones [3]). Ohne Zweifel hat das in den Rechten und Rechtsverhältnissen, die der Klage hier und dort zu Grunde liegen, seinen Grund; denn die Forderungen sind an sich und vornherein Anspruch (S. 248. 252), haben also an sich und vornherein die Richtung gegen eine Person (in

16) Schmidt a. a. O. §. 688: „— Bei der condictio certi geht das Hauptgesuch auf die bestimmte Größe oder das Individuelle —"

17) gegen Gaj. 4, 50 halte l. 3 §. 1 l. 35 cf. l. 34 in fin. l. 38 §. 7 D. usur. 22, 1; l. 31 D. reb. cr. 12, 1 cf. l. 34 cit.: usurae vicem fructuum obtinent.

18) Arbor actionum, pro loco in Senatu academico (Erlangensi) rite obtinendo, iterum edita, illustrata ab A. Brinz 1854. Rubrica de XII: divisionibus secundum Joannem.

19) s. z. B. Mühlenbruch, Lehrb. d. Pandr.'s 3. Aufl. §. 138 II.

20) Pandecten 3. Aufl. Bd. I. S. 105 fg.

1) §. 1 J. h. t. cf. Gaj. 4, §. 1 l. 25 pr. D. o. e. a. 44. 7.

2) §. 1 J. cit. — namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est etc. Gaj. 4, 2. In p. actio est qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis . . obligatus est, contendimus —

3) §. 1 J. cit. — aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est.

personam) (S. 248), wogegen das Eigenthum, die jura in re, die hausherrliche Gewalt, die Thatsache der Erbfolge, geschweige denn ein bloßer Status, an sich kein Anspruch (S. 249), mithin an sich gegen keine Person gerichtet sind (S. 249). Die Eintheilung hat also eine materiellrechtliche Grundlage[4]). Hieneben hat sie aber auch eine prozeßualische Bedeutung. Im Formularprozeß war nämlich die Fassung der auf ein Recht gestützten (in jus concipirten) Actionen derart verschieden, daß in der Bezeichnung des Klagegrundes (intentio) bei den einen das Recht ohne den Anspruch[5]), bei den anderen das Recht nur mit dem Anspruch zum Ausdruck gelangte[6]). Naturnothwendig war letzteres bei den Forderungsrechten der Fall, da diese Recht und Anspruch zugleich sind; naturnothwendig galt das andere bei den Klagen aus allen anderen Rechten, wenn anders die intentio nur den Grund, aus dem angesprochen, geklagt, nicht den Anspruch selbst bezeichnen sollte[7]); denn sie sind an sich noch nicht Anspruch. Treffend in der That ist die Bemerkung, daß dort ein esse, hier ein oportere intendirt wird[8]) — entsprechend dem in sich Seienden des Eigenthums, der jura in re, sowie der Familiengewalten, und den auf ein erst Seinsollendes gehenden Forderungen und Ansprüchen. Nicht „einleuchtend" dagegen ist es, daß dieser Unterschied mit dem Formularprozesse hinweggefallen sei[9]); denn mit den „Formeln" ist nicht alle Form und Gestalt des Prozesses untergegangen; nur daß der jus dicens mit den und den Worten den Betreff, Grund und Belang der Klage concipire, ist aufgehoben[10]), nicht daß der Kläger den Grund seiner Klage zu

4) s. dagegen Prinz, das allg. Actionenrecht, oder die Lehre vom Anspruche, 1870, S. 61, Abs. 1.

5) Gaj. 4, 3 — cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nostrum esse competere, velut utendi, fruendi, eundi etc.

6) Gaj. 4, 2 — cum intendimus dare facere praestare oportere —

7) Gaj. 4, 41 — ea pars formulae qua actor desiderium (Bekker: Anspruch, Huschke: Verlangen nach richterlicher Anerkennung) suum concludit — Bekker (Consumtion S. 38) diplomatisch gewagt aber sachlich nicht unrichtig: ex qua; Huschke (»Gajus« S. 165) diplomatisch sicher, aber sachlich problematisch.

8) Prinz, a. a. O. S. 61 fg. doch bedenke das oportere in Gaj. 4, 42.

9) Prinz, a. a. O.

10) C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis 2, 58.

bezeichnen habe: und mit was immer für Worten das geschieht, so wird die Angabe des Grundes so lange wir zwischen Forderungen und anderen Rechten unterscheiden, nothwendig das einemal den Anspruch mitenthalten, das anderemal nicht mitenthalten, heute nicht minder als in und vor dem Formularprozeß. — Diejenigen Actionen nun, welche eine „anspruchslose" Intentio hatten, bekamen den Namen in rem actiones; diejenigen, welche sofort einen Anspruch intendirten, den Namen in personam actiones. Und auch das nicht ohne Grund. Denn wo ein Anspruch, da ist Gegnerschaft, Richtung gegen eine Person, actio in personam; wo Recht ohne Anspruch, da keine Gegnerschaft, keine Richtung gegen eine Person (§. 79), wenngleich das Recht mitunter von der Art ist, daß es ohne die Person, welche es zum Gegenstande hat, oder die es am ehesten zum Gegner bekommt, nicht genannt werden kann (S. 252. Alinea 3). Möglich, daß die Worte in rem und in personam in ihrer Verbindung mit den actiones ursprünglich beide eine positive, überdies körperlich „greifbare" Bedeutung hatten [11]); die negative, von der Person (des Gegners) abstrahirende Bedeutung, die das „in rem" für den Formularprozeß hat, bewährt es auch in vielen anderen Richtungen [12]).

Seinen Ursprung dürfte der Unterschied in den in jus concipirten Actionen haben, indem nur in ihnen Recht und Anspruch in Frage und zur Unterscheidung kommt. Allein weitete man den Begriff in rem actio von der ursprünglichen gemischt positiven und negativen Bedeutung einer Klage, welche „ein Recht und keinen Anspruch" intendirt, zu der blos negativen Bedeutung einer Klage aus, die „keinen Anspruch" intendirt, so ließen sich unter der Eintheilung auch die Präjudicialklagen mitbegreifen [13]), in

11) Keller, Civilpr. §. 87. Mein Begriff der obligatio, in der Wiener Zeitschr. für das öffentl. u. Privatr. der Gegenwart, Bd. 1. S. 23.

12) s. die von Keller §. 87 Anm. 95 citt. l. 7 §. 8 D. pact. 2, 14; l. 5 pr. D. usfr. quemadm. cav. 7, 9; l. 5 §. 2 D. pec. const. 13, 5; l. 10 in fin. D. ut legat. 36, 3; l. 10 l. 23 D. o. n. n. 39, 1; l. 5 §. 3 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4; l. 12 pr. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5; l. 1 §. 3 D. interd. 43, 1 cf. l. 5 §. 13 D. quod vi aut clam 43, 26; l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio non detur 44, 5.

13) §. 13 J. h. t. — praejudiciales actiones in rem esse videntur. —

denen zwar keine Rechte, aber auch keine Ansprüche gegen irgend wen intendirt werden; — und dehnte man anderseits den Begriff in personam actio von der Bedeutung einer Klage, welche mit dem Rechte einen Anspruch zugleich, und darum wider die Person des Gegners intendirt, auf eine Klage aus, welche kein Recht, und keinen Anspruch, anstatt dessen aber ein Faktum, und zwar ein Faktum des Gegners, und insofern abermals wider die Person des Gegners intendirt, so war die eine Hälfte der in factum actiones in der Eintheilung mitbegriffen, während die andere Hälfte (z. B. Serviana) auf sonst einem Factum beruhte und in rem war [14]), so daß unsere Eintheilung in der That eine summa divisio war [15]).

Nur von hier aus — da die aus dem Faktum einer Person wider eben diese Person intendirte Klage gleich der aus dem Anspruche wider eine Person gegen eben diese Person intendirten Klage in personam actio genannt wird — versteht sich die „actio in rem scripta", welche eine in factum actio [16]), aber eine aus dem Faktum nicht des Beklagten sondern irgendwessen erhobene, jedoch immer noch obligatorische Klage ist [17]). Ob überall wo sich die Gegnerschaft durch den Besitz einer Sache bestimmt, die actio aber „personalis" heißt [18]), oder doch ist [19]), an „in rem scripta actio" zu denken und dieser Ausdruck in den Quellen nur zufällig nicht gebraucht sei [20]), hängt davon ab, ob überall hier ein „in rem" gefaßtes Factum als Grund zur Condemnatio hingestellt war; gegen eine derartige Fassung der actio ad exhibendum ist Demelius [21]); gegen eine derartige der aquae pluviae arcendae a. Rudorff [22]); die Intention aus einer von dem Herren, Vater, Grundeigenthümer zu vertretenden noxa des Sclaven, Kindes,

14) vgl. Savigny, Syst. Bd. 5 §. 216 a. E. und not. i.
15) §. 1 J. h. t. Gaj. 4, 1.
16) was z. B. bei Keller, Civilpr. §. 87. S. 375, Savigny, Syst. Bd. 5. S. 24 fgg. unerhoben ist.
17) l. 9 §. 8 §. 1 D. quod met. 4, 2 cf. l. 4 §. 33 D. doli exc. 44, 4 l. 1 §. 3 D. interd. 43, 1.
18) l. 3 §. 3 §. 15 D. ad exhib. 10, 4; l. 6 §. 5 l. 12 D. aqua pluv. 39, 3.
19) §. 5 J. nox. act. 4, 8 l. 1 §. 12 D. si quadr. 9, 1.
20) Savigny, Syst. Bd. 5. S. 25.
21) Die Exhibitionspflicht, 1872 §. 5.
22) Ed. perp., in der §. 178 (2) wohl nicht auf alle Fälle (quod Ns. Ns.) passenden Formel.

Grundstückes wird nicht als „in rem" gefaßt betrachtet werden können. Die Interdicte [23]) allerdings waren vi ipsa personalia und in rem gefaßt; allein in rem ist nur das interdictum (redditum — des Prätors), nicht seine Wirkung (vis), die actio (edita).

Daß die Theilungsklagen mixtae, tam in rem quam in personam sind [24]), weist daraufhin, daß in ihnen ebensowohl auf ein „anspruchsloses" Recht der mehreren Parteien (Miteigenthum? Größe der Theile) [25]), als auf Ansprüche (auf Theilung? oder nur auf Ersatz?) intendirt wurde [26]). —

Hiernach kann namentlich auch das nicht zugegeben werden, daß mit dem Formularprozeß die Eintheilung der Klagen in in rem und in p. aa. antiquirt worden sei [27]); wie schon bemerkt ist mit der Formel nicht alle Form und Gestalt der Klage untergegangen. Noch heute und immerdar wird zur Klage ein Klagegrund gehören, und dieser wird stets ein Anspruch oder ein „anspruchsloses" Recht, ein Faktum des Gegners, oder sonst eine wider ihn klagwirkende Thatsache sein. Das Neue liegt nur darin, daß der Kläger seinen Klagegrund selbst faßt, daß er ihn in ungebundener Rede faßt, und daß er dem Klagegrund überall seinen Anspruch (Petitum) beifügt, während bei der formularen in rem actio der Anspruch nicht in der formula, sondern formlos, zuerst vor dem Magistrat, und dann vor dem Judex, vorgebracht wurde. Justinian hat den Unterschied nicht aus Versehen, sondern weil er unvertilgbar ist, stehen lassen.

§. 85.

Rem persequentes und poenales actiones; — privatae und populares aa.

Das Ding worauf alle Ansprüche, mithin alle nicht blos

---

23) deren Savigny, a. a. O. zu Anm. e. mit l. 5 §. 13 l. 7 §. 1 D. quod vi aut clam 43, 24 (wozu l. 1 §. 3 D. interd. 43, 1) gedenkt —

24) §. 20 J. h. t.

25) vgl. Bekker, Aktionen Bd. 1. S. 368 oben. Eck, doppelsl. Klagen S. 90 fgg.

26) bloße Demonstration des Miteigenthums bei Keller, a. a. O. S. 162 Anm. 458. Rudorff, Ed. perp. §§. 71—73.

27) Prinz a. a. O. S. 61; vgl. oben Anm. 9.

präjudicialen Actionen gehen, heißt den Römern theils res, theils poena: so daß die in rem actiones „alle", die in personam actiones „fast alle" rei persequendae causa, also nur einige persönliche Klagen strafhalber aufgestellt sind [1]). Die Bedeutung des Unterschiedes sucht man noch immer in dem Einfluß, den die Actionen auf das Vermögen des Klägers haben, indem ihm diese Gewinn, jene nur Ersatz bringen [2]). Allein es kann kein Zweifel sein, daß z. B. Vermächtniß- und Schenkungsklagen, trotzdem sie dem Vermögen des Klägers nicht mehr nicht minder Zuwachs verschaffen als die Strafklagen, doch reipersecutorisch sind; so wie daß anderseits manche Strafklagen dem Kläger nur Ersatz bringen [3]). Darum muß der Schwerpunkt des Unterschiedes außer dem Vermögen liegen. Daß sie Vermögensstrafe sei, ist für den Begriff der poena nicht wesentlich [4]): wesentlich ist, daß sie für den Thäter ein Uebel sei. Die Strafklage geht darum auf ein Uebel, insofern auf etwas das im schlimmen Sinne des Wortes dem Beklagten gebührt; die reipersecutorische dagegen auf etwas das im guten Sinne des Wortes dem Kläger gebührt. Diese ist Verfolgung eigenen Rechtes, jene Verfolgung fremden Unrechtes [5]). Darum ist, mag immer die poena Geldstrafe sein und dem Kläger zufallen, die poenalis actio doch kein so voll-

1) §. 17 J. act. 4, 6.

2) — rei persecutionem continent quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest — l. 35 D. o. e. a. 44, 7 — in quibus rei dunt. persequendae gratia queruntur, non quum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant — l. 18 D. in quib. c. maj. 4, 6 — „den Vermögensstand zu erhalten oder . . wiederherzustellen" Savigny, Syst. V. S. 38. vgl. Wächter, w. Privr. Bd. 2. S. 424. 1. Keller, Civilpr. §. 91 — „Poenalklagen, die dem Vermögen einen Zuwachs verschaffen" Puchta, P. §. 84 — „Ersatz- und Strafklagen". Arndts P. 98. Seuffert, P. §. 306. Baron, P. §. 81. — und der alte Gedanke in neuen Worten: Prinz, a. a. O. S. 57 fg.

3) — rei »continet« persecutionem l. 9 §. ult. l. 11 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5 l. 23 §. 8 D. ad l. aq. 9, 2.

4) Poena . . injuriarum ex lege XII t. propter membrum ruptum talio erat — Gaj. 3, 223 — Poena manifesti furti, ex l. XII t. capitalis erat etc. Gaj. 3, 189. Ascon. in Cornel. p. 68. Lex Calpurnia, in qua praeter alias poenas pecuniaria quoque est adjecta.

5) vgl. Kierulff, Th. d. gem. Civilr. S. 172 „die persönlichen Klagen sind poenal, wenn sie die Verletzung als solche, abgesehen von ihrem Einflusse auf das Vermögen verfolgen" — l 1 §. 1 D. priv. del. 47, 1: »exsecutio delictorum«.

kommener Vermögensbestandtheil als es die anderen actiones sind: die poena erlischt mit dem, den das Uebel treffen soll und allein treffen kann [6]; nur den Gewinn, der aus dem Delicte gezogen ist, sollen auch die Erben nicht behalten [7]; nur diesen schulden sie selbst dann, wenn sich die Strafe lediglich nach dem Schaden des Klägers bemißt, also rem continens ist [8]. Erst das canonische Recht und die Praxis haben die Haftung des Erben erweitert [9]. — Anderseits ist die res der rei persecutio, oder was hier dem Kläger gebührt, nicht überall vermögenhaftig [9a]; denn der Unterschied der rei und poenae persecutio erstreckt sich in die Interdicte, und da ist denn z. B. das interdictum de liberis exhibendis reipersecutorisch [10]; damit, daß wir mit den reipersecutorischen Klagen verfolgen quod ex patrimonio nobis abest (Anm. 2), kann nur gesagt sein, daß wir hier nichts anderes verfolgen als was uns, im weitesten Sinne des Wortes patrimonium (proprietatis causa) gebührt (abest), während in der poenae persecutio der Umstand, daß etwas für den Kläger abfällt, zufällig, und nur das, daß der Beklagte betroffen werde, wesentlich ist.

Hiernach wäre den Strafklagen überhaupt eigen, was in den Quellen nur bezüglich einer besonderen Gruppe derselben, der s. g. vindictam spirantes actiones, hervorgehoben wird: daß sie magis vindictae quam pecuniae persecutionem haben [11], neque id capiatur quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum [12], oder daß sie nicht ad rem familiarem, sondern magis ad ultionem da seien [13]; und nahe genug liegt

6) — in poenam heres non succedit: l. 22 D. o. n. n. 39, 1 l. 23 §. 8 D. ad l. Aq. 9, 2 cf. l. 12 l. 49 D. o. e. a. 44, 7 — noxa caput sequitur l. 1 §. 2 D. priv. del. 47, 1.

7) l. 35 D. o. e. a. 44, 7 l. 38 l. 127 D. r. j. 50, 17 l. un. C. ex delictis defunct. in quantum heredes conv. 4, 17.

8) l. 23 §. 8 cit. l. 17 §. 1 l. 26 l. 27 D. dol. 4, 3 cf. Anm. 3.

9) c. 5 X rapt. 5, 17 — juxta facultates condigne satis faciant — Praxis: juxta facultates hereditatis — vgl. Seuffert, P. §. 282 Anm. 13.

9a) s. dagegen Savigny, Syst. Bd. 5. S. 37 „die Eintheilung ... bezieht sich ganz ausschließend auf die das Vermögen betreffenden Klagen."

10) l. 2 §. 2 D. interd. 43, 1.

11) l. 2 §. 4 D. collat. 37, 6.

12) l. 10 D. sepulchri viol. 47, 12.

13) l. 6 eod.

darum der Einwand, daß nach römischer Auffassung nur für diese Gruppe von Strafklagen die Vergeltung, Uebel für Uebel, charakteristisch sei. Allein in Wirklichkeit beruht das Besondere der vindictam spirantes aa. nur darin, daß sie sämmtlich, insonderheit auch actio sepulchri violati, auf Beleidigung zurückführen [14]), in ihnen also zu der mit jeder Strafklage von Rechtswegen gewährten Vergeltung ein erhöht persönliches Motiv hinzutritt; daß die Strafe, welche schon an sich und überall Vergeltung ist, hier zur Sühne für beleidigtes Gefühl (ultio, vindicta) wird. Nebenher pecuniariae sind auch die vindictam spirantes [15]), nur daß sie noch unvollständiger ins Vermögen zählen, als sonstige Strafklagen [16]).

Ohne Delict gibt es keine Strafklage; aber nicht jede zufolge Delicts gegebene Klage ist auch schon Strafklage [17]); sie muß überdies strafhalber aufgestellt sein [18]), — eine Absicht, die wenigstens da, wo die Strafe in einfacher Entschädigung besteht (rem continet), besonderen Ausdruckes bedarf [19]). Geht die Klage auf ein Mehrfaches des Schadens [20]), so kann sie „gemischt", tam poenae

14) l. 6 C. sep. viol. 9, 19. Cum sit injustum . . . injuriam fieri reliquiis — und damit auch Beleidigung der Götter: Festus s. v. religiosus.

15) — magis vindictae quam pecuniae habet persecutionem — l. 2 §. 4 D. collat. 37, 6 —

16) l. 28 D. inj. 47, 10: Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestamur — l. 13 pr. eod. — neque heredi, neque in heredem datur — l. 32 D. ad l. Falc. 35, 2 — ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, inj. actio poterit computari —; l. 2 §. 4 D. collat. 37, 6 — nihil conferre debet. cf. l. 9 D. relig. 11, 7 cf. l. 32 pr. D. ad l. Falc. 35, 2. Poenales actiones . . . exceptis popularibus, in bonis computandae sunt . . . Sed ne in bonis quidem actio defuncto eo, injuriarum actio etc.

17) l. 4 §. 6 — l. 7 D. alien. jud. mut. causa fact. 4, 7. Haec actio non est poenalis — quia pertinet ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari —

18) l. 9 §. 8 D. reb. auct. jud. poss. 42, 5. Si possessionis causa deterior facta esse dicatur dolo ejus, qui in p. missus sit, actio in eum ex dolo datur; quae neque post annum neque in heredes ejus ceterosque successores dabitur, quum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur.

19) Einen Beitrag hiezu s. bei Bruns, die röm. Popularklagen, Zeitschr. f. RG. Bd. 3. S. 344 fgg.

20) §. 21 §. 23—27 J. act. 4, 6.

quam rei persequendae, in dem einen Simplum reipersecutorisch, im übrigen poenal sein [21]). —

Deswegen weil die poenales aa. nur innerhalb der in personam aa. vorkommen, darf man nicht meinen, daß die in rem actiones um das geringste weniger reipersecutorisch seien, als die nichtpoenalen Forderungsklagen, oder daß diese Eintheilung nur eine der Forderungsklagen sei [22]); verfolgt ja doch Kläger in Vindicationen nicht weniger als in den Forderungsklagen was ihm gebührt.

§. 86.

Durchweg poenales sind auch die „actiones" populares [1]), deren erstes und allgemeinstes also [2]) das ist, daß sie wie die Poenalklagen überhaupt auf ein „dem Beklagten gebührendes" und zwar so weit man zurücksieht überall auf eine Geldbuße gerichtet sind, die dem Beklagten auch hier bald auf Grund gesetzlicher Damnation [3]), bald auf Grund edictaler Klagengewährung [4]) —

21) §. 17 eod.

22) s. dagegen Windscheid, P. §. 46. Anm. 3.

1) D. de popularibus actionibus 47, 23. Th. Mommsen, die Stadtrechte von Malaga u. Salpensa, S. 461 ff. Bruns, in der oben Anm. 19 alleg. Abh.; — nam est poenalis et popularis: l. 5 §. 5 D. de his qui effud. 9, 3 l. 7 pr. §. 1 D. h. t.

2) entgegen der Ausdehnung der „Popularklagen" auf gewisse reipersecutorische Actionen, wider welche Bruns, a. a. O. S. 401.

3) nebst den bei Bruns a. a. O. Nr. V. agff. Fällen s. jetzt auch die lex coloniae J. Genetivae c. 42. 43. 45. 47. 104. 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132. Vgl. übrigens oben S. 93 §. 20. Anm. 1 u. 2. S. 239. §. 75. Anm. 2.

4) actio de sepulchro violato: »in factum judicium dabo, ut ei ad quem pertineat quanti ab eam rem aequum videbitur, condemnetur; si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, quicunque agere volet ei centum aureorum actionem dabo — l. 3 pr. cf. §. 12 l. 10 D. h. t. 47, 12; — a. de effusis et dejectis: »si eo ictu liber periisse dicetur, L aur. judicium dabo; si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum judici videbitur . . . . tanti judicium dabo — l. 1 pr. cf. §. 5 D. de his qui effuderint 9, 3; — a. de positis et suspensis: »— qui adversus ea fecerit, in eum solidorum X in factum judicium dabo« l. 5 §. 6 cf. §. 13 eod.; — a. de albo corrupto: »datur in eum D aureorum judicium, quod populare est« l. 7 pr. D. jurisd. 2, 1 cf. l. 8 eod.; — a. wegen vorzeitiger Eröffnung des Testamentes eines Ermordeten: — popularem actionem esse (ex edicto) cujus poena in C. aureos ex bonis damnati extenditur — l. 25 §. 2 D. SC. Silan. 29, 5; — nach Bruns (S. 343) auch die Strafklage wegen gefährlicher

auf Grund gesetzlicher Damnation nach deren gemeiner Wirkung sofort executionsmäßig, auf Grund edictaler Klagengewährung erst mittelst richterlicher Condemnation [5]) obliegt. Die Popularität aber, durch welche sich diese Klagen nicht blos vor den übrigen Poenal-, sondern auch vor sämmtlichen reipersecutorischen Klagen als den „Privatklagen" auszeichnen, besteht zuvörderst darin, daß sie 1) cuivis ex populo zustehen [6]) — 2) eine „Volkssache" verfolgen [7]) — 3) mitunter in die Volkskasse fließen. Letzteres ist bei den auf gesetzlicher Damnation beruhenden Popularklagen der Fall [8]); bei den prätorischen fällt die Buße dem Kläger und zwar gewöhnlich in ihrem ganzen Betrage zu [9]).

Mommsen spricht — ohne weitere Unterscheidung der prätorischen und der gesetzlichen — schlechthin von Popularklagen, nimmt das Strafgeld aber auch schlechthin für das Volk in Anspruch und betrachtet darum sie sämmtlich als procuratorische Klagen; Bruns vindicirt bei den prätorischen Strafklagen die Strafe dem Kläger, spricht darum [10]) den prätorischen Popularklagen die procuratorische Natur ab, ist folgerecht nicht im Zweifel, daß die gesetzlichen Popularklagen procuratorisch seien [11]), bestreitet nun aber, daß die gesetzlichen Popularklagen Popularklagen seien [12]). Indessen scheint uns, unbeschadet der grundlegenden Bedeutung der Bruns'schen Arbeit, einerseits einer Strafklage darum, daß die Strafe dem Kläger überlassen wird, die procuratorische Natur der Klage noch nicht abgesprochen werden zu können; der procurator in rem suam datus ist noch immer procurator. Genug, daß der Kläger auch hier überall aus „keinem Privatrechte.. sondern aus einem öffentlichen Delicte, dessen Bestrafung im In-

Haltung wilder Thiere: »— si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi CC.; si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum judici videbitur, condemnetur — l. 42 D. aed. ed. 21, 1.

5) s. z. B. das condemnetur in der vorhergehenden Anmerkung a. E.

6) s. besonders die in Anm. 3. allegirten Stellen.

7) — quae suum jus populi (o) tuetur. l. 1 D. h. t.

8) »— populo dare damnas esto« — Anm.

9) was Gegenstand besonderer Erörterung u. Vertheidigung bei Bruns a. a. O. VI; —

10) Bruns, a. a. O. S. 386. S. 370 „ob auch diese procuratorisch sind, oder zum Privatvortheile des Klägers führen" vgl. S. 377. 386.

11) S. 367, Alin. 2.

12) S. 370. Alin. 1. S. 386. Alin. 3.

tereſſe der Geſammtheit und darum auch des Einzelnen iſt" klagt [13]), — daß wenn man von procuratoriſcher Natur auch der prätoriſchen Popularklagen ſpricht, man nicht „formell prozeßualiſch" an einen procurator [14]), wohl aber an einen edictaliter zur Action berufenen Volksvertreter denkt, deſſen Vertretung denn doch „ganz unzweifelhaft eine gewiſſe Aehnlichkeit mit der Procurator" hat [15]) — daß wer geſetzlich pro populo klagt, auch kein procurator im formell prozeßualiſchen Sinne iſt, nach Bruns ſelbſt aber entſchieden procuratoriſch klagt [16]) — daß endlich dasjenige Recht der Popularklagen, was ſich aus einer procuratoriſchen Natur derſelben am leichteſten erklärt [17]), ohne Unterſcheidung geſetzlicher oder prätoriſcher Herkunft gilt. Anderſeits iſt wenigſtens ſchwer begreiflich, daß gerade diejenige Klagengruppe, in der alles zuſammentrifft, um ſie populär zu machen — außer dem quivis ex populo und dem Volksſchaden auch noch die Condemnation an das Volk, nicht popular geweſen ſein ſoll. Daß der Name für ſie nicht eigens überliefert iſt, fällt, da wir die betreffenden Fälle größtentheils nur aus der Sanctio der einſchlägigen leges, und hier füglich nicht der Schulausdruck („popularis" actio esto), ſondern das für das populäre Weſen der actio entſcheidende Wort: pecuniaeque qui volet actio petitio esto — ſtund, nicht in die Wagſchale; die Digeſtenrubrik (de popularibus aa.) kann, da der Titel zwiſchen geſetzlichen und prätoriſchen Klagen nicht unterſcheidet, ebenſowohl auf die in den Digeſten wenigſtens durch Einen Fall [18]) repräſentirten geſetzlichen, als auf die prätoriſchen

13) Bruns, a. a. O. S. 380. Alin. 1.

14) vgl. Bruns a. a. O.

15) ſo Bruns ſelbſt a. a. O.

16) a. a. O. S. 367. „Hier kann natürlich . . . zunächſt darüber kaum ein Zweifel ſein, daß ſie procuratoriſch waren. —"

17) (Ab actoris parte actio) popularis cognitorem (ante litem contestatam) non admittit; post litem contestatam admittit. Fr. Vat. §. 340 l. 5 D. h. t. — qui eam movet, procuratorem dare non potest —; — l. 4 eod.: Popularis actio integrae personae (Gloss. »qui non sit infamis«) permittitur: hoc est cui per Edictum (scil. unbeſchränkt — pro se et aliis) postulare licet cf. l. 1 §. 5 D. postul. 3, 1 l. 5 D. h. t.; — l. 3 pr. D. h. t. Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei judicatae opponitur; cf. l. 11 §. 7 D. exc. r. j. 44, 2; arg. ſelbſt l. 43 §, 2 D. procurat. 3, 3. Gegenerklärungen bei Bruns a. a. O. S. 380 fg.

18) l. 3 pr. D. termino moto 47, 21. Bruns a. a. O. S. 367 oben.

Klagen gehen. Sollte man „aber bei dem, der procuratorisch aus dem populo dare damnas esto klagt", von actio eigentlich gar nicht gesprochen haben [19]), so würde damit nur erklärlich, daß dieses Rechtsmittel nicht popularis actio geheißen habe: seine Popularität wäre unerschüttert. Nun haben aber für derlei Rechtsmittel nicht blos die Stadtrechte von Malaga und Salpensa die „sinnlose Häufung actio, petitio, persecutio": in der lex Coloniae J. Genetivae kehrt sie allenthalben wieder. Allerdings ist actio ein „jus persequendi judicio quod sibi debetur" [20]); allein der Nachdruck in dieser Definition liegt nicht auf dem quod sibi debetur: sonst wären alle die actiones in denen procuratorio, cognitorio, überhaupt alieno nomine geklagt, intendirt wurde, nicht mehr „actiones" gewesen. — „Jeder aus dem Volke" kann klagen. Allein so sehr das Vergehen, aus dem Jeder klagen kann, ein öffentliches sein muß, so können von demselben doch Einzelne vor allen Anderen betroffen sein, und findet deshalb unter Umständen für Jene eine Vorrang in der Klagebefugniß, und eine Auszeichnung in der Strafbemessung statt [21]).

Wesentlich wie die actiones populares sind wohl auch die interdicta popularia aufzufassen, so weit es deren gibt [22]). Der Unterschied ist nur der, daß hier die Klage von keiner Strafsatzung, sondern von Verboten und Geboten — man kann sagen von einer Vorstufe der Strafsatzung — ausgeht. Wie dort eine im öffentlichen Interesse verhängte Damnation oder Strafe verfolgt wird, so wird hier ein im öffentlichen Interesse erlassenes Gebot oder Verbot gegen Uebertretung in Acht genommen. Darnach stünden die popularen Interdicte gemeinsam mit den populares actiones auf poenalem Boden. Statt dessen leitet nun aber Bruns [23]) die popularen Interdicte „aus dem allgemeinen Bürgerrechte des Gemeingebrauches" ab, läßt hier den Kläger

19) Bruns a. a. O. S. 387 in med.
20) Bruns a. a. O.
21) l. 3 §. 1 D. h. t. Anm. 4.
22) Bruns: S. 390 unten u. fgg.; »interdictum populare«: l. 2 §. 34 D. ne quid in loco publico 43, 8; »cuivis ex populo« »omnibus« stehen zu das J. ne quid in flumini 43, 13, de via publica 43, 1, u. weiteres hierüber ebendas.
23) a. a. O. S. 406 nach Jhering, Geist d. r. R.'s Bd. 1. S. 187.

„zunächst aus seinem eigenen subjectiven Rechte des Gebrauchs dieser Sachen" klagen, und gibt so den actiones populares, trotzdem sie vor allem poenal sind (Anm. 1. 2) und auch Bruns sie als Strafklagen behandelt, einen reipersecutorischen Ursprung. Von hier fällt denn auch nachträgliches Licht auf die Wege, durch welche Bruns zu der Behauptung gekommen, daß nur die prätorischen Popularklagen Popularklagen, und daß diese nicht procuratorisch — also gewissermaßen doch nicht populi sondern eigenes jus verfolgend [24]), nicht so fast populare als privatae actiones seien (a. a. O. S. 388. Al. 1). Hätten wir es mit popularen Interdicten auf Almenden (ager colonorum nicht coloniae) zu thun, so möchten sich derart gemeindrechtliche Interdicte empfehlen; allein flumen publicum, loca publica, viae publicae haben mit der Almende nichts zu thun; und dann stünden wir erst bei den Interdicten, noch nicht bei den prätorischen Strafklagen. — —

Die Privatstrafklagen sind heute wie sich im Obligationenrechte zeigen wird auf ein enges Gebiet von Fällen beschränkt; selbst den Diebstahl hält man für ein Verbrechen gegen die Gesammtheit. Bei solcher Stärke des Staatsgedankens sollten, möchte man meinen, wenigstens die Popularklagen in Blüthe sein; allein gerade sie sind bei uns [25]) vollends unbekannt; denn Staat und ein das Gemeinwesen vertretender populus sind zweierlei.

§. 87.

Arbitrariae actiones.

§. 31 J. h. t.

Wenn diese Klagen als „auf richterliche Arbitrirung gestellt" [1]) umschrieben werden, so ist damit selbstverständlich

1. nicht das gemeine richterliche Erkenntniß gemeint; denn von einem solchen hängen, woferne kein Geständniß u. dgl. dasselbe überflüßig macht (S. 255), längst alle Klagen ab, indem in

24) a. a. O. S. 387. „Nun kann man . . beim prätorischen Popularkläger sagen, daß er einfordere quod ex populari causa sibi debeatur, nicht aber bei dem der procuratorisch aus dem populo dare damnas esto klagt."

25) nicht in England: Bruns S. 411 u. fg.

1) — arbitrarias aa. i. e. ex arbitrio judicis pendentes §. 31 J. h. t.

jeder über Sein oder Nichtsein eines in die intentio (allenfalls demonstratio) [2]) gestellten Rechtes, Faktums, Interesses erkannt werden muß, währenddem zwar viele und vielerlei, jedoch entfernt nicht alle Klagen arbiträr sind und heißen [3]). Gemeines Erkenntniß über Sein oder Nichtsein des intendirten demonstrirten Rechtes, Faktums, Interesses finden wir sogar überall, wo es zur Arbitrirung im Sinne der arbitrariae actiones kommt, ausdrücklich oder stillschweigend vorausgehend; es muß zu Gunsten des Klägers erkannt sein, daß das Recht, Faktum, Interesse bestehe oder entstanden sei, aus welchem er seinen Anspruch (auf dare facere praestare — restituere — exhibere) erhebt, damit der Richter „arbitriren" könne [4]). Nach dem Vorbilde des arbitrium, das in legis a. sacramento auf das Erkenntniß folgte, hat daher unsere Arbitrirung fort und fort etwas secutorisches, nachträgliches, folgeweises, auf ein Erkenntniß oder sonstige Entschiedenheit des Klagegrundes gegründetes.

Was dann

2. die Bedeutung dieses Arbitriums des weiteren anlangt, so muß hervorgehoben werden, daß in demselben der Gedanke nicht nur eines Erachtens, Ermessens, einer Meinung, wie in unserem „Erkenntniß", „Urtheil" und in der römischen sententia, pronunciatio, declaratio judicis, — sondern auch der einer Aufforderung, eines Befehls enthalten ist [5]), und daß es denn auch allgemein als ein „Befehl den Kläger klaglos zu stellen" gedacht wird [6]). Allein ander-

---

2) Demelius, Exhibitionspflicht S. 25 fgg.

3) §. J. cit. — istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur: In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur quod vi aut metus causa aut dolo malo factum est. Item cum id quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici etc.

4) vgl. Keller, Civilpr. §. 28 Anm. 324 „— da muß der Kläger doch vorher Recht bekommen haben —"

5) vgl. z. B. l. 28 §. 1 D. appel. 49, 1. Jussus a judice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae . . quia per contumaciam non exhibuerat . . facta est condemnatio — mit §. 31 J. h. t. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet —

6) B. Hollweg, Civilpr. §. 94. Anm. 59. Savigny, Syst. Bd. 5. S. 121. Keller, Civilpr. §. 28. Anm. 322. Rudorff, RG. Bd. 2. §. 77. S. 257 a. E. »arbitratus, jussus judicis.«

seits ist in der Aufforderung, daß zu leisten sei, doch überall ein Urtheil und Ausspruch was zu leisten sei, mitenthalten [7]), im Arbitrium der Befund über Gegenstand, Art und Umfang der aufgetragenen Leistung eingeschlossen [8]) und also fraglich, worin der Schwerpunkt desselben liege: ob in dem Erachten und Ausspruch was, oder in dem Auftrag, daß zu leisten sei — eine Frage, worüber sich erst später (4) entscheiden läßt.

3. Nur da wo es zur Restitution ꝛc. durch richterliche Anordnung [9]), überdies formelmäßig [10]), zu kommen hatte, ist von arbitraria actio zu reden. Der Umstand, daß die formula actionis eine Restitutionsclausel (nisi restituat) enthielt, bietet keine genügende Bürgschaft dafür, daß actio arbitraria war; damit konnte dem Beklagten gütliche Beilegung entgegen der Condemnation und bis zur Condemnation vorbehalten sein, ohne daß der Richter darum zu interveniren hatte [11]). Umgekehrt genügt es nicht, daß der Richter je nach Umständen dies und das befehlen und falls nicht gehorcht wird condemniren kann: eine actio arbitraria ist nur da vorhanden, wo der Richter, nachdem er zu Gunsten des Klägers erkannt, stets, nach ständiger Vorschrift der Formel [11a]), den Satisfactionsbescheid erlassen muß. Hiernach ist es aber unsicher einerseits, daß actio depositi zu den arbitrariis aa. gehört habe [12]); denn für sie sind nur Restitutionsclauseln, kein arbitratus judicis bezeugt [13]); wornach es denn ebenso wenig

7) Keller a. a. O. „das restituere mit seinem concreten Object in quali et quanto ermittelt und dem Beklagten aufgegeben."

8) §. 31 J. cit. — In his enim actionibus . . . permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

9) — ex arbitrio judicis pendentes: §. 31 J. cit. — nisi arbitratu (arbitrio) judicis restituatur: l. 14 §. 11 D. quod met. 4, 2 l. 18 pr. D. dol. 4, 3.

10) l. 28 §. 1 D. appell. 49, 1. Jussus a judice exhibere secundum praeceptum Praesidis provinciae — Formeln s. z. B. bei Rudorff RG. Bd. 2. S. 170; dann in dessen edictum perp. §§. 57—66 §. 86 §. 96 §. 155 §§. 221—224; §. 241 §. 247 VI. 4. §. 257 §. 261 §. 272 §. 275.

11) vgl. hiezu Savigny §. 223 n. B.-Hollweg §. 94.

11a) l. 28 §. 1 cit. (Anm.) Jussus a judice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae — u. oben Anm. 10.

12) s. dagegen Savigny S. 131 l. u. §. 216 t. B.-Hollweg S. 292 Anm. 79.

13) Gaj. 4, 47.

ſicher iſt, daß irgend eine bonae fidei actio arbiträr geweſen ſei [14]). Aehnlich verhält es ſich mit der redhibitoria actio [15]). Anderſeits kommen in den Theilungsklagen und in manchen anderen judiciis richterliche Befehle vor, deren Nichtbefolgung durch condemnatio geſtraft werden kann [16]); allein das ſind Befehle, die in dieſen judiciis nur unter beſonderen Umſtänden, nicht generiſch oder formelmäßig platzgreifen [17]). Sicher dagegen können wir alle (condemnatoriſchen) in rem actiones [18]), namentlich auch die reſciſſoriſchen (inſonderheit die Pauliana), und von perſönlichen außer den actiones quod metu, de dolo, ad exhibendum, de eo quod certo loco [19]) auch noch die reſtitutoriſchen Interdicte [20]) als arbiträre Klagen bezeichnen.

4. Die arbitrariae actiones ſind alle condemnatoriſch, ſo daß der Richter für den Fall, da dem Arbitrium nicht Genüge geſchieht, in Geld verurtheilt. Aber nicht alle condemnatoriſchen Klagen ſind arbiträr; in vielen Klagen iſt die condemnatio durch keinen vorgängigen Satisfactionsbeſcheid bedingt und aufgehalten; nur abſolutoriſch ſollten die condemnatoriſchen Klagen ſpäterhin alle werden, inſoferne der Beklagte in allen, auch ohne daß das in der Formel vorbehalten war, durch Satisfacirung des Klägers auch nach der Litisconteſtation und bis zur Condemnation ſich von der obligatoriſchen Folge der Litisconteſtation (condemnari oportere, Gaj. 3, 180) befreien konnte [21]); daß dem Beklagten gütliche Satisfaction bis zuletzt nicht nur geſtattet oder (durch

14) vgl. l. 7 pr. D. de eo quod certo loco 13, 4 die buchſtäblich allerdings nur die arbitraria actio (de eo quod certo loco) von den b. f. judiciis ausſchließt (Savigny, a. a. O. S. 131 l.); allein anderſeits doch wohl bemerkt haben würde, daß dieſe judicia ſelbſt arbiträr ſeien und alſo der arbitraria de eo quod c. l. nicht bedürfen, wenn ſie es geweſen wären. Vgl. auch l. 3 §. 1 D. usur. 22, 1 — quae non sunt arbitrariae nec b. fidei. —

15) l. 45 D. aed. Ed. 21, 1. Dagegen Savigny, S. 131; hinw. die formula bei Rudorff Ed. perp. §. 311.

16) l. 4 §. 3 D. h. t. 10, 1 §. 6 J. off. jud. 4, 17 cf. l. 4 §. 3 l. 5 l. 6 l. 3 l. 42 D. fam. herc. 10, 2; l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2.

17) ſ. dagegen Savigny a. a. O.

18) nicht blos die in §. 31 J. cit. genannten: Savigny §. 223. 1.

19) §. 31 J. cit.

20) Gaj. 4, 141 in fin. 163.

21) Gaj. 4, 114 §. 2 J. perpet. et temp. 4, 12. Keller, Civilpr. §. 67.

eine Restitutionsclausel) — vorbehalten, sondern durch einen förmlichen Bescheid aufgetragen ward: das ist bei unseren arbitrariae actiones allein der Fall gewesen und geblieben. Woher nun und warum gerade in ihnen und nur in ihnen dieser der Condemnation — soll man sagen vorarbeitende, oder vorbauende? — Satisfactionsbescheid? Gerne denkt man an das Interesse des Klägers, der oft lieber zu seiner Sache selbst als deren Aestimation (durch condemnatio) kam, so daß überall wo desselben Anspruch auf Restitution oder Exhibition ging, der Richter um des Klägers willen zu jenem Vorbescheide verhalten gewesen, und diesem durch die Perspective eines jusjurandum in litem besonderer Nachdruck verliehen gewesen sei [22]). Allein warum mußte dann der Richter arbitriren, auch da wo dem Kläger das Geld lieber gewesen wäre als die Sache? und warum nahm man dieselbe Rücksicht auf den Kläger nicht in allen Klagen, nicht in stricti juris judiciis, selbst wenn es sich um repetitio seiner eigenen verlorenen Sache handelte? warum umgekehrt das Arbitrium in der actio de eo quod certo loco, ohne daß irgend eine Naturalrestitution in Frage oder möglich ist? oder wie so denn hier plötzlich „Anwendung einer für ganz andere Zwecke und Fälle eingeführten Prozeßform auf einen Fall, worin es darauf ankam, die besondere Unredlichkeit eines Stipulationsschuldners wirksam zu bekämpfen" [23])? — Denken möchte man auch, daß der Anspruch, um dessen Befriedigung es sich handelte, in vielen, wo nicht allen Fällen der arbitraria actio ein „ungewisser" war, daß man den Beklagten doch nicht wohl condemniren konnte, bevor man ihm den Belang desselben bekannt und damit zur Befriedigung des Klägers die Gelegenheit gab — wesfalls das Arbitrium überwiegend Ausspruch dessen was zu leisten, während es nach der vorigen Begründung überwiegend Auftrag daß zu leisten gewesen wäre. Allein warum brauchte der Beklagte bei den stricti juris incerti actiones den Belang des Anspruches nicht zu er-

22) Savigny, a. a. O. §. 221. S. 122 not. c.; S. 126. not. c. B.-Hollweg, a. a. O. §. 94. S. 289 fg.

23) Sav. a. a. O. S. 132 unten u. fg. Nach B.-Hollweg S. 290 erklärt es sich „sehr einfach" daraus, daß der Prätor sich an keinen „Schulbegriff" hielt.

fahren, um condemnirt werden zu können? — Vielleicht fiel in's Gewicht, daß die condemnatio eine Schuld begründet [24]), daß der Richter keine Schuld begründen soll, wo noch keine vorliegt, mit anderen Worten, daß die condemnatio nur noviren soll; da wäre denn in Fällen, wo man den Beklagten trotzdem, daß gegen ihn erkannt war, nicht ohne weiteres „schuldig" fand oder finden wollte, vor der Condemnation erst eine Schuldigmachung durch gewissermaßen richterliche Interpellation nothwendig erschienen; culpa, dolus, contumacia non restituentis, vel exhibentis [25]) wäre die durch unser arbitrium herauszustellende Schuld und Voraussetzung der Condemnation gewesen. Hieraus würde sich erklären, daß und warum die Condictionen sämmtlich nicht arbiträr waren [26]); denn sie sind vornherein Schuldklagen. Umgekehrt wären die in rem actiones, namentlich auch die rescissorischen — vgl. S. 300 Z. 5 fgg. — alle arbiträr, weil die dinglichen Ansprüche zwar petitiones, aber keine obligationes, geschweige denn debita sind; in ähnlicher Lage waren die Ansprüche aus restitutorischen Interdicten; von einem debitum mochte auch da keine Rede sein, wo man in Folge (oft fremder) Gewaltthätigkeit, oder eigener Arglist, oder sonstwie in den Besitz von Sachen gelangt und mit der actio quod metus, de dolo, ad exhibendum belangbar war; der actio de eo quod certo loco liegt eine Schuld zu Grunde; ist sie gleichwol arbiträr, so ist sie es diesmal, zum Theile wenigstens, entschuldigungshalber, um dem Richter die Möglichkeit der Absolution unter Umständen und Voraussetzungen zu geben, unter welchen der Beklagte trotz Existenz der Schuld nicht condemnirt zu werden verdient [27]); oder aber es ist zwischen

24) Gaj. 3, 180.

25) l. 1 l. 2 D. de in lit. jur. 12, 3 §. 6 in fin. J. oft. jud. 4, 17 l. 48 pr. D. dolo mal. 4, 3.

26) vgl. Ziebarth, die Realexekution u. Obligation 1866. §. 9 Anm. 4.

27) l. 4 §. 1 D. h. t. 13, 4. Interdum judex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? In summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est. vgl. Savigny S. 132 p.

der Schuld überhaupt und der erst durch den Prätor klagbaren Verpflichtung auch anderwärts als an dem vertragsmäßig bestimmten Ort zu zahlen unterschieden[28]) und diese letztere Verpflichtung einer ohne weiteres condemnationsreifen Schuld nicht gleich erachtet. Ein durchgreifender Unterschied von Haftung und Schuld findet sich in den b. f. negotiis; wenn die b. f. actiones gleichwohl alle nicht arbiträr waren (Anm. 14), so lag, möchte man meinen, der Grund darin, daß aus jeglichem b. f. negotium im Momente der Klage bereits eine Schuld entwickelt sein kann, und daß der Richter intentionsmäßig hier wie in stricti juris judiciis lediglich schuldenhalber, — mit nichten aus anderweiten, in eine Schuld erst hineinwachsenden oder zu übersetzenden Ansprüchen oder Haftungen zu condemniren intentionsmäßig (quidquid dare facere oportet ex f. b.) angewiesen war.

Indessen was immer der Grund dieser Auszeichnung unserer arbitrariae actiones gewesen sein mag: nicht ihre Bedeutung blos, sondern ihre praktische Geltung selbst ist überholt und in Abhängigkeit gerathen von der „Realexekution". Wo die nöthigenfalls gewaltsame Durchsetzung der Ansprüche „in natura" zum Vorder- und Hauptsatz, die (Geld-)Condemnation dagegen zum subsidiären Nebensatze der Klagsbitte geworden ist, wie jedenfalls bei den dinglichen Klagen, da ist das arbitrium ut restituatur zur Verurtheilung in die wo möglich „in natura" einzubringende Leistung geworden. Nur wenn und so weit die Realexecution auch heute noch, entweder natürlicher- oder grundsatzweise, ausgeschlossen ist, wie bei der Forderung auf fremde Sachen (S. 259. Anm. 28), hat ein Satisfactionsbescheid als unmittelbare Vorstufe etwaiger Geldcondemnation noch Raum; allein auch in diesem unmittelbaren Verhältnisse zur Geldcondemnation heißt er „Verurtheilung" und findet er ohne Unterschied ob die Klage eine arbitraria oder eine rein condemnatorische war, gleichmäßig statt; nur daß wo der Anspruch vornherein blos auf Geld geht, Verurtheilung und Geldcondemnation zusammenfallen. Unsere Klagen sind alle verurtheilend. Gleichwohl halten wir die arbitrariae actiones für keine bloße Antiquität. Denn ist es im übrigen zu billigen, daß wo der Kläger auf eine gewisse Sache

28) l. 1 l. 2 pr. D. l. unica C. h. t. 3, 18.

eine bloße Forderung hat, von der Verurtheilung im Nichtleistungsfalle nicht zur Realexecution, sondern nur zur Geldcondemnation und eventuell Vermögensexecution überzugehen sei, so dürften hievon u. a. diejenigen Forderungsklagen auszunehmen sein, welche nach unseren Quellen arbiträr und nicht auf Geld gerichtet sind (ad exhibendum, quod metus, de dolo, restitutorische Interdicte); denn in ihnen steht der Kläger in keinem bloßen oder reinen Forderungsverhältniß zur Sache; da wären denn (mit Ausnahme der auf Geld gerichteten arbitraria de eo quod certo loco) die arbitrariae actiones alle, nicht nur die dinglichen sondern auch die persönlichen, realexecutionsmäßige Forderungen geworden.

§. 88.

Praejudiciales actiones.

Daß das Urtheil über den Grund eines Anspruches und das über den Anspruch selbst in einem und demselben Judicium erfolge, — Zusammenziehung des arbitrirenden und verurtheilenden mit dem erkennenden Judicium — ist kein ursprüngliches Gesetz, in der legis a. sacramento grundsätzlich ausgeschlossen (S. 272. 288) und im Formularprozeß noch nicht allenthalben durchgedrungen [1]). Denn die Thatsache, daß es noch Präjudicialklagen gibt, will nichts besagen als daß es noch Streitfragen gibt, welche mit Abstraction von allen davon abhängigen Ansprüchen zur Entscheidung gebracht werden können und müssen, und so denn einen Prozeß mit bloßem Erkenntniß, ohne Verurtheilung und Absolution nach sich ziehen.

Solche Fragen waren noch im Justinianischen Recht [1a]) die „causa liberalis", von welcher nicht blos dieses oder jenes Recht, geschweige denn blos dieser oder jener Anspruch einer Partei, sondern die ganze Rechtsfähigkeit der in libertatem proclamirenden oder der in servitutem vindicirten Partei [2]), oder der durch einen

1) vgl. Keller, Civilpr. §. 67. S. 280. „Die Formula petitoria dagegen, indem sie (zum Unterschiede von der in rem actio per sponsionem) den Liquidationspunkt eventuell mit der Hauptsache cumulirte" —

1a) vgl. darüber überhaupt Bekker, Aktionen Bd. 1. S. 283—291.

2) l. 7 §. 5 D. de liberali causa 40, 12.

Dritten in libertatem vindicirten Person [3]) abhing; — ferner die Fragen der Vaterschaft [4]), der Ehe [5]), des Patronats oder der Ingenuität [6]), von denen mannigfaltige Rechte und Ansprüche abhängen oder abhingen [7]); — im älteren Rechte noch andere für blos einzelne bestimmte Ansprüche entscheidende Vorfragen [8]); die Fragen der Vaterschaft und Ehe sind es heute noch; wird doch in dem „practischen Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden" [9]) von Präjudicialklagen nicht nur aus dem status civilis (libertatis, civitatis, familiae), sondern auch aus dem status naturalis (Geschlecht, Alter, Leibes- und Seelenkräfte) gehandelt, und in Partikularrechten, darnach in gemeinrechtlicher Literatur, zur Ausdehnung der Präjudicialprozesse in Gestalt von Anerkennungsklagen der Anlauf genommen [10]).

Dürfen nach dem was eingangs bemerkt ist die Präjudicialklagen nicht außer Zusammenhang mit einem alten, Erkenntniß und Verurtheilung auseinanderhaltenden Prozeßsystem gedacht werden, so zeichnen sich doch gerade die noch im Justinianischen

---

3) l. 1 pr. — l. 3 §. 2; l. 3 §. 3 — l. 5 §. 1; l. 6 D. eod.

4) infolge Behauptung oder Negation der väterlichen Gewalt: l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1, Negation der Vaterschaft: l. 1 §. 16 l. 3 §. 2 §. 3 D. agnosc. et al. lib. 25, 3 l. 9 C. patr. pot. 8, 47 — praejudicium Edicto propositum.

5) l. 3 §. 4 D. agnosc. lib. 25, 3 — si an uxor sit disceptetur

6) Si ingenuus esse dicatur D. 40, 14 l. 1 eod. — patronus ejus cognitionem solet exercere — l. 2 §. 1 eod. Qui se ex libertinitate ingenuitati adserant —

7) l. 6 eod. Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit; sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in jus vocetur, sive nulla causa interveniat redditur praejudicium, sed et quotiens libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaji se neget — —

8) Gaj. 3, 123; 4, 44 Paul. R. S. V. 9 §. 1. Keller, Civilpr. §. 38. 433. Bülow, de praejudd. formulis 1859. wozu Windscheid, Viertelj. I. 292; Bekker a. a. O.

9) von Dr. J. Schmidt, mit Zusätzen von Dr. A. D. Weber u. Dr. Chr. Martin, 9. Aufl. 1844.

10) Bähr, Anerkennung 2. Aufl. §. 69 „Klage auf Anerkennung" bes. S. 316. 319. und vgl. dazu das Generalregister über Bd. I—XX des Seuffert'schen Archivs für Entsch. d. obersten Gerichte in den D. Staaten S. 7. III. Arndts, P. §. 97 Anm. 5. Seuffert, P. §. 24. 1a. Windscheid, P. §. 45 a. E. „Inwiefern ein solches Begehren (auf Entscheidung „ohne erlittenes Unrecht) zulässig sei, ist eine Frage für sich; daß es blos bei Statussachen zulässig sei, eine durch nichts unterstützte Behauptung." Ed, die sog. doppelseitigen Klagen, S. 60. Anm. 208. 209; S. 64 unten u. fg. Bruns, Besitzklagen S. 6.

Rechte erhaltenen Fälle derselben vor den übrigen das secutorische Judicium vorbereitenden Judicien des Sacramentsprozeßes dadurch aus, daß sie nicht nur ohne sofortige Verhandlung, sondern auch überhaupt ohne Erhebung irgend eines auf sie zu bauenden Anspruches zulässig sind [11]), während über Eigenthum, Forderung, Erbfolge u. s. w. schon im Sacramentsprozeß nicht ohne Erhebung des Anspruches auf Restitution oder Zahlung gegen den Besitzer oder Schuldner geklagt wurde (S. 248 fg.). Liegt es in der Oekonomie des Gerichtswesens, daß nicht ohne Noth prozeßirt werde, so sollte die Möglichkeit, ohne Anspruch oder Antrag auf Verurtheilung zu klagen lieber auf die im Justinianischen Rechte begründeten Fälle der Präjudicialklagen beschränkt, als haltlos ausgedehnt werden.

§. 89.

Simplices, duplices actiones.

Die Duplicität bedeutet hier, daß in Einer actio mindestens zweie stecken, stets nämlich in der des Klägers oder Provocanten eine des Beklagten oder Provocaten wider den ersteren [1]); wären der Parteien mehrere [2]), so würden in der Einen actio mehrere stecken. Folgerecht sind die duplices actiones denn auch solche, in denen Einer wie der Andere condemnirt oder absolvirt werden kann [3]). In der actio des Einen — in ihr, nicht erst in einem Antrage des Gegners [4]), wie bei den Widerklagen — liegt die des Anderen; generisch, in der objectiv rechtlich gegebenen Einrichtung gewisser Actionen, ist deren Duplicität begründet; die Er-

11) s. das »sive nulla causa interveniat« in der Anm. 7 gedruckten Stelle.

1) Mixtae (i. e. duplices) actiones in quibus uterque actor est — l. 37 §. 1 D. o. e. a. 44, 7; — ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis et ejus cum quo agitur — l. 10 D. fin. reg. 10, 2 — unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet l. 10 §. 3 l. 44 §. 4 D. fam. herc. 10, 2: — nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet — Gaj. 4, 60.

2) l. 2 §. 4 D. fam. herc. 10, 2 l. 8 pr. D. comm. div. 10, 3 l. 11 §. 2 D. jurisd. 2, 1.

3) l. 52 §. 2 D. fam. herc. 10, 2 l. 3 C. comm. div. 3, 38.

4) wovon Windscheid, P. §. 127 Anm. 2. ausgeht, und woran sich Eck, die sog. doppelseitigen Klagen d. R. u. gem. d. R's, Berlin 1870 anschließt — der falsche Grundton in dieser inhaltreichen Abhandlung. S. dagegen Savigny, Syst. Bd. 6. S. 328 unten, fg. Wetzell, Civilpr. §. 43 Anm. 39. Witte, Interdicte S. 134.

mächtigung zur Condemnation des Einen wie des Anderen ist nicht auf Verlangen in und während der actio, sondern auf Verlangen der actio in die Formel der betreffenden Klagen eingestellt worden. Wer zu einer Theilungsklage provocirt, erklärt nothwendig ebensowohl Abjudicatar als Adjudicatar, und um der Adjudicationen willen ebensowohl condemnirt und obligirt als Gläubiger werden zu wollen; nur die Condemnationen vonwegen der Schäden und Perceptionen hängen beiderseits von besonderem Antrage der einen oder anderen Partei ab [5]); der Provocat aber gibt, indem er auf das Judicium eingeht oder als eingehend erachtet wird, dieselbe Erklärung ab und ist also nothwendig nicht mehr nicht weniger mit dem Provocanten als dieser mit ihm agirend [6]). Aber auch die interdicta retinendae possessionis sind derart eingerichtet, daß wer sie wegen Anmaßung gegenwärtigen Besitzes und also zur Austragung einer controversia possessionis begehrt, — und immer noch ist es fraglich ob sie anders begehrt werden können — so sehr wie den Gegner sich selbst der Condemnation (ehedem der Sponsion und insoferne der Condemnation) aussetzt, ein Urtheil über den gegenwärtigen Besitz entweder des Gegners oder seiner selbst fordert und den Gegner so nothwendig zum Mitprätendenten oder Kläger auf den Besitz macht, als einst der Vindicant den Besitzer zur Contravindication zwang [7]).

Daß „außer den genannten wohl noch andere Klagen fähig" gewesen wären, die Doppelgestalt der duplex actio anzunehmen [8]), läßt sich nicht bestreiten; eine Rechtsbildung, die zum Theil freie Schöpfung war, wie bei der rei vindicatio [9]), wo sie nachmals

5) als compensable, reconvenable Gegenansprüche ex eodem negotio; a. M. Eck a. a. O. S. 114 Z. 6 fg.

6) — non solum quod ageret . . . sed invicem quoque quod cum his ageretur (si familiae herc. aut comm. div. aut fin. reg. actio esset) — l. 4 pr. D. fin. reg. 10, 2. Ganz anders Eck a. a. O. §. 14.

7) l. 3 §. 1 D. uti poss. 43, 17. Hoc interdictum duplex est, et hi quibus competit et actores sunt et rei. Dagegen Eck, S. 75 fgg.; hinwider die oben Anm. 4 Agff. u. Sintenis, Civilr. §. 46. Anm. 6.

8) Keller a. a. O. S. 390.

9) vgl. Eck a. a. O. S. 9 „— wie diese Einrichtung ihren Ursprung nicht in der Natur des den Klagen zu Grunde liegenden Rechts, sondern in einer positiven Prozeßvorschrift hatte —"

abkam, und bei den interdicta retinendae possessionis, wo sie fortdauert, läßt sich vielleicht auch noch in anderen Actionen denken, als in denen sie wirklich vorkam. Allein immerhin müßten das Intentionen und Ansprüche sein, in denen die Contradiction keine bloße Negation, sondern eine Contention, d. i. Prätension desselben Rechtes und desselben Anspruches in umgekehrter Richtung zu sein vermag [10]). Actionen, in denen sich außer der Negation nur Gegenansprüche (auf etwas anderes) denken lassen, wie namentlich auch „actio pro socio" und die ungleichnamigen Klagen aus gegenseitigen Contracten waren der Duplicität unfähig [11]). Eine Nothwendigkeit war und ist sie in den Theilungsklagen. Miterben, Miteigenthümer, Nachbarn können unmöglich einem Dritten die Auseinandersetzung von Erbschaften, Miteigenthum und Grenzen anheimstellen, ohne ihn zur beider- und allseitigen Adjudication und Condemnation zu ermächtigen [12]). Ueberall sonst beruht die Duplicität auf der freien Verfügung, daß der Gegner da, wo er dasselbe Recht und denselben Anspruch wie Kläger intendiren kann, sich nur vertheidigen dürfe, wenn er dies wirklich thut — daß auf bloßes Läugnen nicht gehört wird [13]). Die actiones praejudiciales über Statusfragen wären nothwendig duplices, wenn sie condemnatorisch wären; denn die Contradiction enthält hier überall eine positive Gegenbehauptung [14]).

10) wie z. B. l. 15 D. o. n. n. 39, 1 überhaupt D. si serv. vind. 8, 5.

11) A. M. Keller a. a. O. S. 390. Eck S. 47, 3. Alin., S. 48, 1. Alin.

12) Speciell hiegegen Eck a. a. O. S. 146 — unter anderem so: „Andererseits verstand es sich von selbst, daß der Genosse, der sich auf die a. communi d. einließ, auch den Antrag nicht versäumte (sic), für den Fall der Theilung den Richter zur Adjudication an ihn (blos an ihn?) zu ermächtigen. Mithin fand die formula duplex eben auch nur Anwendung, wo eine wirkliche Widerklage vorlag; und nur auf der Voraussetzung einer solchen (sic) beruhen die Aussprüche der klassischen Juristen, daß hier jeder Theil sowohl Kläger als Beklagter sei."

13) vgl. Eck a. a. O. S. 9 „— daß dort die Erhebung eines Gegenanspruches nicht im Belieben des in Anspruch Genommenen stand, sondern als die allein zulässige Form seiner Vertheidigung geboten war. Es ist das eine Erscheinung, welche sich auch im älteren deutschen Prozesse findet (Laband), daß derjenige, welcher einräumte selbst nicht Eigenthümer zu sein, eben darum . . . als ein dem Kläger nicht ebenbürtiger Gegner erschien, und daß man also um zu widersprechen klagen mußte."

14) Savigny, §. 225. e.

Ob die interdicta retinendae possessionis auch im Justinianischen und heutigen Rechte noch duplicia seien, ist Sache späterer Erörterung [15]); hierorts kommt nur zu bemerken, daß wenn es nach diesem späteren Rechte dem Gegner freigestellt sein sollte, ob er sich als Besitzer behaupten will oder nicht, die betreffenden interdicta auch da keine duplicia sind, wo er sich als solcher behauptet.

§. 90.

Actiones in jus, in factum conceptae — civiles, honorariae — civiles in factum — directae, ficticiae, utiles.

1. Der Grund, aus welchem Ansprüche und damit Actionen gewährt sind, ist überall ein Recht, oder ein Factum (S. 253. S. 215). Im alten und classischen Prozesse, da dem festen Gedanken feste Form entsprach, kam da, wo der Grund des Anspruches, d. i. in der intentio, entweder ein Recht (ejus esse — oportere) oder ein Faktum zum Vorschein (in jus, in factum conceptae actiones — Gaj. 4, 45—47). Etwelche practische Consequenzen müssen mit diesem Unterschied zusammengehangen haben [1]); sonst wären für gewisse Fälle nicht beiderlei Actionen, in jus und in factum, proponirt gewesen [2]). Allein practischer, als diese Consequenzen, war die Sache selbst: daß außer dem zünftigen Kreise von Rechten mehr und mehr noch andere Thatsachen als Klagegrund edicirt wurden. —

2. Mit dem Unterschiede der in jus und in factum actiones trifft der der civiles und honorariae actiones so weit das Auge reicht zusammen [3]). Denn die legitimae und civiles causae, aus denen die civiles actiones ihren Ursprung nehmen [4]), sind eben jene in dem ejus esse und oportere begrif-

15) s. einstweilen Eck a. a. O. §. 7 S. 73 unten u. fgg.

1) Darüber Savigny, Syst. Bd. 5. S. 83—88.

2) Gaj. 4, 47 — ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati — vgl. oben §. 73. Anm. 16. 17.

3) Savigny a. a. O. S. 79. „Dieser Gegensatz der Klagen fällt nun zunächst zusammen mit dem Gegensatz der civilen u. prät. Klagen —" S. 81 „die hier vorläufig angenommene Identität der beiden Gegensätze —"

4) §. 3 J. h. t.

fenen und überlieferten Rechte, während die honorarischen oder prätorischen Klagen Actionen waren, welche der jurisdicirende Magistrat auf Grund von Thatsachen aufstellte, die an sich keine Rechte waren, sondern erst dadurch, daß Klagen auf sie gegründet wurden, zu (honorarischen) Rechten, Forderungen, Sachenrechten, Erbrecht, erwuchsen [5]). Indessen ist mit Recht bemerkt worden, daß dieses Zusammentreffen auf keiner inneren Nothwendigkeit beruhe, und daß wir dahingestellt sein lassen müssen, ob actiones auf ein Faktum nicht auch schon durch leges aufgestellt worden seien [6]).

3. Die Bezeichnung „in factum" actiones kommt nicht blos im Gegensatze zu „in jus", sondern auch in dem zur terminologischen Bezeichnung vor, indem zur Demonstration der causa, woraus ein gewisses oportere erhellen soll, bald ein Eigenname zur Verfügung steht, bald der Beschrieb des die causa bildenden Factums nothwendig wird [7]); in diesem und nur in diesem Sinne ist auch von exceptiones in factum die Rede [8]).

4. Dem Trieb nach Ausdehnung der Klagen verdankt außer dem Gegensatze der in jus und in factum concipirten Actionen auch der der directae und ficticiae actiones [9]) seinen Ursprung. Denn sicher sind die ficticischen Klagen gewisse durch Ausdehnung der directae aa. entstandene Klagen. Wenn man dagegen sich weiterhin der Vorstellung hingibt, daß beiderlei Neuerungen, die der ficticiae wie die der in factum aa., in der Aufstellung neuer Klagen für „neue Fälle" beruht habe [10]), so verstößt man vielleicht gegen das Wesen der ficticiae actiones. Freilich wenn mit jeder Aenderung eines Klagfalls ein „neuer Fall" vorliegt, waren auch die ficticiae aa. wie die in factum aa. überall für neue Fälle aufgestellt; allein richtiger wird man

5) vgl. oben S. 215 a. E.

6) Bekker, Act. Bd. 2. S. 130.

7) De praescriptis verbis et in factum act. 19, 4 beſ. l. 1 pr. l. 2 §. 1 »in factum civilis«. Verwandt Savigny, Bd. 5. S. 98 oben; anders Krüger, proz. Consumtion §. 7 Anm. 11 a. E.

8) l. 2 §. 5 D. doli m. exc. 44, 4 l. 4 D. nov. 46, 2. Anders Keller, Civilpr. S. 136. §. 135. Alin. 3.

9) Gaj. 4, 32—38; §§. 3—6 J. act. 4, 6: si modo justum sit eam actionem . . . extendi. (Gaj. 4, 37).

10) Savigny a. a. O. §. 215. S. 70. S. 94 fg.

auch hier irgend ein „Ansich", ein stetes, unwandelbares des Dinges von allerlei wandelbarem „außerdem" unterscheiden, und also insolange als das Ansich des Falles vorliegt, von einem und demselben Falle sprechen, trotzdem außer jenem mancherlei Veränderungen aufgetaucht sind. Nach diesem engeren Begriff von den Fällen und ihrer Identität muß man dann aber die ficticiae actiones als Klagen denken, welche wenigstens weithin für an sich alte und nur äußerlich veränderte Fälle aufgestellt worden sind [11]). Denn betrachten wir I. die einzelnen Fälle der ficticischen Klagen, so war es derselbe Fall, in welchem der Steuerpächter mit der ficticischen Klage klagte, wie derjenige in welchem er legis actione per pignoris capionem verfuhr; hier und dort ein Steuerrückstand, auf den er unmittelbar kein Recht hatte, den er indirect sonst durch Pfandnahme, jetzt durch ficticische Klage (wie wenn gepfändet und das Pfand zu lösen wäre) beitrieb [12]); — dingliche und Forderungsansprüche sind dieselben, ob sie von dem Inhaber des Vermögens in das sie erworben wurden selbst, oder vom heres, oder vom bonorum possessor oder vom bonorum emtor geltend gemacht werden; nur die Legitimation, nicht der Klagfall war neu, als auch der bonorum possessor und der bonorum emtor zur Geltendmachung zugelassen wurden [13]); wenn Delictsklagen, die für und gegen römische Bürger aufgestellt waren, auf Peregrinen ausgedehnt wurden [14]), ist abermals nicht der Klagfall an sich, sondern nur die Legitimation zur Klage eine neue und andere gewesen; — so recht in den Gedanken der Legitimirung zur Klage gehören auch die Fälle, in denen man zu Forderungsklagen und zu Vindicationen zugelassen wird, welche direct einem Anderen zustehen, auf gegenwärtigen Kläger cedirt, mandirt sein sollten, demselben aber auch ohne Cession, Mandat ausdrücklich als utiles, aller Wahrscheinlichkeit nach ficticisch gewährt wurden [15]); — recht sehr den Anschein von neuen Fällen

11) Alliterirend Bekker, Aktionen, Bd. 2. S. 108 „das Wesen der Aktion, der sie zutritt zu ändern, waren solche Fiktionen wol ebenso unvermögend wie Exceptionen und Repliken —"

12) Gaj. 4, 32.

13) Gaj. 4, 34, 35.

14) Gaj. 4, 37.

15) s. g. gesetzliche Cession z. B. l. 1 C. obl. e. a. 4, 10 — dann

gewährt es allerdings, wenn dem blos bonitarisch Berechtigten oder gar nur dem b. f. possessor in rem actio (Publiciana) gewährt [16]), oder wenn man trotz Verlust des Eigenthums zur Vindication zugelassen wurde — etwa Namens des früheren Eigenthümers bei fraudulenter Veräußerung (Pauliana) [17]), oder im eigenen Namen, wie wieder in gewissen Fällen namenloser utilis vindicatio, bei Verlust durch minorenne Veräußerung [17a]), unverhinderliche Usucapion [18]), unverhinderliche Accession [19]), schlecht vergoltene Liberalität [20]), — wie längst im Falle rescissorischer Forderungsklage wegen Untergangs der Forderung durch capitis deminutio [21]); allein angenommen, daß es „vom Standpunkt des heutigen Rechtes aus verkehrt" sein sollte, „hier von einer Ausübung der rei vindicatio durch Nichteigenthümer (sagen wir von alten Klagefällen und neuen Klägern) zu reden" [22]): spricht damit Jhering nicht selbst aus, daß vielleicht vom römischen Standpunkt an etwas derartiges zu denken, daß das Recht des ejus esse und oportere, wie es an sich zeitlich ein perpetuum war (§. 74), so auch sachlich inmitte der Klagenausdehnung an sich unverändert festgehalten, und selbst bei der Publiciana und den rescissorischen Klagen nur an eine erweiterte Legitimirung zu seiner Geltendmachung, nicht an ein neues Recht selbst gedacht wurde? — II. Form und Gestalt der ficticia a. ist derart, daß der Entscheid des Richters auf einen der hergebrachten Klagegründe gestellt, ihm aber von dem Abgang gewisser für diesen Fall sonst nothwendigen Voraussetzungen abzusehen, vielmehr — was gegen das alte Recht respektvoller — die abgängigen Voraussetzungen zu supponiren (fingiren)

die utilis vindicatio in l. 2 D. quando ex facto tut. 26, 9 l. 8 C. r. v. 3, 32 l. 55 D. don. i. v. e. u. 24, 1 — wogegen Jhering, Jahrbb. Bd. 1. S. 120. II. Schulin, Anwendungsfälle der Publiciana, 1873 S. 156 fgg.

16) vgl. Jhering a. a. O. S. 101. „— materiell waren hier überall neue, von der rei vind. sowohl in ihren Voraussetzungen als Wirkungen verschiedene Klagen geschaffen —"

17) §. 6 J. h. t.

17a) l. 13 §. 1 D. min. 4, 4.

18) §. 5 J. h. t. l. 57 D. mand. 17, 1.

19) l. 5 §. 3 D. r. v. 6, 1 l. 9 §. 2 D. a. r. d. 41, 1 cf. Gaj. 2, 78 §. 34 J. r. div. 2, 1.

20) l. 15 C. don. ant. nupt. 5, 3 — l. 1 C. don. quae sub mod. 8, 55.

21) Gaj. 4, 38.

22) Jhering, a. a. O. S. 102 oben.

befohlen wird; intentio z. B. in der Publiciana ist das hergebrachte ejus esse ex j. Q., nicht das dazu führende Factum[23]). Eine derartige Formulirung lag nahe, ja drängte sich auf, wenn man in den Fällen der ficticia a. nur äußerlich ungefüge, an sich aber alte Fälle erblickte; der Intendirung eines alten Klagegrundes entsprach das Dasein eines an sich alten Klagefalles; die ficticia besteht dann nicht blos darin, daß ein Nichtseiendes fingirt, sondern ebenso sehr darin, daß ein Seiendes erkannt und festgehalten wird. Außerdem müßten wir es als Zufall erklären, daß die Ausdehnung des Klagerechts das eine Mal so (ficticisch), das andere Mal so (schlechthin in factum) vor sich ging.

Daß „blos bei alten Civilklagen die Erweiterung durch eine Fiction in der Formel ausgedrückt wurde“[24]), ist gleichfalls nicht unbedenklich. Oder galt der bonorum possessor, emtor, in Ansehung der in die bona gehörigen prätorischen Klagen als directer Successor?[25]) oder hat es keine rescissoria d. h. durch eine zweite Fiction ermöglichte Publiciana in rem actio gegeben[26])?

Der Unterschied des Directen und Ficticischen ist erhaben über den des Civilen und Prätorischen; auch leges konnten Fictionen verordnen[27]). Thatsächlich aber sind die ficticischen Klagen die wir kennen fast alle von der Jurisdiction aufgestellt worden.

Nach Anm. 26 konnten ebensowohl in factum, als in jus conc. actiones ficticisch sein, wenngleich thatsächlich viel öfter in jus concipirte ficticisch sind. Letzterenfalls ist dann aber die ficticische Klage, weil jus ihre intentio bildet (Anm. 23), in jus concipirt, nicht in factum actio[28]), und kein Gemisch aus jus und factum[29]).

23) Krüger, gegen B.-Hollweg, Zeitschr. f. RG. Bd. 7. S. 212—219.

24) Savigny a. a. O. S. 73. k.

25) wozu Bekker a. a. O. Bd. 2. S. 111. 11.

26) Savigny, Syst. Bd. 7. S. 188. Schulin a. a. O. S. 138 — wogegen Keller, Civilpr. S. 121 Anm. 317. S. 332. Anm. 946. Rudorff, Ed. perp. p. 61. das Material bei Schulin, a. a. O. 8. Kap.

27) arg. lex Rubria c. 20 — ita jus dicito judicia dato judicareque jubeto cogito, proinde atque si de ea re quum ita postulatum esset, damni inf. ex formula recte repromissum satisve datum esset — — s. dagegen Savigny, Syst. Bd. 5. S. 82 oben.

28) Savigny, a. a. O. S. 71; vgl. Gaj. 4, 34 mit 4, 38; arg. Gaj. 2, 253 l. 21 §. ult. D. quod met. 4, 2 l. 22 pr. l. 2 §. 5 D. aq. pluv. 39, 2 l. 2 §. 1 D. fam. herc. 10, 2, überhaupt Dirksen, Man. lat. h. v. §. 3.

29) vgl. Krüger, gegen B.-Hollweg, an dem Anm. 23 agf. O.

5. Da wo von ficticia ist auch von utilis actio die Rede[30], zweifelsohne in dem Sinn, daß eine directa actio durch Fiction brauchbar geworden ist, wo sie es vordem nicht war[31], so daß es denn auch nicht heißt, die ficticia a. sei utilis, sondern rei vindicatio, oder sonst eine directe Klage sei, unter den und den Umständen, utilis (Anm. 8. 35).

Allein nicht überall wo von utilis actio, ist auch von ficticia die Rede[32]. Möglicherweise geschieht die formulare Zurechtlegung einer alten Klage für neue Verhältnisse in anderer als ficticischer Weise[33], und bedeutet dann utilis actio zwar eine formal adjustirte, mit nichten aber eine ficticische Klage. Unter dieser Gattung von utiles actiones zeichnet sich Eine Gruppe dadurch aus, daß es sich in ihr, zum Unterschiede von der ficticia actio, überall um „neue Fälle" handelt. Sie gehören zwar mit dem Falle der entsprechenden directa actio unter Ein Genus; allein die alte Formel lautet nicht auf das Genus, die neue Species ist von ihr ausgeschlossen, es bedarf einer neuen Formel, damit der neue Fall klagbar werde: sei es daß man die alte Formel genereller faßt, sei es daß man der alten speciellen eine neue specielle an die Seite stellt. Gewählt ist dieser letztere Weg. Darnach unterscheidet sich die neue Formel von der alten nur dadurch, daß anstatt der einen Species eine neue, statt des einen Wortes und Begriffes ein anderer, statt possidere, frui — statt quadrupes sonst ein animal u. dgl.[34] oder daß anstatt des die directa begründenden Factums das verwandte neue gesetzt wird[35]. In allem anderen lautet sie „nach dem Muster" der alten directen Klage, und sind darum gerade diese utiles actiones, zum

30) Savigny a. a. O. S. 82 oben.
31) vgl. Keller, a. a. O. §. 89 II.
32) Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. S. 152. Savigny, a. a. O.
33) Keller, a. a. O. §. 89. Anm. I.
34) Fr. Vat. §. 90. — Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, conpetit (utile) int. (scil. quod legatorum) adversus eum, quia non possidet legatum sed potius fruitur — — Utile (sc. int. quod legatorum) tali concipitur: »Quod de his bonis legati nomine possides, quodque uteris frueris . . cetera«. vgl. l. 4 D. si quadrup. 9, 1 l. 6 §. 3 D. his qui effud. . . 9, 3 l. 41 D. pign. act. 13, 6 f. weiter die Fälle der folgenden Anm.
35) utilis leg. Aq. a. in §. 16 J. de leg. Aq. 4, 3; utilis aq.

Unterschiede von den „ad fictionem“ einer anderen gefaßten, als „ad exemplum“ oder „exemplar“ einer anderen entstanden hingestellt [36]); analoge Rechtsanwendung [37]) enthalten sie beide, sowohl diese exemplarisch, als die ficticisch brauchbar gemachten Klagen; in beiden ist und heißt eine alte Klage (rei vindicatio, legis Aq. actio) utilis a.

Nun kommen aber weiterhin noch utiles actiones vor, die weder ad fictionem noch ad exemplum einer anderen, überhaupt keine zurechtgerichteten alten, sondern schlechthin neue, auf sich gestellte actiones sind [38]). Man wird annehmen müssen, daß sie sämmtlich in factum und insofern „utiles in factum“ sind [39]). Warum nun heißen sie nicht schlechthin in factum? oder wenn sie nun einmal utiles sind, was ist in ihnen „brauchbar“ geworden? denn wie kann in einer Klage, die eine ganz neue ist, eine andere, frühere, „utilisirt“ sein — da doch utilis actio sonst eine utilisirte directa actio ist? Indessen haben doch auch diese Klagen alle in einer zuvor vorhandenen ihren casuistischen Ausgangs-, Anknüpfungs- oder Vergleichungspunkt; was dort gerecht, ist hier billig, und will auch hier „angewandt“ sein; aber der Fall selbst ist neu [40]), darum keine ficticia (Anm. 11 fgg.); das Neue

pluv. in l. 2 §. 5 §. 6 D. a. pl. a. 39, 3; utilis rer. amot. l. 21 pr. D. rer. am. 25, 2; also möglicherweise auch eine in factum a. „utiliter“ gewährt: l. 3 §. 1 D. ne vis fiat 43, 4 cf. l. 1 §. 4 eod.

36) l. 5 §. 12 D. his qui effud. 9, 3 — in pergula positum statt in suggruenda protectove — vgl. l. 6 §. 3 eod. — in eum qui navi praepositus est statt in eum qui ibi habitavit — l. 16 l. 19 pr. D. instit. 14, 3 (procurator statt institor) l. 9 pr. D. quod falso tut. 27, 6 (intellectueller Urheber statt Thäter) l. 17 §. 3 D. usufr. 7, 1 (usufructuarius statt dominus) l. 1 §. 9 D. superf. 43, 18 (quasitraditio statt injurecessio etc. oder ist hier eine ficticische (Publicianische) Fassung gemeint?

37) Mühlenbruch a. a. O. S. 152. 2. Prinz, allg. Actionenrecht, S. 67.

38) Keller, a. a. S. 386. Anm. 122 „die Actio ganz neu“ ꝛc.

39) l. 26 §. 3 D. pact. dot. 23, 4 — licet directa actio nulla competit, utilis in factum danda est — desgleichen zweifelsohne die utilis poenalis actio in l. 34 D. re jud. 42, 1, desgleichen wahrscheinlich die utilis actio in l. 49 D. fam. herc. 10, 2 (gegen Mühlenbruch a. a. O. der sie als utilis fam. herc. bezeichnet), desgleichen nach Keller a. a. O. die utilis actio in l. 24 D. tutelae 27, 3, in l. 47 D. her. inst 28, 5, u. in l. 4 D. de his qui effud. 9, 3.

40) außer in l. 47 D. her. inst. 28, 5, wo man mit Einer Fiction nicht ausreichen würde —

bewendet nicht auf bloßer weiterer Specification, darum keine utilis ad exemplum der directa; die Analogie zieht hier ihren weitesten, und erst noch zu definirenden Kreis.

Manchmal heißt es von einer actio, daß sie in dem gegebenen Falle inutilis, oder nicht inutilis sei [41]); folgerecht wird es umgekehrt, wenn Bedenken gegen die Statthaftigkeit dieser oder jener Klage vorliegen, heißen können, daß sie utilis sei, im Sinne nicht der Verwendbarkeit einer alten Klage, oder eines alten Klagegrundes, sondern der Brauchbarkeit überhaupt [42]). Nichts desto weniger scheint dieser Sprachgebrauch vermieden [43]).

§. 91.

Ordinariae, extraordinariae actiones.

Ist in der weiteren Bedeutung von „actio" nicht blos in rem actio, sondern auch die technisch für außerordentliche Verfolgung von Ansprüchen gebrauchte „persecutio" [1]) inbegriffen [2]), so würde sich die Unterscheidung von ordinariae und extraordinariae aa. [3]) rechtfertigen, wenn der Ausdruck extraordinaria actio, welcher selten vorkommt [4]), nirgends vorkäme.

Die Außerordentlichkeit dieser Persecutionen, Actionen steht mit den extraordinariae cognitiones [5]) oder extraordinaria judicia [6]) ohne Zweifel in Verbindung [7]); extraordinär ist aber nicht etwa die Cognition, welche von altersher der Magistrat in Sachen des imperium mixtum vornimmt, und in Missionen,

41) z. B. l. 57 D. pro socio (17, 2).

42) Keller, a. a. O. §. 89 a. E.

43) In den von Keller Anm. 1129 citt. ll. ist von non utilis a. die Rede; einmal von utilis efficietur (l. 24 §. 2 D. liberali causa 40, 12). Auch in l. 17 D. de vi 43, 16 besondere sprachliche Motivirung.

1) §. 78. Anm. 2.

2) l. 34 l. 178 §. 2 §. 3 D. o. c. a. 44, 7.

3) s. z. B. Savigny, Syst. Bd. 5. §. 213.

4) l. 52 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 und Rubr. D. de interdictis sive extraordinariis aa. quae pro his competunt 43, 1. Bekker, Act. Bd. 2. S. 202. Anm. 41 fgg.

5) Dig. Rubr. 50, 13.

6) z. B. l. 3 C. i. i. r. 8, 1 l. 47 §. 1 D. neg. gest. 3, 5 §. ult. J. interd. 4, 15 pr. J. succ. subl. 3, 12.

7) Sav. a. a. O. S. 63 fgg.

Stipulationen, i. i. restitutiones, und Interdicten zur Geltung bringt; denn daß hierin der Magistrat entscheidet, ist nicht weniger in der „Ordnung", als daß es in anderen der Richter thut. Ueberallhier ist extraordinaria cognitio nicht blos nicht im weiteren Sinne [8]), sondern überhaupt nicht vorhanden [9]), überallhier denn auch keine extraordinaria actio zu suchen, weder in dem Ansuchen um Missio, noch in dem um Cautio, i. i. restitutio, interdictum [9a]). Zwar werden nach l. 37 D. o. e. a. 44, 7 auch die (prätorischen) Stipulationen, dann die Interdicte den „Actionen" zugezählt; allein das geschieht nicht insofern als sie Gegenstand magistratischer Cognition und Decretur sind, sondern insofern, als sie „actionis instar obtinent" d. i. in eine actionenartige Formelconception ausmünden [10]). Sehr selten finden wir das extra ordinem mit Sachen der alten prätorischen Cognition in Verbindung; noch Diocletian setzt diese als eine, in der „ex officio", aber ohne Substitutionsvollmacht, cognoscirt wird, den anderen, wir glauben extraordinären, entgegen, deren Cognition weiter begeben werden kann und nicht ex officio ist [11]). In den seltenen Malen, da das extra ordinem mit den alten Cognitionssachen in Verbindung tritt, fehlt es nicht an außerordentlichen Umständen [12]). Der positive Beweis aber, daß die alten Cognitionsfälle keine extraordinaria cognitio sind, liegt in den Fällen, wo beides, die alte ordentliche und die neue außerordentliche Cognition, nebeneinander zusteht [13]).

So möchte das Außerordentliche nicht in der Cognition ent-

8) Keller, Civilpr. 4. Kapitel §. 74.

9) Rudorff, RG. Bd. 2. §. 1 Anm. (2).

9a) Gromatici veteres, ex rec. Lachm. p. 16 oben 4 u. 5: »ad interdictum (hoc est jure ordinario) litigatur« — unten 19: »per interd. h. e. jure ordinario litigatur«.

10) l. 37 cit. l. 1 §. 2 D. stip. praet. 46, 5 l. 10 §. 3 D. comp. 16, 2; »vice actionum sunt« l. 20 D. rat. r. hab. 46, 8; — Gaj. 4, 161 sqq.

11) l. 2 C. ped. jud. 3, 3.

12) l. 3 pr. D. ne vis fiat ei qui in poss. m. 43, 4. Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa — bedenke unten Anm. 38, daneben den Ausfall der in factum actio, vielleicht auch daß extraordinaria executio vorliegt. cf. §. 1 in fin.

13) l. 2 D. ex quib. caus. maj. 4, 6 l. 1 §. 2 D. migr. 43, 22 gewissermaßen auch l. 1 §. 2 D. si ventris nom. 25, 5 aber nicht l. 13 §. 1 D. min 4, 4 u. a. bei Bekker S. 197 Anm. 31.

gegen dem Judicium, sondern innerhalb der Cognition selbst zu suchen sein, indem sie, die Cognition selbst, eine bald ordentliche, bald außerordentliche ist — wie denn der Ausdruck extraordinaria cognitio den Gegensatz einer ordinaria c. in sich trägt.

Der Grund aber weshalb die Cognition in vielen Fällen als etwas außerordentliches erscheint, liegt

1. zuunterst in der Rechtsquelle, aus welcher die Vollmacht zur Cognition hervorgeht. Entgegen den vorgeschichtlichen Quellen der republikanischen Jurisdiction und Cognition wirken nunmehr die Kaiser, in Senatusconsulten, Constitutionen, Rescripten neue, außerordentliche Cognitionen schaffend [14]); —

2. in den Fällen, insoferne ganz andere Dinge, als die alten Missionen, Cautionen, i. i. restitutiones zum Gegenstand der Cognition werden [15]); —

3. in der Competenz, insofern ganz andere Behörden, als die alten republicanischen, Cognitionen zugewiesen erhalten [16]); —

4. in dem Verfahren, wenn da wo bisher nur ordinario judicio verfahren wurde, nunmehr das Cognitionsverfahren platzgreift [17]); —

5. wohl auch in der Zeit, insoferne die Cognition außer der Reihe (ordo dierum) [18]) und außer den sonstigen Geschäftstagen (actus rerum) vorkommt [19]).

14) s. besonders Rudorff RG. Bd. 1 §. 5. Bd. 2 §. 2. Bekker, a. a. O. S. 190 fg.; — l. 2 pr. D. ex q. c. 4, 6. . . Edictum — minus frequentatur — extra ordinem jus dicitur ex SC. et principalibus constitutionibus z. B. l. 5 D. si a par. quis manum. 37, 12 l. 12 pr. D. relig. 11, 7 l. 9 §. 3 D. off. proc. 1, 16. l. 3 §. 1 D. ne vis fiat 43, 4 l. 8 in fin. D. quod cum eo 14, 5. l. 1 §. 8 C. si manc. ita ven. ne prost. 4, 56 l. 4 C. aedif. priv. (8, 10) — non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras — obtinere juxta placitum antiquitatis poteris. Verweisung an a o. Cognitionen durch Rescript: l. 8 l. 9 D. off. praef. aug. 1, 17 l. 2 C. ped. jud. 3, 3. Bekker a. a. O. S. 197 D.

15) s. unten Anm. 29—42.

16) z. B. l. 1 §. 18 D. exerc. 14, 1 l. 2 §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8 l. 8 D. quod cum eo 14, 5.

17) Anm. 27.

18) s. die Zeugnisse bei Rudorff, RG. Bd. 2. §. 2 Anm. 8. 10. Hartmann, Contumacialverf. S. 215 und Ordo Judiciorum S. 2 fg. Bekker a. a. O. S. 200. Anm. 40.

19) Gaj. 2, 279 — de fideicommissis semper in urbe jus dicitur, de legatis vero cum res aguntur. Theoph. zu pr. J. succ. subl. 3, 12 — *σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων καὶ ἐν παντὶ καιρῷ γυμναζομένων.* —

Aus all dem zusammen wird der Name und Begriff eines „außerordentlichen Rechtes“ [20]), das „außer und nach der altrepublikanischen Rechtsordnung des jus civile und honorarium entstanden ist“ [21]), hervorgegangen sein. Extraordinaria cognitio, executio heißt dieses jus extraordinarium von seiner Gewährung durch die Behörde, extraordinaria actio, petitio, persecutio von seiner Geltendmachung durch die Partei; die extraordinaria cognitio erscheint aber zugleich als ein extra ordinem jus dicere [22]) und extraordinarium judicium [23]), weil dem Wesen der Sache nach doch auch hier jurisdicirt und judicirt wird.

Was insonderheit die Fälle unserer extraordinaria actio [24]) anlangt, so müssen zunächst alle die Sachen ferngehalten werden, in denen von keinem Anspruch irgend einer Partei, und also von keiner actio, ebensowenig von einer außerordentlichen als einer ordentlichen, folgerecht aber auch von keinerlei cognitio die Rede sein kann [25]). Innerhalb dieser Grenze aber sind zu unterscheiden Fälle, in denen außer und vor der extraordinaria actio kein Anspruch besteht oder bestund, und also der Fall selbst etwas außerordentliches hatte (Nr. 2); in diesen Fällen ist die extraordinaria actio eine Mehrung und Ausdehnung der Klagen, ähnlich der in factum, ficticia, utilis actio [26]); — und Fälle, in denen vor und außer der extraordinaria eine ordinaria (directa oder utilis actio [27]),

20) l. 3 D. expil. her. 47, 19 — extra ordinem . . . agere, an hereditatem . . jure ordinario vindicare — l. 178 § 2 D. v. s. 50, 16 — extraordinarias persecutiones . . quae non habent juris ordinarii exsecutionem — Suet. Claud. 15 — negantemque rem cognitionis sed ordinarii juris esse agere —

21) Rudorff, RG. Bd. 1. S. 11 unten.

22) Bekker a. a. O. S. 201. z. B. l. 1 pr. §. 1 §. 5 §. 6 §. 7 §. 9 §. 10 §. 14 §. 15 D. h. t. 50, 13 §. ult. J. interd. 4, 15.

23) s. oben Anm. 6.

24) reichlich bei Bekker a. a. O. S. 194—199.

25) Bekker, a. a. O. S. 193. Alin. 2. a. E. und fg. z. B. Prodigalitätserklärung, Excusationsprocesse, Zwang zur auctoritatis interpositio — u. die Fälle wo de plano jurisdicirt wird: vgl. l. 9 §. 3 D. off. proc. et leg. 1, 16 mit §. 1, wogegen Bekker Anm. 17 derlei Fälle zur extr. cognitio zieht. Das „tribunal“ in der extr. c. z. B. l. 2 C. si manc. 4, 56.

26) s. oben §. 90. 1. a. E. 4. 5.

27) z. B. l. 2 §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8 l. 9 §. 6 D. ad leg. Jul. pec. 48, 13; l. 3 §. 1 D. ne vis fiat ei qui in poss. 43, 4 l. 14 §. 2 D. relig. 11, 7.

oder eine cognitio vom alten Schlage stattfindet oder stattfand [28]), das Außerordentliche also nicht im Fall, sondern in der neuen Competenz und dem neuen Verfahren (Nr. 3. 4) liegt.

Wo der Kaiser einen Anspruch überhaupt erst zur Anerkennung bringt, verdrängt er den Prätor, und setzt extraordinarias actiones dahin wo nach alter Ordnung in factum, ficticiae und überhaupt utiles actiones entstanden wären. Leicht möglich werden da die sachlichen Unterschiede, die sich zwischen den ficticiae und in factum actiones gefunden haben, innerhalb der sie beide vertretenden extraordinariae wiederkehren. Und in der That läßt sich nicht verkennen, daß in der einen Hälfte von Fällen der Anspruch nicht sowohl „an sich", als in der nunmehrigen Zulassung zu seiner Geltendmachung (Legitimation) neu ist. Da darf der Haussohn, der in der Fremde aus seinem Zehrpfennig (viaticum — „Wechsel") Darlehen gegeben, nun mehr selbst klagen [29]); über die Person des Schiffsführers hinüber belangt der Rheder, im Interesse der Zufuhr, den Dritten [30]); um „Wahrung ihrer Freiheit" [31]) werden Personen zur Klage zugelassen, die sonst nicht klagen können, und zugelassen wider Denjenigen, gegen den sie nach alter Ordnung undenkbar vor Gericht erscheinen (consistere) können [32]); si mancipium ita venierit, ne prostituatur, sind außer dem Verkäufer auch irgendwelche dritte Personen ermächtigt, die durch Vertragsbruch freigewordene Sclavin zur Freiheit zu

28) s. oben Anm. 13.

29) l. 17 D. r. cr. 12, 1.

30) l. 1 §. 18 D. exerc. 14, 1, und umgekehrt: l. 8 D. quod cum eo 14, 5.

31) „tuitio libertatis" l. 92 D. c. e. d. 35, 1.

32) Klage des Haussohns wider den pf. auf fideicommissarisch obliegende Emancipation: l. 92 cit.; auf Emancipation wegen Härte des Vaters: l. 5 D. si a par. quis manum. 37, 12 cf. l. 8 in fin. D. si tab. test. 38, 6; — Klage des Sclaven wider den Herren auf fideicommissarisch obliegende Manumission: l. 7 D. lege Corn. de fals. 48, 10 l. 5 pr. D. manum. 40, 1 l. 41 D. bon. libert. 38, 2 l. 44 D. fdc. lib. 40, 5; auf Verkauf, wegen Härte ꝛc. des Herrn: Collat. III, 3. besonders §. 3 §. 6 cf. l. 1 §. 8 D. off. praef. urb. 1, 12; — Klage des Schuldknechts (aus noxae deditio) auf Manumission, nach Abverdienung der Schuld (Coll. 2, 3 cf. Gaj. 1, 140 §. 3 J. nox. act. 4, 8); — Prozeß zwischen Vater und Kind um Existenz oder Nichtexistenz der patria p.: l. 3 §. 3 D. lib. exh. 43, 30 l. 1 §. 2 D. r. v. 6, 1 l. 1 C. p. p. 8, 47 l. 2 C. si adv. rem jud. 2, 27.

führen [33]); auch auf den Vollzug letztwilliger Anordnungen, die weder in ein Vermächtniß, noch sonst eine klagbare Zuwendung auslaufen [34]), und auf Sicherstellung gefährdeter Pollicitationen an Städte soll man nunmehr ohne eigenes Recht zur Sache klagen [35]). Hinwider besteht die andere Hälfte von Fällen aus „an sich" neuen, wenngleich mit ordentlicherweise klagbaren Ansprüchen verwandten Fällen. Es sind die Officialansprüche auf Alimente und Dotation, die da außerordentlicherweise klagbar werden [36]) — in ihrem Grunde von den Obligationen verschieden, in ihrem Inhalte denselben ähnlich; den Obligationen noch näher stehen die außerordentlichen Forderungen auf Honorare, Salaire, und Mäklerlohn [37]), den Legaten die Fideicommisse [38]); die außerordentliche Klage auf Restitution der durch Verbindung mit res religiosa religios gewordenen Sachen liegt der in factum actio aus accessorischer Verbindung [39]) so nahe, daß sie obwohl als außerordentliche Rechtshilfe doch zugleich als in factum actio bezeichnet ist [40]); in l. ult. D. her. inst. 28, 5 vollzieht sich durch extraordinaria cognitio etwas von einer in integrum restitutio; nur daß man etwas erzwingen läßt, was sonst Sache freiwilliger Einräumung ist, wie der Nothweg zum Grabe [41]), hat in den ordentlichen Actionen und Cognitionen kein Vorbild; man

33) l. 1 C. h. t. 4, 56 — ei cui secundum Constitutionem D. Hadriani id competit, abducendi impertiet facultatem (wider die Glosse zu ei „scil. venditori" die Wendung des Falles am Ende der Stelle, u. l. 6 D. serv, exp. 18, 7 wonach der Verkäufer selbst ordine klagen kann.

34) — quae ad auctoritatem scribentis referuntur, nec obligationem pariunt — l. 7 D. ann. leg. 33, 1.

35) l. 7 cit. l. 50 D. hered. pet. 5, 3; l. 8 D. pollic. 50, 12.

36) bezüglich der Alimente vgl. die von Rudorff ausgegangene Bemerkung über die Inscription von l. 5 D. agnosc. 25, 3 von Savigny in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 6. S. 328. Anm. 1. Keller, Civilpr. §. 81 S. 958. Mandry, Familiengüterr. Bd. 1. S. 230; ferner das summatim cognoscere in l. 5 §. 8 eod.; l. 2 D. re jud. 42, 1 l. 1 §. 2 D. off. Praef. urb. 1, 12; — bezüglich der Dotation l. 19 D. r. n. 23, 2. Mandry a. a. O. S. 230.

37) l. 1 l. 3 D. extraord. cogn. 50, 13 l. 7 D. mand. 17, 1 l. 17 §. 1 l. 52 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 3 D. proxen. 50, 14.

38) Gaj. 2, 278 Ulp. 25, 12 §. 1 J. fideic. her. 2, 23.

39) s. oben §. 90. Anm. 19.

40) l. 43 D. r. v. 6, 1.

41) l. 12 pr. D. relig. 11, 7.

muß es außerhalb derselben, auf dem Felde publicistischer Zwangsenteignung, oder der Legalservituten suchen [42]).

Daß in manchen Fällen ordentlicher Actionen, Cognitionen und Interdicte noch in classischer Zeit zu der extraordinaria cognitio gegriffen wurde [43]), ist ein Vorläufer der Thatsache, daß schließlich alle Klagen extraordinär geworden sind [44]). Allein dieser Verlauf geht nur den Prozeß an, indem das Verfahren, welches sich für die Fälle der extraordinaria cognitio entwickelte, und nicht blos im Wegfall der Formeln und Einigung von Jurisdictio und Judicium bestund [45]), zum gemeinen für die ordentlichen und außerordentlichen Ansprüche geworden ist. Der materiellrechtliche Unterschied von ordentlichen und außerordentlichen Ansprüchen selbst ist im Justinianischen Rechte stehen geblieben, und wird so lange fortbestehen, als die Begriffe der dinglichen und persönlichen Ansprüche nicht so weit gefaßt sind, daß in ihnen die vordem außerordentlichen Ansprüche so ordentlich Platz haben, wie die vordem ordentlichen, — ein Resultat, das im justinianischen Rechte selbst noch für die Fideicommisse erzielt ist [46]), die wir denn auch neben und mit den legatis zusammenfassen, unter den „Vermächtnissen" [47]). —

Von dem Unterschiede der temporales und perpetuae actiones muß zugleich mit der Klageverjährung, unter dem Verlust oder Untergang der Rechte (F), gehandelt werden. — —

III. Klagrecht.

§. 92.

Ohne die Befugniß der Geltendmachung ist kein Recht denkbar. Die Verwirklichung selbst kann den Rechten versagen wie dem Rechte (§. 18 a. E.); ein Recht zur Verwirklichung wohnt ihnen nicht nur inne, das sind sie selbst. Die Geltendmachung der

42) vgl. Grünhut, das Enteignungsrecht, 1873. S. 32, Anm. 3 a. E.
43) s. oben Anm. 27. 28.
44) §. 8 J. interd. 4, 15 l. 47 §. 1 D. neg. gest. 3, 5.
45) Bekker a. a. O. S. 199–211.
46) l. 1 D. leg fc. 30.
47) hieher die „Kritik der Gajanisch-Justinianischen Classification u. Ersetzung durch eine andere" in Baron's Pandekten §. 210.

Rechte ist aber eine Verwirklichung der Rechte, indem sie deren Ausübung ist (S. 248), oder ermöglichet (S. 249 in med.). Ist nun das Klagrecht [1]) nichts anderes als eine Art des Rechtes der Geltendmachung der Rechte, so braucht zwar nicht jedes Recht Klagrecht zu sein, indem nicht jedes zu dieser starken, offensiven Art des Geltendmachungsrechtes entwickelt zu sein braucht (§. 78. Alin. 1). Wo immer dagegen Klagrecht vorliegt, da werden wir dasselbe, dem Gesagten entsprechend, weder als eine „selbständige Klasse von Rechten, parallel den Rechten der Familie, des Eigenthums u. s. f." [2]), noch als eine „Entwicklung oder Metamorphose des einzelnen Rechtes" [3]), noch als die „Folge von Ansprüchen" [4]), ferner als kein bloßes „Annexum" oder als einen „Zusatz" zu einem Rechte [5]), ja nicht einmal als bloßen „Bestandtheil eines Rechtes" [6]) denken dürfen; sogar Arndts nunmehriger Ausdruck, nach welchem das Klagrecht „eine dem Recht innewohnende Macht gegenüber dem ihm widerstrebenden Willen Anderer seine Geltung zu behaupten" [7]), Böcking, dem es „das Recht selbst ist in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen" [8]) und endlich Kierulff, dem wie Arndts das Recht nicht erst in seiner Bethätigung, sondern noch in seiner Ruhe, als die Möglichkeit der Klage oder Exception, Klagrecht ist [9]), und welchem sich Bekker nun doch sehr genähert hat [10]) — sie Alle verbinden, trotzdem sie das Klagrecht fortschreitend mit den Rechten selbst zu vereinigen suchen, diese beiden Dinge doch noch nicht enge genug, insoferne sie nicht, oder nicht ausdrücklich [11]) besagen, daß das

1) »agendi potestas« Gaj. 4, 123 »jus quod sibi debeatur judicio persequendi« l. 51 D. o. e. a. 44, 7 »jus exactionis.«

2) vgl. über diese ältere Auffassung Savigny, Syst. Bd. 5. S. 3. Windscheid, Pand. §. 44. Anm. 5.

3) Savigny selbst, a. a. O.

4) Windscheid, P. §. 44. S. 99.

5) Puchta, P. §. 81. wogegen nun auch Arndts P. §. 96. Anm. 3.

6) Puchta, Vorl. §. 81. 2)

7) Arndts, P. §. 96.

8) Pand. d. röm. Privr's §. 131. Anm. 2.

9) Theorie d. gem. Civilr. S. 156 „eventuelles" „abstractes Klagrecht" —

10) Ueber das Verhältniß von Obligatio u. Actio, in Zeitschr. f. RG. Bd. 9. S. 381 unten, vergl. mit Jahrb. d. gem. R's Bd. 4. S. 173 fgg.

11) wohl nur nicht ausdrücklich Kierulff, dem das Folgende jedenfalls am nächsten liegt —

Klagrecht das entsprechende Recht selbst sei, und daß die Rechte selbst, woferne sie nur vollkommen entwickelt sind, nichts anderes als Klagrechte sind. Denn Identität, nicht bloße Accessorietät, oder Partialität, oder wie sonst die Verhältnisse zwischen verbundenen Dingen sein und heißen mögen, besteht zwischen Recht und Klagrecht, wenn das Recht zur Verwirklichung, Geltendmachung, das Recht selbst ist.

Das rechtliche (nicht blos moralische) Dürfen — der Eine Inhalt der Rechte (§. 65) — ist nichts anderes als die Befugniß, die Handlung, welche man vornehmen darf, allen Anderen zu Trotz [12]), nöthigenfalls unter Abwehr der von ihnen entgegengestellten Hindernisse vorzunehmen, vermittelst eigener oder obrigkeitlicher Gewalt durchzusetzen, oder aber sich dafür, daß sie durch Schuld Anderer unmöglich geworden ist, Satisfaction zu verschaffen; weder was man handelt, noch daß man handelt, sondern nur, daß man Anderen zu Trotz unter Aufgebot von Gewalt, und aber gleichwohl mit Recht handelt oder handeln kann, macht das Dürfen aus. Im Volksmunde ist das Dürfen noch heute ein Wort des Muthes und Wagnisses [13]); er greift heraus, was zur Durchführung dessen was man darf, nicht selten gehört; dem Juristen aber ist es keine moralische, sondern eine rechtliche Eigenschaft, nicht der Muth, sondern das Recht der Durchsetzung und Geltendmachung dessen was man darf, und nichts anderes als dieses. Da nun aber weiterhin diese Durchsetzung und Geltendmachung blos im Zustande der Unvollkommenheit des Dürfens auf die Defensive beschränkt (§. 78. Alin. 1), als Selbsthilfe nur auf engem Gebiete gestattet (S. 268 B), dagegen als Klage selbst da, wo Selbsthilfe zusteht, erlaubt, ja empfohlen ist [14]), so kann man das Dürfen Klagrecht nennen, und kommt gegen den Satz, daß es nur Klagrecht sei, lediglich die Bemerkung auf, daß in gewissen Lagen anstatt der Klagen auch Selbsthilfe statthaft sei. In allen den Fällen dagegen, in welchen Selbsthilfe ausgeschlossen ist — und es sind das die meisten und wichtigsten — ist das Dürfen

12) s. z. B. das „invito eo“ S. 253. Anm. 10.
13) „er darf“ d. h. er getraut sich, wagt es —
14) S. 257. 2. vgl. S. 268. B.

nichts anderes als Klagrecht; in den noch übrigen ist es zwar noch etwas anderes, allein etwas mit dem Klagrecht verwandtes, mit ihm unter dem Rechte der Geltendmachung gemeinsam begriffenes. So ist der eine Inhalt der Rechte Klagrecht und wesentlich nichts anderes als dieses.

Jene rechtliche Verbindung von Sachen oder Personen mit Personen (allenfalls auch Zwecken) aber, die wir als ejus esse bezeichnet und als den wesentlichen Inhalt der Urrechte des Privatrechts befunden haben (S. 209 fg.), ist eins mit dem jus vindicandi; wo kein Vindicationsrecht, da ist kein meum esse [15]; wo das meum esse, da ipso jure Vindication, wenn es auch kommen mag, daß der sonst durch den Besitz Dritter begründete Anspruch (S. 249), um besonderer Umstände willen, cessirt [16]. Das Vindicationsrecht ist darum keine bloße Folge des meum esse, die diesem ganz entgehen oder abhanden kommen kann, wie das uti frui licere ea re, sondern der Bestand des meum esse selbst. Und dieses besteht, an sich oder wesentlich, in nichts anderem, als in dem Vindicationsrecht. Darum erscheint das Vindicationsrecht namentlich historisch als Kennzeichen und Probe vollreifer Eigenthumsentwicklung; darum enthält keine auch noch so weit gehende Entäußerung der Eigenthumsbefugniße die Entäußerung der possessio und des jus possidendi. Dereliction des Besitzes ist Dereliction des Eigenthums [17]; nur anvertrauungsweise (fiduciarisch) kann der Eigenthümer possessionem weggeben und gleichwohl Eigenthümer bleiben (anvertrauter Besitz); da bleibt der Eigenthümer gewissermaßen *durch* den Fiduciar Besitzer, indem dieser *für* ihn besitzt [18]. — Allerdings ist das meum esse auch noch ein gewisses Prohibitionsrecht; allein da-

15) Meum est . . cujus vindicandi jus habeo l. 49 §. 1 D. r. v. 6, 1. cf. Gaj. 2, 194 — vindicare . . id est, intendere rem suam ex j. Q. esse. Gaj. 2, 96.

16) Gaj. 4, 117. In his quoque actionibus quae non in personam sunt exceptiones locum habent — z. B. D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3.

17) arg. l. 17 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 3 D. pro derel. 41, 7 §. 47 J. r. d. 2, 1 cf. l. 153 D. r. j. 50, 17.

18) l. 16 D. usurp. 41, 3 — qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet — ad usuc. tantum: die *Actionen* des Besitzes sind in der Hand des Fiduciars.

mit ist im Vergleiche zum Vindicationsrecht auch hier nicht wesentlich anderes, sondern etwas verwandtes, und ein minus in potiore gegeben.

Also wäre was immer in einem Rechte gelegen sein kann, Klagrecht, und mit der Modification, daß man mitunter noch Faustrecht üben kann, und daß in dem Klagrecht das Minus des Vertheidigungsrechtes enthalten ist, nichts als Klagrecht — wenn wir nicht selbst von den Befugnissen gewisse Mächtigkeiten unterschieden (§§. 65. 66) und z. B. in der alienandi, obligandi, diminuendi, concedendi potestas des Eigenthümers, in der Novations-, Delegations-, Cessionsmacht des Gläubigers doch etwas ganz anderes denn Klagrecht vor Augen hätten. Indessen wird man von allen diesen s. g. Dispositionsbefugnissen nur sagen können, daß sie in den Rechten seien, nicht, daß sie die Rechte selbst seien. Wenigstens „begibt es sich zuweilen, daß trotz Eigenthums nicht veräußert werden kann“ [19]), oder daß Eigenthum vorliegt, und doch keine Servitut auferlegt oder aufgegeben werden kann [20]), was nicht denkbar wäre, wenn das Eigenthum selbst oder an sich alienandi potestas wäre. Mag also die Dispositionsmacht etwas anderes sein, als das Klagrecht, so hindert das nicht, daß das Klagrecht mit dem Rechte identisch ist; denn die Dispositionsmacht ist etwas anderes auch als überhaupt das Recht, im Rechte, nicht das Recht. Indem die Dispositionsmacht im Rechte liegt, liegt sie im Klagrecht. Die Cession der Forderung ist Cession der actio, des Klagrechtes [21]), und die Macht der Cession liegt im Klagrecht, indem sie im Forderungsrechte liegt [22]). Eine Form der Eigenthumsübertragung war gleichfalls Cession (in jure cessio), die sich als Zulassung der vindicatio darstellte, und im Vindicationsrechte des Cedenten ihren Grund und ihre Kraft

19) Gaj. 2, 62 sqq. dazu l. unic. §. 15 C. rei ux. 5, 13. Rudorff über das Ackergesetz des Tib. Gracchus in der Einleitung zum Ackergesetz des Spurius Thorius, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 10. S. 29. dann über die Stammgutseigenschaft der altrömischen Heredien, grom. Inst. S. 303.

20) l. 15 §. 7 beſ. in fine D. usufr. 7, 1.

21) Arndts, Pand. §. 112. a.

22) S. 242 fg.

hatte, insoferne er contravindiciren konnte und dadurch, daß er dies unterließ, den Cessionar zum Eigenthümer machte [23]).

§. 92a.

Ein Beleg für die Identität von Recht und Klagrecht liegt darin, daß die actio in ihrer engeren Bedeutung als in personam actio [1]) auch für Klagrecht steht [2]), und zugleich der Name für das entsprechende Recht, d. i. unser „Forderungsrecht" ist [3]). Daß auch „actio in rem" im engeren Sinne „genau das bezeichne, was wir „dingliches Recht" nennen", finden wir bei Kierulff [4]) behauptet. Wenn dem aber nicht so sein sollte, die Bezeichnung der dinglichen Rechte vielmehr durchweg von etwas anderem als dem Klagrecht ausginge, so wäre das noch kein Beweis gegen die Identität auch der dinglichen Rechte mit dem Klagrechte, vielmehr aus einem anderweitigen Umstande erklärbar.

Was nämlich weiterhin das Verhältniß des Klagrechtes zu dem oben §. 79 in Betracht gezogenen „Anspruche" betrifft, so muß in Abrede gestellt werden, daß unser „Klagrecht" mit „Anspruch" identisch, oder gar nur die Folge des Anspruchs sei. Allerdings innerhalb der Obligationen sind Anspruch und Klagrecht eins und in dem Einen Worte actio begriffen; ohne Anspruch ist keine Obligatio denkbar; mit dem ersten Dasein der Obligatio ist auch ein Anspruch, Klagrecht, actio da, wenngleich mit dem ersten Dasein derselben Anspruch, actio, Klagrecht nicht immer sofort verfolgbar (actio nata) ist; bei den Actionen nicht minder als bei den Personen gibt es ein dem nasci vorhergehendes Stadium des in rerum natura esse; aber auch in dieser niederen Potenz ist das Klagrecht, wofern es actio engeren Sinnes (in personam) ist, zugleich Anspruch; aus der heute ge-

23) Gaj. 2, 24.

1) l. 178 §. 2 D. v. s. 50, 16.

2) l. 51 D. o. e. a. 44, 7 — dazu das „habere actionem", „parit actionem", „nascitur actio", „actione cedere", „praestare actiones", „actio confusa", exemta, „peremta", „consumitur", amittitur" „restituitur" — Bekker, über das Verhältniß von obligatio u. actio, Zeitschr. f. RG. Bd. 9. S. 371.

3) z. B. l. 49 D. v. s. 50, 16 l. 3 pr. D. bon. poss. 37, 1.

4) a. a. O. S. 158. §. 10. A. 1. u. Anm. *)

schlossenen Societät habe ich Anspruch oder Klagrecht auf Communication von Gewinn und Schaden, wenn sich eines oder das andere ergibt; der Eintritt dieser Eventualität ist die Geburt des dann puren Anspruchs, Klagrechts; aber auf diesen Fall hin war Anspruch wie Klagrecht schon zuvor, von dem Abschlusse des Contractes an, vorhanden. Allein dieses Zusammenfallen von Anspruch und Klagrecht gilt nur bei den Obligationen; bei den dinglichen Rechten kommt das Klagrecht in einer noch tiefer stehenden Potenz, und zwar in einer Lage vor, da der Anspruch, welcher sich dereinst zur Klage gestalten, und ohne den keine wirkliche Geltendmachung von Rechten denkbar ist (S. 252 oben), noch gar nicht geformt oder in rerum natura (concipirt) ist. Während bei den Obligationen der Anspruch zwar durch dies, conditio oder stillschweigende Bedingungen und andere, selbstverständliche Eventualitäten aufgeschoben sein kann, aber auf alle diese Zeiten und Fälle hin bereits durch den Contract Grund und Boden gewonnen hat [5]), ist z. B. beim Eigenthum von einem Klagrecht (jus vindicandi) die Rede, bevor irgend eine petitio [6]) irgendwie begründet ist [7]); und auch denken können wir ein jus vindicandi nicht blos da wo zur Anstellung der Vindication nur mehr auf unseren Willen ankommt [8]), sondern auch da wo es nach dem ersten und tiefsten Grunde seines Daseins (meum esse) vorhanden ist, sich zwar aus fehlendem äußerm Anlaße nicht entfalten kann, aber um ebendeswillen auch in der glücklichen Lage ist, sich nicht entfalten zu müssen.

Wenn nun die „Vindicationen" und überhaupt „in rem actiones" nicht ebenso zur Bezeichnung der dinglichen Rechte selbst vorkommen, wie die „actiones" zur Bezeichnung der Forderungen, so kann das bedeuten oder besagen wollen, daß der activere Ausdruck actio wie vindicatio, in rem actio, sich auf diejenigen Rechte, Klagrechte beschränkt hat, die bereits oder zugleich Ansprüche waren, daß dagegen zur Bezeichnung derjenigen Rechte, die nicht schon an sich Ansprüche sind d. i. der dinglichen Rechte, aus dem

5) vgl. den primus contractus in l. 1 §. 13 D. dep. 16, 3.
6) S. 252. 2. Alin. S. 248 unten u. fg.
7) z. B. l. 49 §. 1 D. r. v. 6, 1.
8) so „vindicandi potestas" in l. 215 in f. D. v. s. 50, 16.

Actionengebiete nur der der wirklichen Action fernerliegende Ausdruck jus vindicandi, prohibendi entnommen, häufiger aber zu den rein materiellrechtlichen Bezeichnungen dominium, servitus etc. gegriffen wurde.

Nur an dieses jus vindicandi, dieses Klagrecht niederster Potenz konnte gedacht sein, wenn wir Identität des Klagrechtes auch mit dem meum esse, d. i. mit dem Wesen und Fundament der dinglichen Rechte in Anspruch genommen haben.

IV. Prozeß.

§. 93.

Einleitung: Formaler und sachlicher Prozeß.

In Betreff derselben Sache soll nur einmal geklagt werden können — Eine Sache, Eine Klage —, ein Axiom, welches außerhalb unserer Quellen für die straf- wie für die civilrechtliche Action [1]) in gebundener Form (bis de eadem re ne sit actio) [2]), innerhalb unserer Quellen dagegen für unsere Actionen zwar ungebunden, hinwider aber nicht blos in einzelnen Schlagwörtern (eadem res), und Anspielungen [3]), sondern auch grundsätzlich vorkommt [4]). Die Annahme einer gesetzlichen Sanction des Satzes fällt vom Standpunkte unserer Quellen aus gleichwohl schwer [5]); die nichtjuristischen Quellen, welche lieber die Gesetze, als die Juristen am Anfang der Dinge denken, sind leichter bei der Hand [6]).

---

1) ob nicht sogar für die publicistischen Actionen fragt Quinctil. declam. 260. arg. mit der Antwort: publicas actiones majores esse quam ut cadant actione.

2) Bekker, die proz. Consumtion, Berlin, 1853. S. 21. §. 23. Krüger, proz. Conf. und Rechtskraft des Erkenntnisses, Leipz. 1864 S. 2. Anm. 3. Vor diesen Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, Göttingen, 1844 S. 3 fgg. Besonders am Ende des §. 2.

3) z. B. Gaj. 4, 98 — periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur — u. 4, 108 Anm. 4.

4) l. 6 D. exc. r. jud. 44, 2. Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit — für die Legisactionen Gajus 4, 108: qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat.

5) wegen l. 18 §. 4 D. dolo 4, 3 s. Krüger S. 3. Anm. 8. gegen Bekker S. 27; wegen l. 16 C. ad leg. Jul. adult. 9, 9. Rudorff, RG. II. §. 78. Anm. 1. a. E. gegen Boeschmann, Schletters Jhb. II. S. 189.

6) s. die zwei Stellen des Rhetors C. Julius Victor c. 3 §. 10 c. 4

Einen zwingenderen und darum besseren Grund aber, als den l. 6 D. exc. r. j. 44, 2 ausspricht [7]), und der darauf hinausläuft, daß er ein nothwendiges Uebel ist, hat der Satz nicht [8]).

Die für uns so wichtige Folge des Satzes aber besteht darin, daß der Proceß, den die Klage als Klagshandlung durchläuft und durchlaufen muß, ein „Prozeß" zugleich für die Klagssache ist; daß der Civilprozeß kein blos äußerer, formaler, sondern zugleich ein innerer, seinen Gegenstand innerlich ergreifender, verzehrender, verwandelnder Prozeß ist. Kann nämlich in derselben Sache nur einmal geklagt werden, so muß

die Durchführung der Klage zugleich Aufzehrung des Klagrechts (Consumtion, s. g. prozeßualische Consumtion) — §. 94

für den Fall, daß an Stelle des consumirten Klagerechts (Anspruchs) durch obligatorische Prozeßhandlungen ein neuer Anspruch tritt, eine Art Novation (s. g. novatio necessaria) da — §. 95

mit dem einmaligen Urtheil ein für allemal judicirt (judicatum, res judicata) §. 96

das einmal gefällte Urtheil, woferne es nicht nur unter den Parteien, sondern allgemein gelten soll, in eben dieser Sache auch seinem Inhalte nach maßgebend, also formell wahr sein (s. g. Rechtskraft des Urtheils, res judicata pro veritate accipitur) — §. 99.

Andere Prozeße des Klagrechts knüpfen nicht mehr an die Einmaligkeit der Klage, sondern an die bloße Thatsache an, daß es zur Klage gekommen ist (§. 100).

---

§. 8 allegirt von Krüger S. 4: — ex lege praescribunt — quum lege cantum sit, ne bis de eadem re agere liceat — zu dem »scriptum est« von Quinct. inst. VII, 6, 1. vgl. aber das apud veteres scriptum z. B. Gaj. III. 180

7) Fortsetzung zu Anm. 4 — ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur; parere ergo exceptionem r. j. frequens est.

8) s. dagegen Bekker, S. 5. S. 118 „daß das erste Entstehen (der Regel) . . . aus einer Grundanschauung von der Bedeutung und Autorität des gerichtlichen Verfahrens selber hervorgegangen." Hinwider Krüger S. 6. Planck, S. 3.

§. 94.

Die prozeßualische Consumtion.

So wenig als die s. g. novatio necessaria ist unsere „Consumtion“ [1] ein allmäliger, die Durchführung der Klage Schritt für Schritt begleitender, gleich jener ist sie ein acuter, mit einem gewissen Akte der Action eintretender Effect [1a]; bis zu diesem Akte bleibt Wiederholung, Aenderung der Klage von jeher möglich [2], und kommt es noch vor demselben zum Verluste des Klagrechts, so ist nicht die Durchführung, sondern Versäumung derselben daran Schuld [3].

Der Akt, mit welchem sie eintritt, ist die Litiscontestation [4], in Ansehung des ursprünglichen Klagrechts nur die Litiscontestation, und nicht überdies das Urtheil. Daß mit dem Urtheil, wenn irgend etwas, nurmehr das durch die novatorische Seite der Litiscontestatio geschaffene klägerische Recht consumirt wird, ist so sicher, als daß dasjenige was bereits consumirt ist, nicht abermals consumirt werden kann [5]. Ist nun aber dieses nach der Litisc. und vor dem Urtheil existirende klägerische Recht „auf jeden Fall niemahls eine actio“, eine Exceptio ohne actio „Unsinn“, mithin von einer consumirenden Beziehung der exceptio rei judicatae auf eben dieses klägerische Zwischenrecht zu reden gleichfalls

1) das Wort s. Anm. 4, 6.

1a) Gaj. 4, 106 — si . . . peractum sit — 107 — si . . . actum sit — 108. qua de re actum sit semel — l. 1 C. litisc. 3, 9. Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. —

2) l. 3 C. de edendo 2, 1 l. 16 l. 17 D. procur. 3, 3. cf. l. 4 §. 5 D. quod cum eo 14, 5. Bayer, Civilproc. §. 171. Wirft aber nicht satisdatio judicio sisti für Litiscontestation? l. 5 D. exc. r. j. 44, 2. S. hingegen l. 10 §. 2 D. si quis caut. 2, 11. Besonderheit: l. 9 §. 3 D. nox. act. 9, 4. Vgl. Bland, S. 6, b.

3) Nov. 112. c. 3 §. 1 §. 2.

4) Zu dem actum bei Gaj. a. a. O. vgl. denselben III. 180. 181. IV. 123 und zu diesem rem in judicium deducere wiederum Gaj. 4, 131 — totam obligationem . . in . . judicium deducimus, et (131a) . . . per litiscontestationem consumitur — § 10 J. exc. 4, 13 — temere rem in judicium deducebant et consumebant — l. 1 C. litisc. cit. Keller, Litisc. u. Urtheil. Zürich 1827. S. 108. Anm. 7.

5) Keller a. a. O. S. 208 fg.

unstatthaft, so gelangt man zu einer Consumtion durch exceptio r. jud. auch dadurch nicht, daß man den „materiellen Inhalt der ersten Obligatio, nicht aber die durch die L. C. hinzugekommene sehr unbedeutende und bloß formelle Zuthat den Hauptgegenstand der zerstörenden Wirkung der zweiten Novatio" sein läßt (Keller, S. 209). Denn ist die ursprüngliche O. bereits consumirt, so kann man sie nicht einmal mehr zum Nebengegenstand, geschweige denn zum Hauptgegenstand der zweiten Consumtion machen. Es bleibt daher nur übrig zu sagen, daß mit dem Urtheile zwar immerhin eine Consumtion (des condemnari oportere), diese Consumtion aber nicht der Grund der exceptio rei judicatae, sondern nur die negative Seite der durch das condemnatorische Urtheil begründeten Novation, die exceptio rei judicatae dagegen von all der bisher erwähnten Consumtion unabhängig und in etwas ganz anderem begründet sei (§. 96) — worauf im wesentlichen Keller selbst an einem anderen Orte (§. 26 Anm. 3) hinauskommt.

Die praktische Bedeutung unserer Consumtion besteht im allgemeinen darin, daß nachdem das Klagrecht einmal zerstört ist, in derselben Sache nicht abermals geklagt werden kann [6]). Daß und warum späterhin diese Folge nicht mehr vor allen Gerichten und nicht mehr in allen Fällen ipso jure platzgriff, daß und warum die Consumtion selbst für das „echte Ding" (legitimum judicium) jetzt nur mehr in Fällen der in personam und in jus concipirten Klage ipso jure, sonst überall nur ope exceptionis (rei in judicium deductae) statthatte [7]), darf uns hier weniger beschäftigen [8]), als die Thatsache, daß diese mit der L. C. eintretende Consumtion in der Justinianischen Compilation hinter der exceptio rei judicatae weit zurücktritt; daß diese es ist, welche ihre eigenen Titel und ihre Commentare hat, während der

6) Gaj. 3, 181 cf. 4, 106, 107. 131a — obligatio . . . . per litisc. (intentiones) consumitur, ut postea nobis agere volentibus nulla supersit actio l. 13 pr. D. inst. 14, 3 — consumta estactio, nec amplius agere poterit. —

7) Gaj. II. citt. u. IV. 121. 123.

8) s. darüber Keller, a. a. O. S. 114—120. Krüger, a. a. O. §. 5 S. 26 - 28. §. 6 und besonders §. 7. Buchka, d. Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Streitverhältniß 1846. §. 1.

Name der „exceptio rei in jud. deductae“ nirgends, die Sache aber kaum einmal noch entgegen der einfachen Wiederholung der Klage, wohl aber entgegen der in der Klagsart oder in den Personen veränderten Wiederholung der Klage vorkommt [9]). Es erklärt sich aber diese Erscheinung schon vom Standpunkte des materiellen Rechtes weithin wenn man bedenkt,

1. daß wenn es einmal zum Urtheil gekommen war, die exceptio rei judicatae dieselben, und wie sich §. 96 zeigen wird, noch mehr Dienste leistete als die exceptio rei in jud. deductae oder überhaupt die Berufung auf Consumtion durch Litiscontestation, daß mithin da wo der Prozeß bis zum Urtheil gediehen war, die exc. rei jud. sich als das Generalmittel gegen den Wiederbeginn des Prozeßes darbot, so denn vor allem da statthatte, wo der Kläger um ein günstigeres Urtheil zu erzielen, die Klage einfach wiederholte, und exc. rei in jud. deductae genügt haben würde [10]), — daß ferner

2. da, wo die Klage bis zur Litiscontestation, aber nicht bis zum Urtheil gediehen, gegen Erneuerung derselben also nur exc. rei in jud. deductae möglich war, die Consumtion mit Ausnahme der Anm. 9 citirten Fälle antiquirt worden ist. Da nämlich die Sachfälligkeit, welcher der Kläger wegen pluspetitio unter-

9) alia actio: l. 28 §. 4 in fin. D. jurej. 12, 2 — per alteram actionem altera quoque consumitur (in bedenklicher Cumulation der hiemit ipso jure oder ope exc. rei in jud. ded. begründeten Befreiung mit der exc. jurisjurandi) — l. 38 §. 1 D. pro soc. 17, 2 — et altera actione alteram tolli — l. 4 §. 5 D. quod cum eo 14, 5 l. 9 §. 1 D. tribut. act. 14, 4; nicht hieher l. 11 § 7 D. instit. 14, 3; inwiefern die von Keller S. 110. S. 243. hieherbezogene l. 5 D. exc. r. j. 44, 2 nicht ebensowohl im Sinne der exc. r. j. verfaßt? — — andere Personen: Correalität l. 31 §. 1 D. novat. 46, 2 — unum (judicium petentem) totam rem in litem deducere — l. 2 D. duob. reis 45, 2 — petitione unius tota solvitur obligatio l. 5 D. fidej. 46, 1 — ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur — cf. l. 13 l. 52 §. 3 l. 71 pr. eod. l. 1 §. pen. D. exercit. 14, 1 — si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest; — Procuratur u. Vormundschaft: l. 22 §. 8 D. rem ratam 46, 8 l. 23 D. tut. rat. 27, 3 wo die dem ipso jure (summoveri, liberatum esse) entgegengesetzte exceptio rei judicatae leicht an Stelle der exceptio rei in jud. ded. interpolirt, das ipso jure summoveri etc. aber nur von der durch Litisc. herbeigeführten Consumtion verstanden sein kann (arg.: convento herede — si procurator judicium ediderit — cf. l. 22 D. adm. tut. 26, 7.

10) vgl. Keller S. 109. 209. 235.

lag, abgeschafft ist, und (gegen Schadensersatz und Strafen) sein wirklicher Anspruch trotzdem es bis zum Urtheil gekommen salvirt wird [11]), so kann von nun an die Richtigstellung der Klage oder deren einstweilige Zurückziehung noch vor dem Urtheil (es sei nun mit oder ohne Schadensersatz und Strafe) unmöglich versagt worden sein. Das wäre aber der Fall gewesen, wenn gegen Klagsänderung oder Klagserneuerung Consumtion oder exc. rei in jud. deductae stattgehabt hätte. War aber Klags-Aenderung und Erneuerung in diesen Fällen erlaubt, so läßt sich schwer denken, daß sie noch vor dem Urtheil nicht auch noch in anderen Fällen erlaubt worden sei [12]); nur daß nach der Litisc. auch der Uebergang von einem genus actionis zu einem anderen oder von Person zu Person statthaft geworden sei muß nach Maßgabe der Anm. 9 citt. Stellen verneint werden. In so weit wäre die Consumtion durch LC. nur noch für Aenderung der Klagsart und für den Fall der Erneuerung der Klage unter Aenderung der Personen stehen geblieben, ihr so sehr geschmälertes Gebiet aber durch l. 28 C. fidej. 8, 41 noch mehr verengt worden.

Aber warum oder inwiefern wenigstens in diesen Fällen noch Consumtion durch LC., und warum nicht wenigstens für diese Fälle noch exc. rei in jud. deductae?

Dies dürfte befriedigend nur von der Geschichte des späteren Prozesses aus, und zwar auf Grundlage der Planck'schen Darstellung zu erklären sein. Denn darnach [13]) hörte mit dem ordo judiciorum privatorum der Formelertheilung, der Trennung in jus und judicium, die Litiscontestation auf der Akt zu sein, der sie nach jenem Prozeßsysteme gewesen war: ein (praetorisches, bedingtes) Urtheil; es bleibt nur Ein Richterspruch, der am Ende des Verfahrens, die sententia definitiva; zwar gibt es noch Zwischenbescheide, allein sie sind nur prozeßleitend, ohne entschei-

11) §. 33 J. act. 4, 6 §. 9 J. exc. 4, 13 leges restitt. 1 u. 2 C. pluspet. 3, 10. vgl. oben §. 83 Anm. 12.

12) vgl. Planck, a. a. O. S. 12 Nr. 1.

13) a. a. O. S. 4. Nro. 1, S. 12—16. Nur annähernd Krüger §. 26, nicht entfernt Wächter, zwölfte Erörterung S. 35. III. und Savigny („scheint vielmehr allmälig abgestorben zu sein, so wie dürres Laub abfällt" S. 277 unten u. fg.); widerstrebend Buchka, Bd. 2, S. 5—7.

bende, conſumirende Kraft[14]); das judicium worein res deducirt wird, iſt nurmehr das Endurtheil, eine exceptio kann ſich nur noch an das Endurtheil (rei judicatae), nicht mehr an die Formelertheilung oder Litisc. anſchließen, die kein judicium (Urtheil) mehr iſt.

So wäre erklärt, weshalb exc. rei in jud. deductae verſchwunden iſt. Wenn dann aber gleichwohl in zwei Fällen noch von Conſumtion die Rede iſt, ſo darf hiebei im Sinne des ſpäteren Rechtes nicht mehr an die Conſumtion alten Sinnes, ſondern nurmehr an Conſumtion weiteren Sinnes, in welchem die Zahlung und alles was aufhebt, tilgt, zugleich „conſumirt, perimirt ꝛc.“[15]), gedacht werden. Da nun in beiden Fällen Kläger die Wahl hat, mit welcher Klage, oder gegen wen er klagen will, und jeder der mehreren Kläger, wer will, klagen kann, ſo dürfte *im Sinne des neueren Rechtes* die Conſumtion durch LC. nurmehr Conſumtion durch die in der LC. liegende Wahl, nicht mehr Conſumtion durch judicium bedeuten.

§. 95.

S. g. novatio necessaria.

I. Die *Litiscontestation* hatte keine bloße Conſumtion, ſondern auch eine gewiſſe Poſition, eine bis dahin nämlich noch nicht dageweſene Bindung und Gebundenheit der Parteien zur Folge. Activ und paſſiv iſt das Schickſal des zwiſchen ihnen erhobenen Anſpruchs auf etwas außer ihnen, den Entſcheid eines Dritten, überdies eines nunmehr gewiſſen Dritten geſtellt. Auch von hier aus kann man zu dem Paradoxon gelangt ſein, daß ſelbſt Satisfaction in der Zwiſchenzeit an der Sache nichts änderen, die Pendenz nicht aufheben könne[1]). Dieſe Bindung und Gebundenheit beruht in keinem Vertrag, überhaupt nicht im Privatrecht, ſondern auf dem Gerichtsbann, kraft deſſen einerſeits der Kläger ſein Recht ſtreitigen Falls nur vor Gericht ſuchen (§. 82), ander-

14) — nec causam ullam interlocutiones plerumque perimunt. l. 9 C. sent. et interlocut. omnium judicum 7, 45.

15) z. B. l. 5 D. fidej. 46, 1 l. 1 pr. D. novat. 46, 2. vgl. Krüger, S. 207.

1) Gaj. 4, 114 cf. §. 2 J. perp. et temp. act. 4, 12 vgl. oben S. 288. Nro. 4; unten §. 100. Anm. 162.

seits der Beklagte, bei Vermeidung des Ladungszwangs [2]) oder der Vermögensexecution sich vor Gericht vertheidigen [3]), und das Gericht annehmen (judicium accipere) muß [4]). Bei den Ausdrücken judicium accipere, suscipere, actionem accipere, excipere, suscipere, litem suscipere u. s. f. [5]) ist an keine Vertragshandlung des Beklagten mit dem Kläger zu denken, durch welche er als durch einen eigenen Pact die Competenz des Gerichtes und seines künftigen Urtheils freiwillig begründet, sondern an den gesammten Complex seiner Vertheidigungshandlungen bis zur LC., an sein Erscheinen in jure, an sein negirendes, excipirendes „Eingehen" auf die edirte actio; das alles zusammen, aber auch nur das heißt judicium accipere, ist contentio nicht conventio [6]), Unterwerfung unter das Gesetz und den Magistrat, nicht Vertrag [7]). Die Litiscontestation selbst ist seitens der Parteien wesentlich und von jeher nichts anderes gewesen als der Abschluß des beiderseitigen intendere, contendere und dieses auch geblieben [8]), mithin kein Vertrag, sondern jene erste gerichtliche Auseinandersetzung der Parteien, welche selbst eine Folge des Gerichtsbannes, und für die nun folgende Gebundenheit der Parteien nicht der Grund, sondern Bedingung und Zeit (Anfang) ist.

Indessen ist das was sich mit dem Urtheil entscheidet rein privatrechtlicher Natur, im Falle der Condemnation eine wahre Obligirung und Obligation; dadurch erscheint dann, gewissermassen von rückwärts, die Litiscontestation als obligationenwirkende Thatsache, contrahere im weitesten Sinne des Worts [9]), die mit ihr

2) D. de in jus vocando 2, 4 C. 2. 2; D. si quis in jus vocatus non ierit 2, 5; D. in jus vocati aut eant, aut satis vel cautum dent 2. 6.

3) §. 80. Anm. 15.

4) z. B. l. 43 §. 6 l. 44 l. 45 pr. l. 73 D. procur. 3, 3 »cogi judicium accipere« — l. 25 l. 28 §. 2 D. de judiciis 5, 1 l. 71 §. 2 D. legat. I. etc. Keller, a. a. O. S. 55. Anm. 32.

5) s. diese Ausdrücke nachgewiesen bei Keller, §. 6. Anm. 3—8.

6) l. 83 §. 1 D. v. o. 45, 1, — stipulatio ex utriusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur — und die Anm. 16 gedruckte l. 26 §. 2 D. jurej.

7) Hiegegen neuestens wieder Bekker, Aktionen, Bd. 2. S. 181 hinwider Keller, Civilpr. Nr. 723, Savigny, Syst. Bd. 6. S. 31 unten.

8) Keller LC. u. U. §§. 1–6, u. vgl. hieher denselben besonders S. 54. Nro. 9.

9) l. 22 D. tut et rat. 27, 3; ob in l. 3 §. 11 D. pec. 15, 1 (judicio contrahi) nicht blos an Judicat gedacht ist? vgl. dazu Bekker

eintretende Gebundenheit gleichfalls als etwas Obligationenartiges (condemnari oportere)[10], und die Gesammtwirkung der Litiscontestation, die consumirende und die contrahirende, als ein Ding, was mit der Novation zusammengestellt[11], verglichen[12], wohl auch einmal als „novirend", und in Verbindung mit Mandat als „Delegation" bezeichnet wird[13]. Ein bündiger Beweis, daß man in der Litisc. schlechthin eine novatio, und zwar eine necessaria im Gegensatze zur voluntaria erblickt habe[14], läge in l. 29 cit. (Anm. 12), wenn voluntariae nicht ebensowohl blos „beschreibend" (und motivirend — novationis quae s. quippe quae est voluntaria), als „unterscheidend" (novationis illius quae est voluntaria) sein könnte[15]. So dürfte eben der Umstand, daß der „Novation" dort der freie Wille, der consumirenden und obligirenden Wirkung hier dagegen eine gewisse höhere Nothwendigkeit zu Grunde liegt, der Subsumtion der LC. unter die Novation hinderlich im Wege gestanden sein[16]. Jedenfalls liegt in ihm der Grund, daß die LC. mit der Novation nicht blos verglichen, son-

a. a. O. S. 179 Anm. 13. Cic. de legib. III, 3, 6 Lites contractas judicanto — cf. l. 5 §. 2 D. pec. 15, 1 Si . . . juratum sit, de peculio danda est actio, quasi contractum sit, l. 10 §. 3 D. de in r. vers. 15, 3; ferner l. 41 D. adm. tut. 26. 7 — quod (tutor) . . dolo contraxit.

10) Gaj. III, 180, als Stoff für de in rem verso actio: l. 10 §. 3 D. h. t. cit. Bekker, a. a. O.; für Bürgschaft; l. 8 §. 3 D. fidej. 46, 1. Daß für die Activseite des condemnari oportere »actio judicati« (in l. 3 §. 11 cit. l. 8 §. 3 cit. — Bekker a. a. O.), gewagt; eher »actio« nach l. 2 §. 8 D. her. vend. 18, 4. — Zu der immerhin schwierigen Deutung das condemnari oportere vgl. Krüger, S. 47 Buchka I. S. 165 fgg.

11) Gaj. III 180 im Zusammenhalt mit 176—179. l. 22 D. adm. tut. 26, 7 — novare et rem in jud. deducere — l. 2 §. 8. D. her. v. act. vend. 18, 4 — si novaverit, vel in judicium deduxerit actionem.

12) l. 29 D. nov. 46, 2 Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti multa exempla ostendunt.

13) Vat. fr. §. 263 — nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit — l. 11 §. 1 D. novat. 46, 2. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

14) wie ihn namentlich Donellus Comm. j. c. lib. 16, c. 20 §. 36 führt.

15) Ribbentrop. de necessaria quam vocant, novatione Commentatio, Gottingae 1822, p. 17 Keller, L. u. U. S. 96. §. 9. Nro. 3. S. 95 fg.

16) l. 26 §. 2 D. jurej. 12, 2 Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar judicii.

dern in einem für das Wesen der Novation sehr bedeutsamen Betreff, nämlich in dem der Aufhebung, von derselben unterschieden wird, indem die Accessorien der bisherigen Schuld bei der Novation mituntergehen, bei der LC. nicht mituntergehen, hier naturalis obligatio übrigbleibt, dort nicht übrigbleibt [17]).

An die novationsartige Wirkung ist im Hinblick auf Forderungsklagen, und auch hier zunächst nur innerhalb jener engeren Schranken gedacht, in denen die Einmaligkeit der Klage ipso jure galt [18]). Allein außerhalb derselben ward ope exceptionis auch hier dasselbe bewirkt [19]); und bei den dinglichen Klagen unterliegt die petitio wesentlich demselben Schicksal wie bei der persönlichen die actio; annehmen daß sie wohl consumirt [20]), hingegen aber nichts an deren Stelle gesetzt werde, ist unzulässig [21]).

Umgekehrt kann Novation ohne Consumtion nicht gedacht werden [22]). Ist Consumtion durch Litisc. im späteren Rechte weggefallen (§. 94, 13 fgg.), so können wir auch von keiner Novation durch LC. mehr reden.

II. Wahrhaft obligatorisch wirkt das Urtheil, wenn es condemnatorisch ist. Denn die condemnatio des Richters ist nicht weniger causa obligationis, als die damnatio der Gesetze [23]), und die des Testators, Mancipators. Zum Beweise dient nicht nur der alte Spruch bei Gajus III, 180 [24]), die „obligatio judi-

17) l. 29 D. cit. — neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt l. 86 D. r. j. 50, 17 vgl. einerseits l. 18 D. novat. 46, 2 l. 11 §. 1 D. pign act. 13, 7, anderseits l. 22 D. tut. et rat. 27, 3 Keller, S. 100; — l. 60 pr. D. cond. ind. 12, 6, l. 8 D. comp. 16, 2.

18) Gaj. III 180.

19) Gaj. III 181.

20) Gaj. IV. 107 — Si . . in rem actum fuerit . . . exceptio necessaria est (aber auch locum habet) rei judicatae vel in judicium deductae.

21) wiewohl uns Keller, S. 117—120 darauf hinauszukommen scheint, und Gaj. III. 181 nur von einer indirecten consumtorischen, nicht von einer indirecten novatorischen Wirkung spricht. Im allgemeinenen vgl. Savigny, S. 34. fgg. Buchka I. §. 7.

22) wie dies bei Vangerow §. 160 geschieht.

23) vgl. oben §. 20 Anm. 1 u. 2.

24) — et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante l. c. dare oportere, post l. c. condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere — cf. l. 35 D. nox. act. 9, 4 »debet judicatum facere«.

cati“ [25]), welche in allen Wendungen und Anwendungen wiederkehrt [26]), und die „actio judicati“ [27]), sondern auch die Thatsache, daß die Condemnation, im Hinblick auf die mitunterlaufende Consumtion des condemnari opertere, abermals als eine Art Novation gedacht, bezeichnet, gleich der durch LC. behandelt und von der eigentlichen Novation unterschieden wird [28]).

Auch von der heutigen Verurtheilung, wenngleich sie nicht mehr primär auf Geld gerichtet ist, läßt sich eine obligatorische und so denn auch novirende Wirksamkeit nicht hinwegdenken [29]). Neben der „Judicatsobligation“ den ursprünglichen Anspruch fortdauern zu lassen [30]) (s. g. novatio cumulativa) hat keinen Grund außer in der Fortdauer der Accessionen (Anm. 17), die jedoch den Römern selbst als Utilität, nicht Consequenz erschien.

§. 96.

Exceptio rei judicatae.

„Wo keine zweite Klage über dieselbe Sache zugelassen wird, ist auch kein zweites Erkenntniß möglich“ [1]). „Eine Klage, und Ein Urtheil“, ist denn auch das Thema unserer Hauptstelle [2]).

25) l. 8 §. 3 D. nov. 46, 2 l. 3 §. 11 D. pec. 15, 1 l. 4 §. 7 D. re jud. 42, 1.

26) z. B. als Grund für actio de peculio und deductio: l. 35 D. nox. act. 9, 4 l. 3 §. 11 l. 9 §. ult. D. pec. 15, 1; unter den Activ- u. Passivobligationen, die der Erbschaftsverkäufer herausgeben oder ersetzt verlangen kann l. 2 §. 7 §. 8 D. her. vend. 18, 4; Ausschluß der cond. indebiti l. 36 D. fam. herc. 10, 2 l. 29 §. 5 D. mand. 17, 1; in der Rangordnung der Zahlungen l. 7 D. solut. 46, 3; stillschweigendes pactum d. n. p. l. 29 D. o. e. a. 44, 7; Folgerung daraus daß Geldschuld l. 37 §. 6 D. operis libert. 38, 1; Getheiltheit l. 59 §. 3 D. mand. 17, 1; Verwandlung in Credibum l. 40 pr. D. min. 4, 4.; Novation l. 4 §. 4 D. re jud. 42, 1.

27) Gaj. 4, 9, 171 Paul. R. S. I. 19 l. 7 D. solut. 46, 3; Paul. R. S. V. 5a. 8; l. 1 pr. D. quae sent. 49, 8; l. 6 §. 2 D. re jud. 42, 1 überhaupt Rudorff, de jurisd. ed. §. 196. Bekker, a. a. O. S. 185 fgg.

28) Gaj. III. 180 (Anm. 23) l. ult. pr. C. usur. rei jud. 7, 54 — — si enim novatur judicati actione prior contractus — cf. l. 13 §. 4 l. 16 §. 6 D. pign. 20, 1 l. 37 §. 6 D. operis libert. 38, 1 Keller §. 25.

29) Vgl. Savigny, Syst. Bd. 5. S. 325 Buchka II. S. 77, S. 211, wogegen namentlich Wächter, a. a. O. S. 47.

30) Unger, Syst. d. östr. Privatr. Bd. 2, dritte Aufl. §. 133, S. 678. Seuffert, pract. Pandr. 4. Aufl. §. 295.

1) Bekker, proz. Cons. S. 5.

2) l. 6 D. exc. r. jud. 44, 2 in §. 93. Anm. 4.

Folgerecht hat der Streit mit dem Urtheil ein „Ende", das Urtheil ist ein „finis litis" [3]), und bildet als solcher, ganz abgesehen davon, ob eine Klagenconsumtion vorausgegangen oder nicht, einen Grund gegen Wiederanfang des Prozesses [4]). Also das daß judicirt ist, nicht das was judicirt ist, bildet die Vertheidigung gegen den Wiederanfang des Prozesses, den Grund der exceptio rei judicatae. Schon der Name exc. r. j. bedeutet eine Berufung darauf daß, nicht darauf daß so und so judicirt ist. Desgleichen ihre Formel [5]). Es gibt zwei Fälle der exc. r. jud., welche nicht denkbar wären, wenn der „Inhalt" oder die „formelle Wahrheit" des Urtheils für diese exceptio maßgebend, und der „Widerspruch" zwischen diesem und der nunmehrigen Klage Bedingung der exc. r. j. wäre; es ist dies der Fall da der siegreiche Kläger abermals klagt [6]); dann der, da man zuvor auf das Ganze, dann auf den Theil klagt [7]). Anderseits giebt es keine Fälle, in denen die Statthaftigkeit der exceptio nicht schon nach ihrer „negativen Funktion", d. h. auf Grund lediglich des, daß judicirt ist, begründet wäre. Dies gilt vor allem von den für das Gegentheil angeführten Fällen der l. 40 §. 2 D. procur. 3, 3 l. 15 l. 19 l. 30 §. 1 D. h. t. (Keller, S. 224—229), da bei dinglicher Klage der zuvor unterlegene Beklagte nun seinerseits klagt, und exceptionem r. j. befährt, — nirgends mit einem Anhauch daran, daß „seine Klage mit dem Urtheil in Widerspruch stehe", sondern überall unter ausdrücklicher Berufung darauf, daß über gegenwärtige Klage bereits in dem früheren Urtheile (stillschweigend, ex diverso) judicirt sei. Ausdrücklich heißt es in l. 19 cit. in fin., daß Kläger dieselbe Frage wiederbringe, die schon abge-

3) l. 6 cit. »unumque judicati finem« — l. 1 D. re jud. 42, 1 Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit — l. 13 §. 2 l. 32 §. 16 D. rec. 4, 8 etc. vgl. §. 111.

4) So im wesentlichen, und klarer als sonst, aber nicht in Uebereinstimmung mit seinen anderweitigen Diatriben (s. unten Anm. 21) Keller S. 207. Anm. 3.

5) l. 9 §. 2 l. 11 §. 3 D. h. t. »At si ea res non judicata sit inter me et te — « wogegen Krüger, S. 140, hinwider Pland, S. 539.

6) l. 9 §. 1 D. h. t. »replicare eum debere de re secundum se judicata« — l. 16 §. 5 D. pign. 20, 1.

7) l. 7 pr. — §. 3 l. 21 §. 1 §. 2 l. 26 §. 1. l. 30 pr. D. h. t. So früher auch Bangerow, „neueste Auflage" 1848 I. §. 173. Anm. III.

urtheilt sei, und daß ihm deswegen die exc. entgegenstehe. Windscheid tritt dieser Auffassung nicht entgegen, hält sie für möglich, macht aber geltend, daß wenn lediglich das Dasein des Urtheils zur Begründung der exc. ausreichend wäre, unser Kläger auch dann, wenn er zuvor freigesprochen worden, abgewiesen werden müßte, während dies nach den ausdrücklichen Distinctionen von l. 30 §. 1 u. l. 15 cit. nicht der Fall ist[8]). Allein wo der nunmehrige Kläger in Eigenthums- u. dgl. Klagen vorher absolvirt worden, ist über seine gegenwärtige Klage nicht judicirt worden; es ist judicirt worden, daß (der damalige) Kläger nicht Eigenthümer sei, womit über die nunmehrige Klage des damaligen Beklagten lediglich nicht judicirt ist, weder daß er Eigenthümer sei, noch daß er es nicht sei[9]). Zwar muß, damit klar werde, ob judicirt sei, stets gefragt werden, worüber judicirt sei, in den Fällen obiger Art sogar was judicirt ist, so daß nicht blos das Dasein, sondern auch Gegenstand und Inhalt des Urtheils zur Frage kommt oder kommen kann; allein das ist schon nothwendig oder kann nothwendig werden, um die Identität der Sache, worüber jetzt geklagt und zuvor gesprochen ist, festzustellen; es ist nothwendig für die Fälle, in denen es sich entschieden um nichts anderes handelt, als um das Dasein des Urtheils; die Behauptung, daß es sich in anderen Fällen, in denen wegen Widerspruchs der Klage mit einem früheren Urtheil eine exceptio platzgreifen könnte, um eben diesen Widerspruch handle, kann darauf nicht gegründet werden[10]). — Dasselbe gilt fernerhin auch von den Fällen, in denen exc. r. j. gegen denjenigen stattfindet, welcher seine Forderung zuvor compensando vorgebracht hat und nun einklagt. Allerdings findet exc. r. j. hier nur statt, wenn die Gegenforderung verworfen wurde[11]), also nur bei bestimmtem Inhalte des Urtheils; allein dies nicht deswegen, weil hier ein

8) Die Actio d. röm. Civilrechts, S. 85.

9) l. 15 cit. — Si vero meam non esse (pronuntiatum est), nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua. l. 30 §. 1 cit. — nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videtur.

10) Hierüber am besten Windscheid selbst, Actio: S. 84 fg.

11) l. 8 §. 2 D. neg. gest. 3, 5 l. 7 §. 1 D. comp. 16, 2 l. 1 §. 4 D. contr. tut. 27, 3 vgl. unten §. 98. Anm. 27.

Widerspruch mit dem früheren Urtheile vorliegt [12]), sondern weil es im anderen Falle, da der Richter anerkannte und deducirte, wegen eingetretener Satisfaction, einer exceptio gar nicht bedurfte, die Gegenforderung vielmehr ipso jure getilgt war.

Indessen sei „nach den Quellen" eine exceptio r. j. auch noch da anzuerkennen, wo der gegenwärtige Anspruch in der früheren Klage nicht als solcher, sondern als „Voraussetzung" des dort erhobenen Anspruches verhandelt und verworfen wurde (z. B. Klage auf eine meinem Grundstücke zustehende Servitut, dann rei vindicatio), — ferner da wo die Voraussetzung des gegenwärtigen Anspruches in der früheren Klage als Anspruch erhoben und verworfen wurde (zuvor rei vindicatio, dann Servitutenklage), — endlich da wo die Voraussetzung des gegenwärtigen Anspruches in der früheren Klage als Voraussetzung eines anderen Anspruches abgewiesen wurde (nach einander Klagen auf verschiedene Servituten zu demselben Grundstück). Diese Anwendung der exc. r. j. sei nur nach ihrer positiven Funktion, vom Gesichtspunkte des Widerspruches aus begreifbar, da man den Muth, die exc. überall hier selbst dann zuzulassen, wenn zuvor im Sinne des gegenwärtigen Klägers judicirt sei, nicht haben werde. So Windscheid in neuer Redaction und Begründung der Savigny'schen Lehre über Rechtskraft der Urtheilsgründe (Syst. Bd. 6. §§. 291. 298) [13]). Hiegegen muß nun aber immerhin zunächst geltend gemacht werden, daß die exc. r. j., wenn sie für die gedachten Fälle begründet sein sollte, doch auch in diesen vom Standpunkte nicht sowohl des Muthes als der Logik aus überall in ihrer negativen Funktion möglich, und nach den Anm. 6 citt. Stellen sogar nothwendig wäre. Allein zuvor fragt sich, ob sie in denselben wirklich statthat, und da kann denn die große Zweifelhaftigkeit ihrer Statthaftigkeit nicht verkannt werden, wenn man bedenkt, daß 1) anstatt der Ansprüche selbst das grenzenlose Ding der Voraussetzungen zu der res erhoben wird, über welche nur einmal oder doch nicht widersprechend geklagt werden dürfe, daß

12) Krüger, S. 149 unten fg. Windscheid, P. §. 130, 21.
13) Actio S. 87—112. S. 104, Alinea 3. vgl. Lehrb. §. 130. 5. a. u. b.

dann auch bloße Thatsachen zu dieser res werden, und daß denn Windscheid, um doch den „Anspruch" als die res der res judicata aufrecht zu halten, auch „schon das einen Anspruch nennen muß, wenn irgend eine Thatsache behauptet wird, welche die Grundlage eines weiter in Anspruch zu nehmenden Rechtes zu bilden geeignet ist"[14]); daß 2) die Statthaftigkeit der exceptio in jenen Lagen nur „nach den Quellen anerkannt" d. h. lediglich durch Folgerungen angenommen werden soll, direct aus keiner Stelle entnommen werden kann; daß 3) Savigny gegen viele Stellen, auf die er sich sollte stützen können, „vertheidigt werden" muß[15]), daß andere nach Windscheids eigenem Urtheile unverläßlich, oder doch nicht ganz verläßlich, nach unserem nicht hieher gehörig sind[16]), daß an sicheren Belegen für die 1. u. 2. Position nichts, und für die 3. eine einzige Stelle beigebracht wird, die zwar „vollkommen entscheidend", es aber nur durch einen Schluß a contrario, überdies aus der nach Text und Inhalt nicht näher untersuchten, u. E. ganz anders auszulegenden l. 1 D. h. t. sein soll[17]). Auf diesem Fundamente ruht eine Construktion, nach welcher jedes judicium, nebstdem daß es über seinen Gegenstand zum Judicat und damit zum Grunde einer exc. r. j. wird, überdies in Ansehung seiner Voraussetzungen zum praejudicium für beliebig andere spätere Klagen, wenn auch nur inter partes wird. Nach l. 1 C. ordin.

---

14) S. 101 — u. a. gegen l. 1 C. ordin. jud. 3, 8: — non de ea (scil. quaestione, welche die Grundbedingung der hereditas bildet), sed de hereditate pronuntiat.

15) l. 5 §. 8 §. 9 §. 18 D. agnosc. 25, 3 l. 1 C. ordin. iud. 3, 8 l. 17 D. exc. 44, 1 l. 23 D. h. t.

16) l. 7 §. 4 §. 5 l. 8 l. 11 §. 10 l. 22 l. 26 §. 1 D. h. t. l. 28 §. 4 l. 13 §. 2 D. jurej. 12, 2, und namentlich auch l. 33 §. 1 D. usfr. 7, 1. s. unten §. 98, 1.

17) Der Casus zur Glosse, die Basiliken, Jac. Constantinaeus, subtilium enodationum lib. 2. c. 13 (Otto, Thes. T. IV. 578), die heutigen Ausleger (Keller, S. 387. Anm. 11. cf. Savigny S. 474. Windscheid S. 103), machen aus licet ruptum. etc. dicatur testamentum ein quia dicitur ruptum etc., aus dem dicere der Klage (des Intestaterben — Dirksen, Man. h. v. §. 3) einen Entscheidungsgrund gegen die Legatsklage, aus dem Präsens licet dicatur das Präteritum quia dictum est. Zu vergleichen ist l. 12 pr. C. pet. her. 3, 31. Mit uns ältere Interpreten (Constantinaeus a. a. O.); »hereditati« statt libertati, bei Windscheid allem Anschein nach ein Druckfehler, wird uns zur Nothwendigkeit.

jud. 3, 8 darf das für hereditatis petitio competente Gericht in solcher judiciren, trotzdem es in status controversia, von der im concreten Falle die Entscheidung abhängt, nicht competent wäre, wenn sie als eigene Klage (Präjudicialklage) aufträte; das hat Sinn, wenn das Erkenntniß nur in Betreff der hereditas, in Betreff des Status dagegen nicht zum Judicat wird. Denn damit wäre das Gericht über den status nicht blos zu dem bestimmten Zweck, sondern über den status als solchen competent geworden. Nach l. 5 §. 9 D. lib. agnosc. 25, 3 darf aus gerichtlich erkannter väterlicher Alimentationspflicht kein Präjudiz für Vaterschaft entnommen werden, weil nicht pronuntiatur filium esse, sondern ali debere; nicht blos das summatim, sondern daß über die Vaterschaft nur als Voraussetzung, nicht als Gegenstand, nicht im Tenor, erkannt wird, hindert die Präjudicialität (vgl. Buchka, I. S. 307).

Also verharren wir entgegen der herrschenden Annahme [18]) bei dem „Grundgedanken" [19]) der Bekker'schen Theorie: daß die exc. r. j. so wie eine einnamige und einfach formulirte, auch eine einheitlich gedachte, und zwar lediglich von der sg. negativen Funktion sei. Hinwider möchten wir nun aber auch gegen Bekker [20]) geltend machen, daß die exc. r. j. ebensowenig mit der „Consumtion" als mit der formellen Wahrheit oder dem Inhalt des Urtheils zu thun hat. Wir meinen die Consumtion, deren erstes Stadium in der Litiscontestation, und deren zweites im Urtheil ist (§. 94), mag man sie nun mit Keller, Wächter, Savigny u. A. aus der Novation, oder mit Planck, Bekker, Krüger S. 49 aus dem bis ne de eadem etc. ableiten. Denkt

18) Keller §. 28 Civilpr. §. 62 Savigny Bd. 6. §. 282. §. 283 besonders ab init. dieses §.; Arndts §. 116. Anm. 4 Puchta, P. §. 99 Wächter, Erört. III. S. 42 fgg. Bangerow §. 160. Baron, P. S. 217 unten. Krüger, §. 20 und so fast Alle. Dagegen außer Dernburg in der Recension Bekkers, Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 347 fgg. kaum irgend wer, vielleicht Buchka trotz des gegentheiligen Anscheins im Eingange von §. 11, Planck, S. 539 („erst folgeweise"), Rudorff R. G. II., §. 78. 5.

19) Windscheid, Actio, S. 87: „Bekker muß sich mit dem Ruhme begnügen, ein wohlgeschriebenes und im Einzelnen vieles Treffliche enthaltendes Buch geliefert zu haben, dessen Grundgedanke falsch ist".

20) Consumtion S. 9 Alinea 2, S. 10 Alinea 1. „exc. r. j. und die anderen Organe der Klagenconsumtion" Alinea 2 S. 13.

man unter Consumtion allgemeiner Aufhebung (§. 94, 15), dann ist exc. r. j. von Consumtion freilich untrennbar; denn sie selbst ist Aufhebung, indirecte Aufhebung eines Klagrechts, und mit ihrem Grunde, dem Judicat, ist auch schon diese Aufhebung da[21]). Allein von dieser technisch nicht so genannten Consumtion ist die technisch so genannte und unter der sg. prozeßualischen Consumtion[22]) gemeinte so ziemlich in allen Stücken verschieden. Letztere nimmt ihren Ausgangspunkt von der Action des Klägers, der rem in judicium „deducirt", damit seine Action exerciert und consumirt; jene nimmt ihn im Richter, der judicirt und damit allem Prozeß in dieser Sache sein Ende bereitet (Anm. 3); — entsprechend der Zweigliederung der actio ist die durch Aktion erfolgende Consumtion selbst zweigliedrig, stufenweise mit der Litisc. u. mit dem Urtheil eintretend (§. 94, 3, 4); die durch das Urtheil ist einmal und auf einmal da; — jene hat einen zweifach, nach dem Zustande vor und nach der LC. unterschiedenen Gegenstand (dare oportere, condemnari oportere); diese hat gleich dem Urtheil den Anspruch nur in Einer Gestalt, in der zur Zeit der Litisc. (§. 100) zum Gegenstand; — jene hat, da der Kläger nur seinen eigenen Anspruch in judicium deduciren kann[23]), nur des Klägers Anspruch zum Gegenstand; diese dagegen ergreift, weil das Urtheil in gewissen Klagen, indem es dem Kläger zuspricht, nothwendig dem Beklagten abspricht[24]), möglicherweise den Anspruch des Beklagten mit; — diese hat historisch eine zweifache Rechtsquelle, eine civile und eine prätorische, wirkt demnach bald ipso jure bald ope exceptionis; jene beruht einzig in prätorischem Rechte und wirkt lediglich ope exceptionis. Nur den letzten Grund, das Axiom, daß über Eine Sache nur einmal geklagt werden könne, haben sie beide gemein: denn darin wurzelt mit gleicher Nothwendigkeit beides, einmal daß mit dem Einen Urtheil allem Streit in derselben Sache ein Ziel gesteckt, — dann daß mit der Einen Klage alles gethan ist, was gethan werden konnte, alle Befugniß und Macht zur Action erschöpft ist.

---

21) arg. l. 42 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 l. 55 D. v. s. 50, 16.
22) vgl. Krüger, S. 43.
23) Keller, S. 223.
24) s. oben Anm. 9 u. 10.

Hiernach ist es nicht zu billigen, wenn man die auf dem Judikat beruhende exceptio (r. j.) mit der auf Ausübung des Klagerechts beruhenden Consumtion in Verbindung bringt, derart, daß man sie bald als die „rechtliche Form", bald als „Organ" dieser Consumtion, oder gar diese Consumtion als den Grund der exc. r. j. bezeichnet [25]). Wäre die exc. r. j. Organ der Consumtion, d. i. der res in judicium deducta, so hieße sie nicht exc. rei judicatae. Nun aber ist sie Organ nicht einer fremden (durch Litiscontestation), sondern, wenn man so sagen will, Organ ihrer eigenen, durch Urtheilsfällung herbeigeführten Consumtion, oder, nach Sprechweise der hier [26]) nicht mehr von „Consumtion" redenden Quellen, Organ der res judicata, und zwar der streitendenden Wirksamkeit der res judicata. Beide Exceptionen sind gegen Streiterneuerung gerichtet; aber jene läßt nicht mehr klagen, weil Kläger schon einmal geklagt und in judicium deducirt hat; diese: weil darüber, worüber Kläger klagt, schon einmal richterlich erkannt ist — womit es eben zusammenhängt, daß exc. r. j. auch da stattfinden kann, wo der gegenwärtige Kläger zuvor nicht geklagt hat. Beide Exceptionen erscheinen im classischen Rechte nebeneinander [27]) — nebeneinander, nicht nacheinander, etwa so, daß die exc. r. j. als eine Fortsetzung und Nachahmung der exc. rei in j. d., oder Organ derselben, nur von ihrem späteren Stadium aus geltend gemachten Consumtion zu denken wäre [28]), sondern so, daß hier aus einem anderen Grunde excipirt wird, als dort; denn wenn auch noch nach dem Urtheil auf Grund der Consumtion (e. S.) excipirt werden wollte, so war das auch jetzt exc. rei in jud. ded., nicht exc.

25) was denn trotz Krügers Einwendung doch alles und vor allem bei Keller der Fall ist (S. 208 fg. S. 210. S. 233. S. 236), wiewohl von diesem auch Aeußerungen der entgegengesetzten uns richtig dünkenden Auffassung vorliegen, namentlich in §. 26 Anm. 3. Vgl. ferner den „inneren Zusammenhang zwischen dem Institute der Rechtskraft (des Urtheils) und der Consumtion" bei Buchka, I. S. 291.

26) trotz Keller, CC. u. U. S. 233 Alinea 1.

27) z. B. Gaj. III, 181 Gaj. IV, 106, 121.

28) Windscheid, Pand. §. 130 Anm. 22. „Sie (die ursprüngliche exc. r. j.) war eine andere Form der exc. rei in jud. ded., die durch die litisc. begründete exc. r. i. j. d. verwandelt sich mit dem Urtheil in die exc. r. j."

r. j.[29]). In der Mehrzahl von Fällen trafen, wofern es in dem früheren Prozeß nur bis zum Urtheil gekommen war, beiderlei Exceptionen zu; da stand dem Beklagten die Wahl offen; allein da, wo der gegenwärtige Kläger zuvor nicht geklagt, nichts in jud. deducirt hatte, war nur exc. r. j. denkbar (S. 328 unt.), während umgekehrt kein Fall denkbar ist, in welchem, wenn es einmal zum Urtheil gekommen ist, exc. r. j. nicht anstatt exc. r. in j. d. denkbar wäre: die exc. r. j. war weiteren Umfangs als die exc. r. in j. ded.; dies trug wie wir gesehen zum Abkommen der exc. rei in j. d. bei (§. 94 Anm. 10—15).

Hängt also nach römischem Rechte die exc. r. j. weder mit dem Inhalte oder der formellen Wahrheit des Urtheils, noch mit der sg. prozeßualischen Consumtion zusammen, so fragt sich ob nicht wenigstens das erstere eine bloße Laune des r. R., und da in mehreren Fällen, in denen diese exc. statthat, sich Kläger thatsächlich im Widerspruch mit dem voraufgegangenen Urtheil befindet, unsere Jurisprudenz und Praxis nicht dennoch im Rechte sei, wenn sie diese Thatsache zur Grundlage der exc. r. j. erhebt. Wozu sich an den Namen und die Formel kehren! darüber, daß in etlichen Fällen diese Grundlage noch immer nicht möglich ist, und also die eine exceptio sich in zweie spaltet, in eine exceptio rei judicatae, und in eine exc. rei sic judicatae, mag man sich hinwegsetzen, darüber, daß auf dieser Grundlage und nur auf ihr die schwer zu bändigende Frage nach der Rechtskraft der Urtheilsgründe[30]) erwächst, sogar freuen; allein nicht umhin wird man können, einzugestehen, daß mit dieser Begründung der exceptio deren Einschränkung auf eadem persona (§. 97) unverträglich ist. Daß etwas nur für Einige wahr sei, — der Gedanke auf den die positive Funktion der exc. r. j. oder deren Construction aus dem Widerspruch sich gründet, — ist ein undenkbarer Gedanke. Vorbehaltlich die Richtigkeit und weitere Verfolgung dieser These (§. 99,) sind wir gezwungen, der modernen Lehre von der posi-

29) vgl. Keller, S. 209 Alinea 1 „theils weiterhin durch diese."

30) die denn doch ungleich mehr angefochten ist als die positive Funktion der exc. r. j. Vgl. darüber Windscheid §. 130. Anm. 20. Gegen dieselbe insbes. Krüger S. 179—190. Wetzell, Civilpr. §. 47 Nro. 1 a. E. Buchka I. §. 11 mit Abweichung für das heutige Recht §. 23. Unger, Syst. d. ö. Privr.'s Bd. 2. S. 621.

tiven Funktion der exc. r. j. die innere Berechtigung so sehr wie die äußere abzusprechen.

§. 97.

Eadem res.

Gleichmäßig [1]) für die exceptio rei judicatae wie für die exceptio rei in jud. deductae wurde es nothwendig [2]) die Merkmale festzustellen, nach welchen das worüber jetzt geklagt werden will, identisch (eadem res) ist mit dem worüber bereits geklagt ist.

Was nun vor allem die res selbst und an sich anlangt, so erscheint dieselbe in einer eigens für ihre Identität aufgestellten Regel als etwas worin das Erforderniß der eadem persona mitinbegriffen ist [3]); dasselbe gilt aber auch von den Regeln, welche in verschiedenen Fassungen nicht von der eadem res, sondern von der Statthaftigkeit der exceptio ausgehen [4]); denn indem sie diese Statthaftigkeit regeln, müssen sie, theils nach Maßgabe der Formel, theils nach Maßgabe des bis ne de eadem re, die Identität der res, und lediglich diese regeln wollen [5]). Es sind also Regeln für eins und dasselbe, ob sie sich als Definirung der eadem res oder der Statthaftigkeit der exc. darstellen; stets sind sie Definirungen der eadem res. Wird in den Regeln der letzteren Fassung unter anderem idem corpus (eadem quantitas, idem jus) gefordert, so ist damit nur ein Stück der gesuchten eadem res, nicht die eadem res selbst oder überhaupt gefordert, dasselbe Stück was in der ausdrücklich auf eadem res gerichteten Regel als id ipsum de quo agitur erscheint; und wird neben dem idem corpus eadem conditio personarum gefordert, so ist damit ein weiteres Stück

1) vgl. Keller, S. 110. S. 123.

2) bedenke die Formel: »At si ea res judicata non sit inter me et te« (§. 96. Anm. 5), und wohl auch si ea res in jud. non sit deducta inter me et te.

3) l. 27 D. exc. r. j. 44, 2: Cum de hoc an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis — vgl. l. 7 §. 1 eod.

4) l. 12 — l. 14 pr. eod. Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne etc. l. 3 eod. — exceptionem r. j. obstare quotiens etc. l. 7 §. 4 eod. — exc. r. j. obstat quotiens etc.

5) arg. l. 14 pr. cit. — quae nisi omnia concurrunt, alia res est. —

der eadem res gefordert, nicht anders als in der ausdrücklich auf eadem res gerichteten Regel.

Diese Thatsache nun, daß unter der eadem res eadem persona oder doch eadem conditio personarum inbegriffen ist, scheint leicht erklärlich, wenn man — was seit Bekker mehr und mehr der Fall ist[6]) — unter der res de qua agitur den Anspruch versteht, den Kläger erhebt, und ohne den ja, von den Präjudicialprozessen abgesehen, keine Klage angestrengt wird (S. 252 Alin. 1), der in Forderungssachen das geltend zu machende Recht selbst ist, und in dinglichen Klagen ein forderungsartiger Ausfluß des geltend zu machenden Rechtes (petitio — S. 252 Alin. 2). Denn der Anspruch, welchen B erhebt, pflegt ein anderer zu sein, als den A erhebt, wenn er auch im Gegenstande, und der Art der Entstehung nach dem des A gleich sein sollte.

Allein es kommt vor, daß ein Anspruch derselbe ist, trotzdem er activer- oder passiverseits in verschiedenen Personen statthat, und daß dann nichtsdestoweniger das Erforderniß der eadem persona festgehalten wird: es sei nun, daß wegen Verschiedenheit der Personen die Identität der Sache verneint und exc. r. j. oder i. j. d. abgelehnt, oder daß die natürliche Mehrheit und Verschiedenheit der Personen dem Erforderniß der eadem persona entsprechend zurechtgelegt und rechtlich als Einheit und Identität hingestellt wird (§. 98, 3). Da reicht also die Identität des Anspruches zur Begründung des Erfordernisses der eadem persona nicht mehr aus. Dieses ist — was schon hier gegen Krüger (S. 81 unten, S. 193 unten) bemerkt werden muß — weder ein unselbständiges, in der Id. des Anspruches überall mitgegebenes: denn je nach Befund wird es festgehalten, wegen Verschiedenheit der Person trotz Identität des Anspruchs exc. ausgeschlossen; noch ist es ein naturnothwendiges: denn unter Umständen wird ein Auge zugedrückt, und exc. r. j. gegeben, trotzdem wirkliche Verschiedenheit der Personen vorliegt. Das inter me et te dürfte denn in der Exceptionsformel allenthalben enthalten gewesen sein, wiewohl die

6) Bekker, proz. Conf. §. 6. S. 46, Arndts, §. 116, Krüger, namentlich auch für in rem actio, S. 154, in der Anwendung, Windscheid §. 29 u. fgg.

Formel nur anläßlich von in rem actiones referirt ist, und unter Umständen wie bemerkt nicht buchstäblich darauf geachtet wurde.

Ein Argument dafür, daß bei Regulirung der eadem res die res als Anspruch vorschwebte, liegt u. a. in der causa petendi [7]); die res, worüber geklagt, judicirt und wogegen mit exc. rei jud. (oder in jud. ded.) excipirt wird, ist ein petere (Anspruch — §. 79 Anm. 2 fgg.), das sich mit einem früheren als eines und dasselbe nach Gegenstand, Grund und Person ermißt.—Der Entscheid über den Anspruch setzt eine Frage und Prüfung (quaestio) voraus, und zwar für jede Gattung von Ansprüchen eine eigene (einst durch die intentio gewiesene) Art von Frage (ob das ejus esse, oportere, Factum, woraus der Anspruch herrühren oder worin er bestehen muß, bestehe oder nicht bestehe); löst Julian die eadem res in eadem quaestio und eadem persona auf [8]), so hat er keine andere res vor Augen, als die anderen Juristen, sondern nur einen anderen Standpunkt der Betrachtung: indem er den Anspruch vom Richter anstatt von der klägerischen Intendirung aus faßt [9]); für den „kühnen", aber fehlgeschlagenen Vereinigungsversuch, den Julian mit der eadem quaestio zwischen positiver und negativer Funktion der exc. r. j. angestrebt haben soll [10]), bietet die mehrdeutige „quaestio" zu wenig Anhalt. Zwei Stellen, in denen quaestio sicher auf den in Exceptionsgestalt erhobenen Anspruch (Pfandrechtsanspruch) und nicht wie namentlich Krüger will auf den positiven Inhalt des Urtheils [11]) geht, sind l. 19 u. l. 30 §. 1 D. h. t. — potest fieri, ut de jure possessoris non sit quaesitum — et probabilius

7) l. 12 — l. 14 cit. — an idem corpus sit . . . et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum — vgl. z. B. l. 20 eod. — quod nec actor petere putasset. —

8) l. 7 §. 1 cit. — totiens eandem rem agi quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est — §. 4 eod. — exc. r. j. obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii.

9) Wie man diese »quaestio« als „Rechtsfrage" speciell für die positive Funktion der exc. r. j. in Anspruch nimmt, und was sonst daraus gemacht wird. s. Keller, S. 272 fgg. Savigny, §. 296 §. 297. Zurückhaltender Windscheid, actio, S. 88. S. 105 unten; neutraler Krüger §. 24; zu nachgiebig Bekker S. 271 fg. und S. 149 oben. Dagegen Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. II. 4. S. 347. l. 31 C. transact. 2, 5.

10) Bekker S. 272.

11) a. a. O. S. 148 fg.

dicitur non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris (der potius pignus in Anspruch nimmt) quaesitum non est —; daß dieses quaerere, unsere oben postulirte „Frage und Prüfung", und die Julianische quaestio eins seien, ist durch den Schluß von l. 19 cit. (eandem enim quaestionem revocat in judicium) außer Zweifel gestellt.

Die Präjudizialklagen sind „anspruchslos"; ihre Erkenntnisse haben denn auch eine ganz andere Rechtskraft als die in der actio judicati und in der exc. r. j. liegt (§. 99). Insoweit aber exc r. judicatae doch auch nach ihnen möglich ist, kann res hier nicht mehr Anspruch bedeuten, sondern nur mehr die zwischen den Parteien schon früher verhandelte Statusfrage. Julians „quaestio" war auch für diesen Fall der exceptio zutreffend, von ihm vielleicht um dieser Weite willen gewählt.

§. 98.

Fortsetzung.

Zur Identität des Anspruches gehört

1. Identität seines Gegenstandes, d. i. des Dinges, um das Beklagter, es sei nun mit in personam oder in rem actio in Anspruch genommen wird (id ipsum de quo agitur — idem corpus, eadem quantitas, eadem res) [1]). Diese Identität ist nicht buchstäblich gemeint [2]). Der Ausflucht, daß der Theil nicht identisch mit dem Ganzen sei, wird kein Gehör gegeben; denn nicht nach dem Inhalt des Urtheils, mit dem die nunmehrige Klage auf den Theil oft widerspruchslos möglich wäre [3]), richtet sich die Identität der Sache, sondern nach der Thatsache, daß gesprochen worden ist; in dem Dinge „worüber" gesprochen worden steckt aber unbesehen sein Theil. Ueber den usufructus ist schon im Eigenthume mitgesprochen, wenn er auf Grund desselben Eigenthums (etwa vermittelst deductio usufructus bei Veräußerung

1) l. 27 l. 12 — l. 14 cit.

2) l. 14 pr. D. h. t. non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione diminutioneve facta; sed pinguius pro communi utilitate accipitur.

3) z. B. l. 30 pr. D. h. t. Vgl. oben S. 328.

dieses Eigenthums) in Anspruch genommen werden will [4]). Weitere Anwendungen sind in l. 7 pr. — §. 4 l. 21 §. 1 §. 2 l. 26 §. 1 D. h. t. enthalten; nicht hieher, sondern unter den Wechsel der Klagsart gehört l. 4 §. 3 D. nox. act. 9, 4. — Umgekehrt ist aber auch das Ganze im Theil befangen, und also bereits ins Judicium und zum Judicat gekommen, wenn auch nur auf den Theil geklagt wurde [5]); iter und actus stehen aber in keinem Theilverhältniß zu einander (l. 11 §. 6 D. h. t. cf. l. 13 §. 1 D. accept. 46, 4); dasselbe gilt unter Umständen von einem Stücke des ususfructus im Verhältnisse zum übrigen (l. 33 §. 1 D. usufr. 7, 1). — Nicht dagegen ist in dem einen Theile auch der andere befangen, weshalb auf diesen anderen immer noch geklagt werden kann, nachdem auf den ersten geklagt ist [6]).

2. Identität der causa, und zwar der proxima causa actionis [7]), welche bei dinglichen Ansprüchen in dem dinglichen Rechte (meum esse, jus eundi in eo fundo invito te etc.), bei Forderungen in dem Forderungsrechte oder der Schuld (dare f. oportere) selbst liegt. Während aber das Eigenthum (und überhaupt jedes dingliche Recht) seiner Art nach eins und dasselbe ist aus was immer für einer Art von Erwerbsgründen es herrührt, sind die Forderungen nach Art ihrer Entstehungsgründe selbst von verschiedener Art. Hiemit wird es zusammenhängen, daß, wer eine Forderung eingeklagt hat, später dasselbe gegen denselben noch immer fordern und einklagen kann, wofern er einen anderen Forderungsgrund angibt, während der Vindicant, woferne nichts besonderes dazwischentritt, behandelt wird, als ob er in dem Einen Eigenthum alle möglichen Erwerbsgründe mitbegreife, und über dasselbe ein für allemal judicirt haben wollte, aus was immer für einem Erwerbsgrund es herrühren möge [8]). Aber

4) l. 21 §. 3 D. h. t. Andere, auf positive Funktion hinausarbeitende Erklärungen dieser Stelle s. Keller, Conf. S. 293, Krüger S. 171.

5) wiewohl wir l. 7 §. 4 §. 5 D. h. t. nicht mehr hiefür sondern für das »aliud genus judicii« woran der Fall der l. 7 §. 4 unmittelbar anknüpft, citiren.

6) l. 20. l. 21 pr. l. 23 in f. A. M. Windscheid, P. §. 130 Anm. 13, jedoch nur von der positiven Function aus und mit der Einräumung, daß l. 23 in fin. von der negativen Function und in unserem Sinne handle.

7) l. 27 D. h. t.

8) arg. l. 6 §. 2 D. h. t. Actiones in personam ab actionibus

a. ist so eben angedeutet, daß trotz aller Ständigkeit der Klageformel, ihrer intentio und demonstratio, dem Willen des Klägers ein gewisser Einfluß auf Begrenzung des Gegenstandes der Consumtion und des Judicats, nicht versagt war [9]), so ließ man eine Individualisirung auch des dinglichen Anspruches durch Mitintendirung des Erwerbsgrundes zu, und schloß demnach exceptionem r. j. aus, wenn zuvor causa adjecta s. expressa, und jetzt aus einem anderen Erwerbsgrunde geklagt war — eine Ausdehnung der Identität, die für das römische Recht, seit Puchta, bestritten (Vangerow, Sintenis, Buchka), für das heutige anerkannt ist [10]);

b. auch in Vindicationen erscheinen, selbst causa non expressa, nicht schlechthin alle, sondern nur die bis dahin möglichen Erwerbsgründe mitintendirt; eandem causam facit etiam origo petitionis [11]), d. h. bei dinglichen Klagen [12]) kommt Identität der causa betreffend auch auf das Datum des Entstehungsgrundes an; neue Entstehungsgründe nach der Klage geben neues Klagrecht [13]) — neue Gründe, nicht neue Meinungen [14]); —

---

in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem (nämlich aus verschiedenen Erwerbsgründen, z. B. Legat, Kauf) debeatur, singulas obligationes **singulae causae** sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. 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 judicium deduxit.

9) Krüger, §. 12 in Ansehung der ohne demonstratio gefaßten certa in personam actio; s. auch l. 20 D. h. t. — quod nec actor petere putasset, nec judex in judicio sensisset; — ferner praescriptio pro actore: Gaj. 4, 131—132; — das pactum in l. 28 C. fidej. 8, 41.

10) l. 6 §. 2 cit. »cum in rem ago non expressa causa« l. 11 §§. 1—4 D. h. t. Gegen Puchta, Rh. Mus. f. J. Bd. 2, S. 251 fg. Bd. 3 S. 467 fg. vgl. Savigny, Bd. 6 Beil. XVI, Bekker, S. 248 fg. Rudorff zu Puchta. Vorl. I. Beil. VIII. u. nun auch Windscheid, P. §. 130 Anm. 6. Briegleb, verm. Abhh. Nro. 3. Bekker, krit. Viertelj. X, 407 fg. Referirend Arndt's P. §. 116, Anm. 5.

11) l. 11 §. 4 D. h. t.

12) arg. »petitionis« u. die ganze Reihenfolge der Materien von l. 7 — l. 13, unter Führung von Ulpianus lib. 75 ad Ed.

13) l. 11 §. 4 eod. — si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellat ista exceptio — — mit interessanten Beispielen einer scheinbar neuen, in der That alten, und einer scheinbar alten, in der That neuen causa —

14) l. 11 §. 5 eod. Itaque adquisitum quidem postea domi-

c. da dingliche Ansprüche nicht ohne Rechtsverletzung entstehen, zu deren Dasein oder Grund außer dem Rechte selbst auch die Rechtsverletzung gehört, so fragt sich ob zur Identität der causa nicht auch Identität der Rechtsverletzung gehöre [15]). Indessen ist α. sicher, daß wenn ich nachher aus einem neuen Erwerbsgrund vindicire, die exceptio mich nicht trifft, ohne Unterschied ob Beklagter nach wie vor in demselben Besitze sich befindet oder mich etwa neuerdings aus dem Besitze verdrängt hat (Anm. 12. 13), so daß also die Identität der Verletzungsthatsache für sich die exc. r. j. nicht begründet. Sofort ist es aber auch β. unsicher, ob die Verschiedenheit der Verletzungsthatsache für sich allein die exceptio ausschließe? wider mich, der ich gegen dieselbe Person aus dem alten Grunde, aber in Folge neuen Besitzverlustes vindicire? l. 9 pr. D. h. t. [16]), von allem was citirt wird allein einschlägig, läßt durchblicken, daß wenn rechts- (nicht blos besitz-) halber absolvirt worden, exc. schadet, trotzdem eine neue Verletzungsthatsache vorliegt; besagt zwar ferner, daß wenn bloß besitzeshalber (quia nihil possidebat) absolvirt wurde, exc. nicht schadet, statuirt damit aber einen Fall, in welchem nur über den Besitz, nicht über das Recht der Erbschaft erkannt wurde, der neuen Klage also nicht blos eine neue Verletzungsthatsache sondern auch ein noch nicht judicirtes Recht zu Grunde liegt; erklärt endlich die exc. allerdings für „unschädlich", wenn Kläger, trotzdem über und für sein Recht erkannt wurde, des nun wirklich beim Beklagten befindlichen Besitzes halber abermals klagt, und scheint damit zu sagen, daß die neue Verletzungsthatsache für sich allein aliam causam mache; allein anderseits deutet der Ausdruck „non nocet"

---

nium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit — cf. l. 27 – nec jam interest qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset; perinde ac si quis postea quam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.

15) wie z. B. Savigny (S. 475) u. Bekker §. 19. die Rechtsverletzung (natürlich mit Inbegriff des Rechts) ganz allgemein als proxima causa actionis betrachten.

16) Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam: an noceat exc. ista? Et putem, sive fuit judicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius quia nihil possidebat absolutus est, non nocere exceptionem.

(anstatt locum non habet, non obstat, objicitur) leicht an, daß die exceptio entgegenstehe, aber durch die replicatio rei sec. se judicatae unschädlich werde — die Verletzungsthatsache also für sich allein die Identität nicht ausschließe. Die replicatio de re secundum se judicata steht in nächster Nähe (l. 9 §. 1 eod.); in dem Zusammenhange mit der alia origo petitionis, wohin sie gehören würde, wenn die Verletzungsthatsache für sich allein entscheidend wäre, steht l. 9 pr. nicht: so daß bei der eadem causa also überall nur an die Rechtsseite des Anspruches, nicht an seine factische Veranlassung gedacht sein dürfte; —

d. ist der Anspruch derselbe, so braucht die actio weder der Art, noch der Parteirolle nach dieselbe, noch überhaupt „Klage" zu sein, damit exc. r. j. platzgreife. Es kann

a. die neue Klage der Art nach von der vorigen verschieden sein [17]), sei es daß durch den Zufall der Umstände, sei es daß durch Absicht des Rechtes für einen und denselben Anspruch mehrerlei Klagen platzgreifen [18]). Insoferne hier unmittelbar und nichts als Klagen concurriren, sollte man nur hier von Klagenconcurrenz sprechen, nicht auch da, wo mehrere oder mehrerlei Klagen nur mittelbar, vermittelst einer Mehrheit von Ansprüchen [19]), oder

17) l. 7 §. 4 cit. — vel alio genere judicii – l. 5 pr. D. h. t. De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re — z. B. l. 25 §. 1 eod.

18) durch Zufall der Umstände: z. B. legis Aquiliae actio und Contractsklage: l. 7 §. 8 l. 18 D. ad l. Aq. 9, 2; bis auf ein gewisses in rem u. leg. Aq. actio: l. 13 l. 14 D. r. v. 6, 1 l. 36 §. 2 D. her. pet. 5, 3; actio quod metus u. de dolo: l. 14 §. 13 D. quod met. 4, 2; interd. quod vi aut clam u. ex operis novi nunciatione l. 7 §. 2 D. quod vi aut cl. 43, 24; verschiedene Contractsklagen und tutelae actio: l. 5 tut. et rat. 27, 3; rei vindicatio u. in personam actio ex testamento l. 84 §. 13 D. leg. I.; durch Absicht des Rechts: z. B. petitorische u. Theilungsklagen: l. 44 §. 2 l. 51 D. fam. herc. 10, 2; in rem u. ad exhibendum actio nebst condictio furtiva: §. 14 J. act. 4, 6 l. 7 §. 1 D. cond. furt. 13, 1; tutelae u. rat. distr. actio: l. 1 §. 21 D. h. t. 27, 3. In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat etc.; redhibitoria u. quanti minoris actio: l. 38 pr. D. aed. Ed. 21, 1 l. 25 §. 1 D. exc. r. jud. 44, 2 nebst actio emti: l. 1 §. 9 — l. 4 D. aed. Ed. 21, 1 l. 11 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1; Condictionen und Contractsklagen: l. 11 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1; l. 13 §. 1 D. depositi 16, 3 u. Quasicontractsklage: l. 5 D. tut. et rat. 27, 3.

19) z. B. l. 5 §. 1 D. leg. Aq. 9, 2 — interdum utraque act

zwar in una eademque obligatione, aber vermittelst einer Mehrheit von Personen (Correalität, bis auf ein gewisses vielleicht auch Solidarität) zusammentreffen, oder wo sie gar nicht zusammentreffen, sondern aufeinanderfolgen [20]). Daß nun diese u. E. allein echte Klagenconcurrenz spätestens mit dem Urtheil über eine der mehrerlei Klagen ihr Ende erreicht, also exc. r. j. den übrigen entgegensteht, erhellt aus obigen allgemeinen und speciellen Aussprüchen der Quellen (Anm. 17), und folgt daraus, daß dies einer der Fälle ist, in denen selbst die Justinianischen Quellen noch von Consumtion (durch Litiscontestation) reden [21]). In ihrem ursprünglichen Sinne bedeuten diese Stellen die eigentliche Consumtion; sonst stünde nicht daneben noch exc. r. j. (S. 334 unten); „Wählenmüssen" [22]) war die Folge; in der Compilation bedeuten sie nurmehr das Wählenmüssen und Untergang durch Wahl (§. 94, 9 u. 15).

Im übrigen muß man, um in den vielen und sehr verschiedenen Fällen dieser Klagenconcurrenz überall die Einheit der causa zwischen den mehrerlei, scheinbar oft sehr verschiedenes anstrebenden Actionen und Petitionen zu finden 1) davon, daß die eine actio mitunter auf mehr geht als die andere, absehen; auf dieses Mehr bleibt die betreffende Klage aufrecht, wofern Kläger mit der anderen weniger erreicht hat (also doch etwas verlangen durfte, nicht abgewiesen ist [23])), nicht in Consequenz etwa einer positiven Funktion der exc. r., sondern in Moderirung der Conse-

concurrit, et l. Aquiliae et injuriarum: sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae, wohin vielleicht die Regeln l. 60 D. o. e. a. 44, 7 l. 130 D. r. j. 50, 17 u. die Gegenregel: l. 53 pr. D. o. e. a. 44, 7.

20) s. g. successive Klagenconcurrenz, z. B. l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1; l. 1 §. 1 D. fam. herc. 10, 2; l. 18 D. exc. 44, 1.

21) l. 1 §. 21 D. tut. et rat. 27, 3 — actum — peremta est — l. 7 §. 1 D. cond. furt. 13, 1 — consumitur in rem actio l. 14 §. 13 D. quod met. 4, 2 — consumi alteram actionem per alteram, exc. in factum opp. — woneben dies exc. in factum u. die exc. r. jud. in l. 25 §. 1 D. exc. r. j. Interpolation statt exc. rei in jud. ded. sein möchte. Vgl. übrigens oben §. 94. Anm. 9 u. 15.

22) »una vel altera competit" — alterutra contentus esse debet: l. 7 §. 8 l. 18 D. ad l. Aq. 9, 2 »electio actori danda« l. 14 D. r. v. 6, 1 »constituere qua velint experire« l. 84 §. 13 D. leg. I. Krüger §. 15. §. 26.

23) l. 41 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 z. B. l. 43 l. 47 D. pro socio 17, 2 l. 2 §. 3 D. priv. del. 47, 1 l, 7 §. 1 D. commod. 13, 6.

quenz der Thatsache, daß bereits judicirt ist, also der gemeinen exc. r. judicatae [24]), und darum nur im Falle vorgängiger Condemnation; — ferner muß man 2) die causa, welche z. B. in l. 1 §. 21 D. tut. et rat. distr. 27, 3 als una obligatio erscheint, auf den Begriff des Anspruches, und also von der obligatio auf den dinglichen Anspruch ausdehnen; — 3) die obligatio selbst in den Begriff des debitum oder der Schuld verengen [25]); — 4) da wo die mehrerlei Actionen auf verschiedenes gehen (z. B. quanti minoris und redhibit. actio), sich fragen, ob hier nicht blos verschiedene Satisfactionsformen für dasselbe Interesse, insoweit für denselben Anspruch vorliegen; —

β. wenn der Anspruch, der in der gegenwärtigen Action verfolgt wird, schon einmal judicirt worden, ist es gleichgiltig, ob er zuvor in Gestalt einer blos negativen Litiscontestation erhoben und blos folgeweise durch Urtheil zu Gunsten des früheren Klägers abgeurtheilt (§. 96, 6—10) — oder ob er exceptions- [26]), oder compensations- [27]) weise vorgebracht und verbeschieden, oder ob er endlich zuvor klage-, und jetzt exceptionsweise geltend gemacht ist [28]);

3. Identität der Personen, zwar im Zusammenhange mit eadem res, aber wie bemerkt weder überall nothwendig, noch unselbständig, noch buchstäblich (§. 97. S. 337). Denn gibt es schon auf den ersten Blick Rechts-Ansprüche, die trotz allen Wechsels in den Personen dieselben bleiben (Universal- und Singularsuccession, Cession, — vgl. §. 54), so gibt es bei näherer Untersuchung auch noch Ansprüche, welche trotzdem, daß sie Mehreren und Jedem ganz zustehen, dennoch ein und dasselbe (una eademque obligatio) sind. So mag denn, ohne Preisgebung der eadem res, und ohne Widerspruch mit dem der eadem res sonst inne-

---

24) l. 41 §. 1 cit. — judicis potius partes esse ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat — l. 7 §. 1 cit. — quod videtur habere rationem.

25) vgl. z. B. l. 13 §. 1 D. dep. 16, 3 u. überhaupt die Concurrenz der Condictionen mit Contractsklagen, von Delicts- mit Contractsklagen.

26) z. B. exceptio rei sibi antea pignoratae: l. 19 cf. l. 30 §. 1 D. h. t. — quum autem pignoratia actum est.

27) l. 8 §. 2 D. neg. gest. 3, 5 l. 7 §. 1 D. comp. 16, 2 l. 1 §. 4 D. contr. tut. 27. 4. vgl. oben §. 96. Anm. 11.

28) l. 24 D. h. t. — replicatione hac adjuvabitur; at si res judicata non sit. —

wohnenden Erforderniß der eadem persona, exc. r. j. auch ohne Identität der Personen platzgreifen [29]); allein eine Nothwendigkeit, daß nun allenthalben wo trotz Aenderung in der Person dieselbe Sache, derselbe Anspruch vorliegt, exc. r. j. platzgreife, bestund oder besteht nicht [30]). Nothwendig haben sich vielmehr Gerechtigkeit und Billigkeit gegen die bloße Logik ins Mittel legen müssen. Denn wo man den Prozeß, den der Eine durchgemacht hat, für und wider den Anderen gelten läßt, da hat der Eine für und wider den Anderen gehandelt, für und wider diesen „rem in judicium deducirt". Muß nun dieser um deswillen, weil sein Anspruch mit dem des Anderen Eins ist, die Handlung des Anderen in allen Fällen über sich ergehen lassen? wird auf das Verhältniß in welchem diese verschiedenen Personen zu einander stehen keine Rücksicht genommen? mit anderen Worten: ist das Erforderniß der eadem persona in der That blos das Anhängsel der eadem res, zu dem es Krüger herabdrückt? Wer „in fremdem Namen klagt", hat von jeher des Anderen Anspruch zur Litiscontestation und Erkenntniß gebracht, allein nicht von jeher exc. rei in jud. ded. oder judicatae gegen den Anderen bewirkt; die Formel-Umstellung war dieselbe, ob der Cognitor oder der Procurator oder der Tutor klagte; allein die tutelarische Vollmacht, das schlichte Mandat an den Procurator oder gar nur seine blos selbstwillige Intervention schienen nicht genügend, um den Intervenienten gegen den Dominus mit der Wirkung der exc. r. in j. d. und judicatae handeln zu lassen: dazu mußte der Vertreter „certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituirt", so sehr als möglich mit diesem identificirt sein [31]). Also eine und dieselbe causa actionis beim Tutor und Procurator wie beim Cognitor, hier und dort eadem res, wenn nachträglich der Dominus klagte, hier und dort verschiedene Personen: nichtsdestoweniger war, aus freier Erwägung, die exc. das einemal statthaft, das andere-mal nicht, hier die Verschiedenheit der Personen ein Hemmniß der exc. r. j., dort nicht.

29) Insoweit modificiren wir, den freundschaftlichen Bemerkungen v. Scheurls und Krügers entsprechend, unsere Festschrift zu Arndts 70. Geburtstag (Münchener Vierteli. Bd. 16 S. 2).

30) Insoweit halten wir die Festschrift aufrecht.

31) arg. Gaj. 4, 97—99. Vat. fr. §. 317. §. 331. §. 333. Keller, § 39.

Also kam das Erforderniß der eadem persona denn doch selbständig, mit nichten blos um der Identität des Anspruches willen und nur so lang als eadem persona zu dieser nothwendig war, in Betracht; die Verschiedenheit der Personen konnte die exc. r. j. hindern, trotzdem Identität des Anspruchs vorlag. Wo man zweifeln muß, ob Einheit des Anspruches vorliege, darf man daraus, daß zwischen den verschiedenen Prätendenten desselben Consumtion und Judicat nicht wirkt, nicht gegen die Einheit des Anspruches schließen; vielleicht fehlt es an jener Wechselwirkung nur deshalb, weil man zwischen ihnen keine so enge Verbindung vorfand, daß man den Einen als „Statthalter" des Anderen behandeln wollte. Denn nicht die Einheit des Anspruches wirkt, wenn die Personen verschiedene sind, jene Wechselwirkung, sondern die Einheit des Anspruches in Verbindung mit einer gewissen die eadem persona anstrebende Einheit unter den mehreren Personen [32]).

Eine derart enge Verbindung erblickt das Justinianische Recht 1) nicht mehr blos in dem einen, zudem antiquirten Falle der prozeßualischen Vertretung (durch cognitores), sondern in jeder auf Mandat oder Ratihabition, Tutel, Curatel gestützten Vertretung [33]); gleich einem Mandanten wird aber auch derjenige behandelt, welcher eine Klage oder Vertheidigung, die zunächst ihm oblag, geflissentlich durch einen Anderen führen ließ [34]); — 2) in allen Arten der Correalität [35]); — 3) in der Succession, und zwar nicht blos in der Universalsuccession, bei der u. a. heres in locum defuncti succedit, sondern auch in der Singularsuccession, so daß der auctor dem Successor, nicht auch dieser jenem präjudicirt [36]).

32) s. meinen oben Anm. 29 citirten, auf die solidarischen Obligationen gerichteten Aufsatz, S. 13. II.

33) l. 11 §. 7 D. h. t. l. 56 D. jud. 5, 1 l. 12 cf. l. 10 in f. D. pact. 2, 14 l. 27 l. 66 D. procurat. 3, 3 l. 1 C. 7, 56 l. 10 C. eod. 2, 13; — l. 17 §. 2 D. jurej. 12, 2 l. 23 D. adm. et peric. tut. 26, 7; — Uebergang: Vat. fr. §. 317 — (procurator) cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est.

34) l. 63 D. h. t.

35) l. 2 D. duob. reis 45, 2 l. 5 in f. D. fidej. 46, 1 l. 31 §. 1 D. novat. 46, 2 cf. l. 4 D. h. t. 44, 2; l. 42 §. 3 D. jurej. 12, 2; l. 21 §. 4 D. h. t. l. 1 §. 24 D. exerc. act. 14, 1 — worüber näheres bei den Correalobligationen.

36) l. 9 §. 2 l. 10 l. 11 §. 3 §. 9 §. 10 l. 28 D. h. t. Vgl. aber auch l. 29 §. 1 D. h. t. l. 3 pr. §. 1 D. pign. 20, 1.

§. 99.

Rechtskraft oder formelle Wahrheit des Urtheils.

Rechtskraft des Urtheils mag man schon das nennen, daß es einen abermaligen Prozeß in derselben Sache ausschließt (§. 96); ferner das, daß es, verurtheilend, obligirt (§. 95); endlich das, daß es, wir werden sehen wann, für wahr gilt. So begreifen z. B. Savigny, § 295, Windscheid, P. §. 130 alle diese materiellen Wirkungen des Urtheils unter der „Rechtskraft", während Andere sie auf die formelle Wahrheit fixiren [1]). Daneben kommt aber das Wort, besonders in dem „rechtskräftigen" Erkenntniß, tagtäglich mit Abstraction von allen materiellen Wirkungen des Urtheils, in der bloß formellen Bedeutung des einem weiteren Instanzenzug entrückten Urtheils vor [2]). Wir hier haben diese formelle Rechtskraft überall vorausgesetzt, und nunmehr die formelle Wahrheit des Urtheils in's Auge zu fassen.

Diese formelle Wahrheit des Urtheils erscheint nach der herrschenden Lehre in Verbindung mit der exceptio rei judicatae, und zwar deren so genannter und angeblicher positiver Funktion; denn soll durch diese Exceptio „der positive Inhalt eines Urtheils gegen eine neue demselben widersprechende Klage geltend gemacht" werden [3]), „so muß der neue Richter den Inhalt jenes Urtheils als wahr annehmen und seinem eigenen Urtheil zum Grunde legen" [4]). Die Präjudicialklagen kommen dann unter der exc. r. j., und blos mit der zufälligen Modification vor, daß hier die Wahrheit nicht blos für Einige da ist [5]). Aber auch die Execution muß von der formellen Wahrheit gestützt und begründet werden, für alle diejenigen, welche der Verurtheilung keine obli-

1) z. B. Krüger, S. 138.

2) Keller, LC. u. U. S. 197 fg.; „Rechtskraft im formellen und materiellen Sinn": Wetzell, Civilpr. §. 47, Anm. 11.

3) Keller, S. 230. S. 240 unten.

4) Savigny, S. 271 vgl. Keller, S. 240 unten: „In ihrer positiven Funktion steht die exc. r. j. jeder actio entgegen, welche dem als Resultat des früheren Prozesses erscheinenden Satze widerspricht; mit anderen Worten, — welche ungegründet sein muß, wenn dieser Satz als wahr angenommen wird".

5) vgl. Keller, Uebersicht des Inhaltes, Vierter Abschnitt „von der subjectiven Beziehung der exc. r. j." und darunter den §. 47 und so allenthalben in den Compendien.

gatorische Kraft mehr zutrauen. So sucht denn namentlich Wächter selbst actionem judicati aus der formellen Wahrheit des Urtheils abzuleiten [6]); Vangerow nimmt bei condemnatorischem Urtheil formelle Wahrheit und Novation (also auch Obligation) zugleich an [7]).

Gegen diese Verwendung der „formellen," oder auch „fingirten", Wahrheit des Urtheils lehnt sich nun aber, wie schon oben (§. 96 a. E.) bemerkt, der Begriff der Wahrheit auf, da diese selbst in der Fiction nicht auf Parteien beschränkt werden kann, während doch die exceptio rei judicatae wie die actio judicati nur unter den Parteien statthat. Gegen dieselbe spricht aber auch der Quellenbefund: indem die Vorstellung von einer formellen Wahrheit des Urtheils zwar quellenmäßig ist und in dem Satze „res judicata pro veritate accipitur" [8]) zum Vorschein kommt, hingegen aber in Verbindung mit der exc. r. j. oder actio judicati nirgends auftaucht; indem umgekehrt da wo jener Satz auftaucht, auch begriffsgerecht von einem für Alle wahren und maßgebenden Urtheil die Rede ist; und indem wir endlich aus denjenigen Judiciis, die mit formeller Wahrheit ausdrücklich ausgestattet sind und demgemäß allgemein gelten, zwar auch exceptionem rei judicatae, aber nicht vonwegen, sondern neben der formellen für Alle gleichmäßig geltende Wahrheit des Urtheils, aus dem gemeinen Grunde, daß bereits judicirt ist, und nur zwischen den gewissen Personen entspringen sehen [9]).

1. Fundort des Satzes, daß res judicata pro veritate accipitur ist l. 25 D. statu hom. 1, 5, welche von dem Falle spricht, da in einem Präjudicialprozeß über den Status eines Freigelassenen letzterer als freigeboren erklärt wird, und dazu bemerkt, daß er fortan auch als Freigeborener hingenommen werden müsse, quia res judicata p. r. a.

Außer in l. 207 D. r. j. 50, 17, einem Excerpte aus l. 25 cit., kommt der Satz nirgends mehr vor; die Sache selbst da-

6) a. a. O. S. 48. 49. vgl. oben §. 95 Anm. 28.
7) Lehrb. d. P. §. 173 Anm. 1. vgl. oben §. 94 Anm. 14.
8) l 25 D. statu hom. 1, 5 l. 207 D. r. j. 50, 17.
9) s. vorderhand l. 42 l. 9 §. 2 D. lib. causa 40, 12 Rudorff RG. Bd. 2. §. 78 a. E. u. Anm. 28.

gegen, daß der im ordentlichen [10]) Präjudicialprozeß erkannte Status (von Collusionen, Nichtdefension, Parteilichkeit des Richters, abgesehen) allerwege als solcher zu gelten habe, ist mehrfach bezeugt [11]); anstatt des Satzes res jud. pro ver. acc. kommt in l. 3 pr. cit. zur Begründung das placet ejus rei judicem jus facere vor. Daß in Verbindung mit solchen Präjudicialerkenntnissen die formelle Wahrheit keine exceptio rei judicatae bedeuten könne, hat Savigny selbst anerkannt [12]); papisch heiraten können [13]), einen Vater, Brüder und Schwestern bekommen, oder ihnen gegenüber als Fremder zu verharren [14]) u. s. f. sind ganz andere Dinge, als sagen es sei schon gesprochen, wenn die Ingenuität oder Kindschaft vom Patron oder Vater etwa noch einmal in Frage gestellt werden sollte. In allen einschlägigen Rechtsfragen, gerichtlich und außergerichtlich, straf- und civilrechtlich, staats- und privatrechtlich, in Klagen und Einreden, zu Legitimation und Beweis, soll diese Person fortan an als frei, freigeboren, Kind ꝛc. gelten; das soll schlechthin „wahr", oder „Rechtens" sein. Nur wenn sie um eben dieses Status willen von demselben Gegner noch einmal vor Gericht zur Rede gestellt werden wollte, braucht sie sich nicht auf die Wahrheit oder das Recht des Urtheils zu berufen: es genügt die Einrede, daß bereits judicirt ist — exc. r. j. Inter easdem personas genügt die Berufung darauf, daß judicirt ist; gegenüber Dritten wird der Inhalt des Urtheils nothwendig. Selbst die Wiederaufnahme des Freiheitsprozesses, von altersher gegen die sonstige Regel zulässig [15]), ist, unter Beseitigung der Assertionsnothwendigkeit, aufgehoben worden [16]).

2. Nicht der Satz von der formellen Wahrheit des Urtheils, wohl aber der, daß der Richter oder seine pronuciatio „Recht

10) mit l. 1 §. ult. D. agnosc. lib. 25, 3 — quae causa si fuerit acta apud judicem — vgl. die Cognition in l. 5 §. 18 eod.

11) l. 1 §. ult. l. 2 l. 3 pr. D. agnosc. lib. 25, 3 l. 14 D. jure patron. 37, 14 l. 24 D. dolo malo 4, 3; in Betreff namentlich der Collusion s. die vernünftige Erörterung Kellers S. 388. Anm. 12.

12) Syst. Bd. 6 S. 274. d.

13) l. 25 cit. aus Ulp. ad leg. Jul. P. P.

14) l. 2 l. 3 citt.

15) Cic. pro dom. 29 — quotiescumque vellet quis in hoc genere solo rem judicatam referre posse voluerunt. Rudorff a. a. O. Anm. 13.

16) l. 1 pr. C. assert. toll. 7, 17.

mache", kommt außer den Präjudicialprozessen noch auf dem Gebiete der Erbschaftsprozesse vor, und zwar mit Beziehung darauf, daß das zwischen dem Testamentserben einer-, und dem Intestat- oder Notherben oder Substituten anderseits gefällte Erkenntniß auch für die Legatare und Freigesprochenen [17]), das Inofficiositätserkenntniß für den wahren Intestaterben im Gegensatze des Prätendenten gilt [18]). Auch bei dieser nicht nur über die Person der streitenden Parteien sondern auch über die Identität der Sache sich hinwegsetzenden Tragweite des erbrechtlichen Erkenntnisses ist an die exceptio r. j. schlechthin nicht, insonderheit nicht derart zu denken, als ob es sich hier zwar um eine exceptio r. j. mit Auswüchsen, aber immerhin um exc. r. j. handle Es ist jus, nicht exceptio was der Richter eigenthümlicherweise hier wie in den Präjudicialerkenntnissen begründet; ein jus auf welches ebensowohl Klagen als Einreden, aber nicht nur Klagen und Einreden, sondern auch Delationen und ipso jure platzgreifende Vererbungen [19]) zu stehen kommen, je nachdem für oder gegen das Testament gesprochen ist, — Einreden, welche überhaupt keine Exceptionen [20]), geschweige denn exceptiones r. j. sind. Der innere Zusammenhang dieser Weiterwirkung der Erbschaftserkenntnisse mit der der Präjudicialerkenntnisse über Status liegt im Fall der querela inoff. t. offen zu Tage [21]); in allen Fällen aber ist die Existenz oder Nichtexistenz eines Testamentes ein Ding, das außer für die Erbfrage selbst auch für Vermächtnisse ꝛc. sachlich präjudiciell wirkt, und darum, leicht auch aus gewissen praktischen Erwägungen, denn

17) arg. l. 17 §. 1 D. inoff. 5, 2 — hoc . . casu non creditur jus ex sententia judicis fieri — arg. l. 14 D. appell. 49, 1: Si perlusorio judicium actum sit adversus testamentum, an jus faciat judex, videndum etc. l. 50 §. 1 D. legat. I. — cum jus facit haec pronunciatio quod attinet ad ipsius personam numquid legatarus teneatur? — cf. l. 8 §. 16 D. inoff. 5, 2 l. 3 pr. D. pign. 20, 1, nicht auch l. 1 D. exc. r. i. 44, 2 wie bei Keller S. 387 (vgl. oben §. 96. Anm. 15).

18) l. 6 §. 1 D. inoff. 5, 2.

19) l. 8 §. 16 cit. Si . . pronuntiaverit contra testamentum . . . ipso jure rescissum est, et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et bonorum possessor si hoc contendit — cf. l. 6 §. 1 cit. – intestatum patremf. facit. —

20) l. 8 §. 16 cit. — et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur. —

21) l. 17 §. 1 cit. Cum contra t. ut inofficiosum judicatur, testamentifactionem habuisse defunctus non creditur.

auch in Betreff der prozeßualischen Präjudicialität den Statusklagen an die Seite gestellt worden sein mag.

Weit entfernt also, daß die Status- und Erbrechtsklagen mit der Rechtskraft ihres Urtheils *unter* die exceptio r. j. zu setzen sind, stehen sie weit *über* derselben; und anstatt die Rechtskraft der formellen Wahrheit und der „Rechtssetzung" durch den Richter aus der exc. r. j. heraus auf die Status- und Erbrechtserkenntnisse hinüber zu spinnen, müssen wir sie als Eigenthum und Vorrecht dieser Erkenntnisse erachten, die da die exc. r. j. *auch*, aber *außer* und *über* dieser die Rechtskraft der formellen Wahrheit oder des Rechtsbodens für zum Theil unübersehbare, dritte Personen nicht minder als die Parteien betreffende, Verhältnisse und Fragen schaffen, und auch um deswillen nicht so willkürlich auszudehnen sind, als heutzutage begehrt wird (§. 88 a. E.).

Daß dieser Thatbestand verkannt, die formelle Wahrheit und die Rechtskraft des „jus facit" als ein Attribut aller Urtheile gedacht wird, hat seit *Keller* seinen besonderen Grund in der „positiven Funktion der exc. r. j." erhalten, schon vor Keller dagegen trugen zwei andere Dinge dazu bei: einmal der Umstand, daß der Satz res judicata pro ver. accipitur nicht blos auf den Fall, mit dem er in l. 25 D. stat. 1, 5 verbunden ist, sondern auf jede res lautet, überdies in l. 207 D. r. j. 50, 17 von jedem Falle abgelöst, gewissermaßen als Regel ohne Ausnahme vorkommt [22]); dann die allen geläufige Regel: res judicata jus facit inter partes, neben welcher als Ausnahme gedacht wird das jus facit inter omnes [23]). Wie dieses jus so dachte und denkt man die veritas einmal bei allen Urtheilen, dann aber als etwas das der Regel nach für Einige, ausnahmsweise für Alle ist. Indessen suchen wir in den Quellen vergeblich nach dem „inter partes" und „inter omnes" [24]). So weit wir sehen, fehlt es

22) vgl. Savigny, S. 274. d.

23) s. z. B. Keller, §. 46. ab init. „Es bleibt uns jetzt noch übrig, einige wahre und vermeinte directe Ausnahmen von der Regel »Res j. jus facit inter partes« etc. — Savigny, S.472. n. zu l. 1 § 16 l. 2 l. 3 pr. D. agnosc. 25, 3 »placet enim ejus rei judicem jus facere.« „Durch diese Worte soll also hier *eine mehr als gewöhnliche ausgedehnte Wirksamkeit der Rechtskraft* ausgedrückt „werden, daß jus inter omnes im Gegensatz zum jus inter partes."

24) trotz Krüger, S. 194 „wie die Römer sagen: inter partes,

an quellenmäßigem Anhalt dafür, daß der Satz judex oder pronunciatio jus facit über die Grenzen, innerhalb deren er sich vorfindet, hinausgelte; Redeweisen wie jus facit haec pronuntiatio (l. 50 §. 1 cit.), ejus rei judicem jus facere (l. 3 pr. D. agnosc. 25, 3) und das contrarium zu in hoc casu in l. 17 §. 1 cit. begünstigen diese Ausdehnung gewiß nicht. In l. 50 §. 1 cit. kommt das jus facit zwar, allem Anschein nach, mit Einschränkung auf „eine Person" vor[25]); allein diese Einschränkung auf des (substituirten) Erben „Person" ist keine Einschränkung „inter partes", nicht die Einschränkung an die man bei unserem selbsterfundenen jus facit „inter partes" denkt — nicht die regelrechte Einschränkung der exc. r. j. auf eadem persona, sondern die außerordentliche, durch injuria judicis veranlaßte Einschränkung der sonstigen, die Legatare ꝛc. mitergreifenden Rechtskraft von Erbrechtserkenntnissen auf das Erbrecht ohne und im Gegensatz zu dem Rechte der Vermächtnisse ꝛc. — nicht eine Confinirung in dem engen Raume der exc. r. j., sondern eine Schranke auf dem weiten Gebiete der aus dem Erbesein entspringenden Consequenzen. Aus dieser Einschränkung hier darf also mit nichten gefolgert werden, daß die Römer ihr jus facit über den Kreis der Status- und Erbrechtserkenntnisse hinausgetragen und mit dem Zusatz „inter partes" in die exceptio r. j. hineingezwängt haben. Dem entsprechend dürfte auch der Satz res jud. pro ver. acc. trotzdem er so allgemein lautet, doch nur für den Kreis der Fälle gedacht sein, mit denen er von Ulpian selbst in Verbindung gebracht ist. Wäre dem nicht so — wir vermöchten ihn gleichwohl nicht über denselben hinaus zu denken.

inter omnes jus facit«. Das Wort kommt, worin mich auch die Recherchen eines jungen, lernbegierigen Freundes bestärken, zum ersten Mal in der Glosse (zu l. 50 §. 1 D. leg. I. quod attinet ad personam), dann z. B. in Tiraquell, Strykꝛc., aber in keiner irgendwo citirten Belegstelle vor.

25) — et cum jus facit haec. pronuntiatio quod attinet ad ipsius personam numquid legatariis teneatur? — Ein Bedenken gegen die Beziehung des quod attinet auf das vorhergehende möchte man vielleicht aus l. 14 D. appellat. cit. ableiten.

Folgen des Streitbeginns.

§. 100.

Als solche erscheinen

1. Die Litigiosität der Sache, welche im Laufe der Zeit verschiedene, an Ort und Stelle zu betrachtende Veräußerungsverbote nach sich gezogen hat [1]; —

2. Festigung der Klage gegen Zeit und Tod [2])

a. durch Perpetuation der Klagefrist für die temporären [3]), und Unterbrechung der temporis praescriptio gegen die perpetuae actiones [4]);

b. durch Vererblichkeit, überhaupt Transmittirbarkeit der bis dahin unvererblichen, untransmittirbaren Klagen [5]); —

3. Verantwortlichkeit des Beklagten, daß er nicht wenigstens jetzt den Kläger zufriedenstellt, mithin Haftung im Sinne des SC. Hadrianum über Erbschaftsklagen: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit, restituta esset hereditas [6]), also Prästation

a. der Gefahr in Betreff des Streitobjectes nach dem SC.

---

1) Gaj. 4, 117a. D. de litigiosis 44, 6 C. eod. 8, 37 Nov. 112 De litigiosis cap. 1; D. de alienatione judicii mutandi causa facta, 4, 7 C. eod.

2) l. 139 pr. D. r. j. 50, 17 Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent. l. 29 D. nov. 46, 2 — neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

3) — temporales perpetuantur: l. 8 D. fidej. et nom. 27, 7 — post. l. c. perpetuatur temporaria obligatio: l. 9 §. 3 D. jurej. 12, 2.

4) l. 3 C. praescr. 30 vel 40. a. 7. 39 „— nisi . . . fuerit subsecuta per executorem conventio“ vgl. die Unterbrechung der praescriptio longi temporis: l. 2 l. 10 C. praescr. longi t. 10 vel 20 ann. 7, 33 l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 — ex eo die quo possessor ad judicem vocatus est ad interrumpendam longi t. praescriptionem — l. 4 C. quib. non objiciatur longi t. pr. 7, 35 arg. l. 2 C. de ann. exc. Ital. contr. toll. et diversis temporibus et exceptt. et praescr. et interruptionibus 7, 40.

5) l. 58 D. o. e. a. 44, 7: Sciendum est ex omnibus causis contestatas et in heredem similesque personas transire; — omnes poenales: l. 26 eod. §. 1 J. perp. et temp. et quae ad heredes et in heredes transeunt 4, 12 poenales transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur: l. 8 D. fidej. et nom. 27, 7 l. 1 C. her. tut. 5, 54.

6) l. 40 pr. D. her. pet. 5, 3. Geltung für alle restitutorischen und exhibitorischen Klagen: l. 35 D. v. s. 50, 16; l. 17 §. 1 — l. 20 l. 15

schlechthin [7]), nach der Interpretation mit Nachlaß für die b. f. possessores [8]), und mit Milderung sogar für m. f. possessores [9]);

b. der Nebensachen (omnis causa) [10]), worunter namentlich auch die usucapionis causa und die des Nonusus, nämlich Restitution und Garantirung der inzwischen usucapirten Sache und Restitution der inzwischen durch Nonusus verlorenen Servitut bei Vindicationen gehört [11]).

Keine Folge des Streitanfangs, sondern eine Einrichtung theils der Litiscontestation theils des Urtheils selbst ist es, daß man nur über einen gegenwärtigen und unbedingten Anspruch den Streit contestiren, und das Urtheil seinen Entscheid über das Recht (nicht auch über andere Voraussetzungen der Condemnation oder Absolution, oder die Schätzung) nur nach dem Stande desselben zur Zeit der Litiscontestation richten kann [12]). — Eher ist der Ausschluß des Wahlrechts, in Fällen da derselbe nicht schon früher eintritt, im Sinne des neueren Rechtes nicht mehr der Consumtion sondern der Litisc. als Wahlhandlung zuzuschreiben [13]).

Das s. g. dominium litis ist als seine Folge der LC. son-

§. 3 l. 16 pr. D. v. o. 6, 1; l. 16 §. 4 D. pign. 20, 1; l. 19 §. 1 D. usuc. 22, 1. l. 2 eod. l. 12 §. 3 l. 14 §. 1 D. dep. l. 1 §. 5 — l. 11 pr.; l. 11 §. 2 l. 12 §. 4 D. ad exhib. 10, 4; — Geltung für stricti j. act. l. 3 §. 1 l. 34—36 l. 38 §. 7 D. usuc. 22, 1; l. 31 pr. D. r. cr. 12, 1; l. 91 §. ult. D. leg. I. l. 1 l. 2 l. 4 C. usur. et fruct. legat. 6, 47. l. 8 D. re jud. 42, 1. Ueber die historische Seite dieser Verantwortlichkeit s. Buchka Bd. 1 §. 9 bezüglich der stricti j. aa. Bd. 2 §. 16.

7) »damnari debebit secundum verba SCi« l. 40 pr. D. h. t. — ferner: »post lit. — contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse« l. 25 §. 7 cf. l. 20 §. 11 l. 31 §. 3 D. h. p. 5, 3 l. 3 C. fruct. 7, 51.

8) l. 40 pr. cit.

9) l. 14 §. 11 D. quod met. 4, 2 l. 15 §. 3 l. 16 l. 62 — pr. D. r. v. 6, 1 l. 20 §. 21 D. h. p. 5, 3 — l. 47 §. 6 D. leg. I.

10) z. B. l. 17 §. 1 D. r. v. cit. — non solum fructus sed etiam omnem causam praestandam — und überhaupt D. de usuris, et fr., et causis et omnibus acc. et mora 22, 1.

11) l. 35 D. v. s. 50, 163 §. 3 J. off. jud. 4, 17 l. 18 l. 20 l. 21 D. r. v. 6, 1; l. 8 §. 4 D. si serv. vind. 8, 5.

12) l. 35 l. 23 D. jud. 5, 1 cf. l. 30 pr. D. pec. 15, 1 l. 17 D. mand. 17, 1 l. 27 l. 42 D. r. v. 6, 1. Modification durch das omnia judicia absolutoria esse (vgl. oben §. 95. 1 u. S. 288, Nro. 4); in Betreff der Aestimation vgl. l. 1 § 2 D. commod. 13, 6 mit l. 3 D. cond. trit. 12, 3. Bangerow, §. 160 Anm. IV. 3. Eingehender Wächter, Erört. III. S. 120. IV.

13) vgl. z. B. Wächter, a. a. O. S. 115. 5. Krüger S. 207. Oben §. 94, Anm. 15.

dern als eine Folge der im römischen Rechte bis zuletzt bestandenen Unmöglichkeit der Stellvertretung in Contrahirung für Andere zu denken; denn ein gewisses contrahere liegt auch in der Litiscontestation [14]). Um eben deswillen ist es Antiquität [15]). Eine Folge der LC., aber nur in Einer Klagsart platzgreifend, ist die Condemnirbarkeit dessen der nicht besitzt aber liti se obtulit [16]).

Als Moment des Streitbeginnes gilt im Just. Rechte wenigstens nicht mehr überall die Litiscontestation, sondern für Litigiosität, Unterbrechung der Verjährung, und Verantwortlichkeit wegen des Prozeßirens die Mittheilung der Klage an den Beklagten [17]); allein der an sich treffenden Gegenbemerkungen von Planck [18]) und Buchka [19]) zu l. 33 D. o. e. a. 44, 7 [20]) ungeachtet und trotz der l. 10 §. 2 D si quis caut. 2, 11 wird es doch schwer, nicht selbst für den Eintritt der Vererblichkeit diesen früheren Zeitpunkt gelten zu lassen. Denn außerdem daß dort die conventio speciell Litiscontestatio bedeuten und dann gleichwohl noch Litiscontestatio als der Grund der Entscheidung, überdies mit „quasi", angegeben sein soll, würden es Constitutionen gewesen sein, durch welche die Transmission der Poenalklagen durch Litisc.

14) Rudorff, RG. Bd. 2. §. 72.

15) Wetzell, Civilpr. §. 9 Nro. 3. Bayer, Vorl. über gem. Civilpr. §. 188.

16) l. 45 D. her. pet. 5, 3 l. 25 l. 27 §. 1 D. r. v. 6, 1.

17) Nov. 112. cap. 1. „— litigiosam dici rem . . . . de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur, aut per judiciariam conventionem, aut per preces Principi oblatas et insinuatas judici —"; von Wächter, a. a. O. 114. 3 buchstäblich, u. E. zu buchstäblich bei der res litigiosa (im Gegensatze zu der actio litigiosa); — l. 7 pr. §. 1 §. 5 C. praescr. 30 v. 40 a. 7, 39 — ut lege cautum est, i. e. per solam conventionem — l. 3 C. ann. exc. 7, 40 — qui libellum conventionis ei transmiserit — und dazu Wächter, a. a. O., S. 90—96, wornach wohl auch die litisc. für die Unterbrechung der longi t. praescr. in l. 2 C. ubi in rem act. 3, 19 a. 331 u. l. 10 C. ann. praescr. l. t. 10 vel 20 am. Diocl. et Max. als geschichtlich stehen geblieben, oder nur auf den vorgelegnen Fall zu beziehen (l. 10 Rescript); — §. 2 J. off. jud. 4, 17 arg. l. 19 §. 6 in fin. D. her. pet. 5, 3 und vgl. wegen der Gegenargumente z. B. aus l. 40 pr. D. eod l. 20 D. r. v. Wächter, a. a. O. S. 108 unten fg. Windscheid §. 126, 5. Buchka, Bd. 2. §. 16.

18) Jena'sche Literaturzeitung v. 1844 Nro. 233. S. 931.

19) a. a. O. Bd. 2. §. 15.

20) Constitutionibus quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri: quasi lite contestata cum mortuo.

erst aufgekommen wäre. Näher liegt doch, daß nur Erstreckung der alten Litiscontestationsfolge auf jede Belangung des Gegners das Werk der kaiserlichen Constitutionen gewesen sei.

Wenigstens nach Justinianischem Rechte darf man also die Folgen der LC., alle oder die meisten, nicht mehr mit der novatio necessaria in Verbindung bringen [21]), es wäre denn, daß man diesen Quasicontract auf den Moment der Klagemittheilung oder sonstiger Betretung des Gegners zurückrückte [22]). Allein wenn man u. a. die weitgehenden Wirkungen bedenkt, welche von altersher die außergerichtliche Interpellation des Schuldners hatte, so können diese Wirkungen sämmtlich schon damals da sie sich noch als Folgen der Litiscontestation darstellten, unabhängig von der nov. nec. als Ausfluß lediglich der in der LC. liegenden, dann nicht mehr „einfachen" Anforderung an den Beklagten gedacht gewesen sein [23]). Ausfluß einer rechtsförmlichen Mahnung des Gegners, was sie jetzt sind, waren sie bei dieser Annahme von jeher.

E. Sicherung.

§. 101.

Die Geltendmachung und die Sicherung der Rechte sind beide gegen Rechtsverletzung gerichtet, jene wider eine gegenwärtige, diese gegen eine künftige, jene wider eine unbedingt vorhandene (S. 249. 355.), diese gegen eine nur vielleicht künftig einmal eintretende Verletzung. Gegen die vorhandenen muß man „handeln" (agere), gegen die möglichen, künftigen sich „vorsehen", „sicherstellen" (cavere).

Was nun die Sicherstellung im Einzelnen, und zwar vom Gesichtspunkte ihres Zweckes aus betrachtet anlangt, so geht

1. Eine Gattung derselben gegen die Bestreitung der Rechte, darum auf Herstellung von Beweismitteln [1]), so

21) wie z. B. Vangerow, §. 160 Anm. a. E. der ersten Alinea. Bayer, Vorl. §. 186. Dagegen Wächter, Erörtt. Hft. 2. S. 38 fgg.

22) Asverus, über die Denunciation der Römer und ihren geschichtl. Zusammenhang mit dem ersten prozeßleitenden Decret, Leipz. 1843. S. 182. S. 270 fg., wogegen Wächter, a. a. O. S. 64.

23) Den Gegensatz von litis contestatio zu simplex postulatio s. in l. 1 C. litisc. 3, 9.

1) vgl. Windscheid, P. §. 134. Nro. 1.

weit möglich für alle Zukunft. Diese erfolgt durch Beurkundung der Geschäfte und Ereignisse, durch welche die Rechte begründet oder erworben werden, es sei nun durch Zuziehung von Zeugen (testatio)[2]), oder Errichtung von Urkunden im engeren Sinne (instrumenta, documenta, cautiones, chirographa etc. — „Briefe", „Handvesten", „briefliche Urkunden"[3]), oder beides, „todte und lebendige Beweisung", zugleich[4]) — oder endlich durch ungeschriebene und stumme, nichtsdestoweniger verständliche, volksthümliche Zeichen des Abschlusses und Inhaltes der Geschäfte (Arrha — Kerbhölzer[5]). — Dies ist die einzige Art von Sicherung, der alle Rechte ohne Unterschied zugänglich sind, namentlich nicht blos Ansprüche, sondern auch die in sich beruhenden Rechte des Eigenthums, der ehelichen und väterlichen Gewalt[6]) u. s. f. Namentlich die Bestreitung meines Eigenthums kann auch in Gestalt einer Vindication durch den Gegner, also ohne daß ich (durch Besitzverlust) einen Anspruch erlangt habe, erfolgen. — Ein magistratischer oder richterlicher Zwang besteht zu dieser Sicherstellung nirgends, wohl aber ein gesetzlicher, insoferne das Recht im Interesse der gemeinen Rechtssicherheit zu der Gründung oder dem Erwerbe von Rechten gewisse Urkundsacten verlangt (mancipatio, injurecessio noch in classischer Zeit — Testament in späterer — Eigenthum an Immobilien und Hypotheken gemeiniglich heute[7]). Der Bestreitung unserer Rechte steht die Einklagung bereits beglichener Forderungen, und die Verkennung unserer Befreiung aus den Banden der Obligation gleich; auch gegen diese Form der Rechtsverletzung kann die Sicherstellung durch Beurkundung der

2) z. B. litis contestatio, test. s. v. »contestari« — »testari«: l. 8 D. lege comm. 18, 3 Gaj. I. 29 Dirksen, man. »testari« §. 3 u. testatio §. 2 — testimonium publicum u. privatum, fides publica, privata, vgl. Oesterley, Gesch. des Notariats in Betreff der Tabellionen §. 7. Strippelmann, der Beweis durch Schrifturkunden, §. 12 §. 23 §. 24.

3) Strippelmann, a. a. O. §. 2.

4) Strippelmann, a. a. O. §. 3.

5) Strippelmann, a. a. O. S. 15. Arrha: s. u. Anm. 9, 28.

6) Man bedenke das testimonium publicum bei fürstlichen Geburten.

7) vgl. J. Grimm, deutsche R. A. S. 608 — omnia sint firmata aut per chartas aut per testes, qui hoc probare possint, h. e. de mancipiis, de terra, casis vel silvis, ut postea non sit contentio — l. Bajuv. 15, 12.

Zahlung u. s. f. gerichtet (Quittung), gesetzlich nothwendig [8]), und abermals zur Befreiung selbst erforderlich sein (z. B. imaginaria solutio per aes et libram — Widerruf des Testamentes vor Zeugen).

Herstellung eines Beweismittels ist wie bemerkt auch die Einhändigung einer Arrha, als „argumentum rei contractae" (super negotio perfecto) [9]). Um an und für sich zum Beweise des Abschlusses zu dienen, wird die Arrha in einem herkömmlich hiefür bestimmten Gegenstande bestehen müssen [10]); sonst kann erst noch zu beweisen sein, daß sie kein Sicherungsmittel anderer Art (arrha poenitentialis super perficiendo oder perfecto negotio) sei (s. unten Anm. 28).

2. Eine zweite Gattung des cavere geht gegen dereinstige Nichterfüllung von Ansprüchen, insonderheit Forderungen, es sei nun, daß dieselbe in dem üblen Willen, oder aber in der Mittellosigkeit des Gegners ihren Grund bekommen sollte [11]). Sie sucht ihren Zweck durch Bindung des Gewissens, der Personen, und des Vermögens zu erreichen.

Die Bindung des Gewissens folgt durch den promissorischen Eid, dessen Bruch die Gottheit selbst und allein rächen sollte [12]), im römischen Rechte denn auch nur ausnahmsweise zugleich als Bindung der Person (obligatio) erscheint [13]), mithin

8) l. 18 C. test. 4, 20 — ut qui in scriptis a se debita retulerint, non . . audiantur, . . nisi V testes idonei et summae et integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae etc. —

9) pr. J. emt. et vend. 3, 24 l. 35 pr. D. c. e. 18, 1 l. 2 C. quando liceat ab emt. disc. 4, 45.

10) s. den Ring in l. 11 §. 6 D. a. c. e. v. 19, 1 l. 15 §. 15 D. instit. 14, 3 und bei Plautus, Mil. glor. IV. 1, 11 sqq. IV. 2, 18 sqq. III. 3, 38, sqq. unseren Trauring (Du lange s. h. v.); ein „Batzen" beim Aufkauf der Milch. Ueber arrha überhaupt Muther, Segnestration u. Arrest, Beil. II. Pignus u. arrha.

11) vgl. Windscheid, a. a. O. Nro. 2. u. 3.

12) wenigstens in Cicero's Zeit nach Danz selbst den Göttern überlassen war; ganz anders nach ihm in der alten Zeit: Lehrb. d. Gesch. d. röm. R.'s 2. Aufl. §. 149. der sacrale Schutz: Cap. I. u. V. Idee einer procuratorischen, im Namen Gottes zu unternehmenden Verfolgung des Schwörenden in c. 6 X. h. t. 2, 24 cogendos esse jurantes domino reddere sacramentum. —

13) l. 7 D. operis libert. 38, 1 l. 44 D. lib. causa 40, 12 l. 36 D. manum. test. 40, 4 Gaj. III, 83 Savigny, Syst. Bd. 7. S. 50; Gaj. IV. 185.

nur ausnahmsweise actionem nach sich gezogen haben kann[14]), erst spät und vereinzelt durch weltliche Strafe sanctionirt, und überhaupt rechtlich berücksichtiget worden ist[15]). Daß freiwillige eidliche Bekräftigung die Geschäfte Minderjähriger, um so mehr die der Majorennen gegen Anfechtung decken soll, hat im Römischen Rechte seinen Anlaß[16]), in der Authentica Fridericiana „Sacramenta puberum" zu l. 1 C. si adv. vend. (2, 28) seinen Grund[17]); daß dieselbe dagegen auch Nichtigkeiten heilen, und überhaupt obligiren soll, ist eine Lehre erst der Decretalen und der Decretisten[18]) und gemeinrechtlich besonders in neuerer Zeit mehr bekämpft als anerkannt[19]). — Von obrigkeitlichem Zwange zu diesem Eid ist bei den Praktikern, und zwar in dem Sinne die Rede, daß wo der Fall einer necessaria cautio vorliegt, man in Ermanglung materieller Sicherung zu diesem Mittel greifen könne[20]). Gegen Mittellosigkeit hilft er nichts. Am ältesten mag seine suppletorische Verwendung sein: durch Religion zu bewirken, was man von Rechtswegen nicht vermag[21]).

Die Bindung der Person besteht in einer Obligirung des Verpflichteten selbst, oder anderer Personen für ihn. Gewissermaßen ist jede Obligation, ob sie nun aus Delicten oder Contracten entspringe, eine Sicherung; denn im Klagrecht, das sie gewährt, liegt eine Sicherheit dafür, daß der Schuldner wozu ihn schon sein Wort (fides), oder die Billigkeit (aequum et bonum), oder die sittliche Verschuldung (dolus, culpa) drängen sollte, auch wirklich prästire. In einem bereits specielleren Sinne aber wird die Obligirung zur Sicherung, wenn sie contractlich, und zwar

14) wofür jedoch die von Unterholzner, Schuldverhh. §. 31. V. c. citirten l. 7 §. 16 D. pact. 2, 14 u. l. 5 §. 1 C. leg. I, 14 nicht beweisen. —

15) l. 41 C. transact. 2, 4 l. 13 §. 6 D. jurej. 12, 2.

16) l. 4 C. recept. 2, 56 vgl. aber Nov. 82 c. 11 und Auth. hieraus zu l. 4 cit.

17) l. 1 C. si adv. vend. 2, 28 Savigny, a. a. O. S. 51.

18) cap. 1. 2. 3. 6. 9. 23. 28. X. de jurej. c. 9. X. de arbitris J. H. Boehmer, jus eccl. Tom. I. lib. II. tit. 24. §§. 34—39.

19) vgl. Müller, promptuarium juris Tom. VI. p. 501. sub V. jur. promissorium. Windscheid a. a. O. §. 83a. Anm. 6.

20) Leyser, medit. spec. 34 Nro. 2. Müller a. a. O.

21) vgl. Mommsen, über die Clientel, röm. Forschungen S. 359 und die Eide zwischen dem Patron und Clienten; ursprünglich sacrale Natur der sponsio: Dion. I, 40 Danz, Lehrb. §. 150. I. b.

gefliſſentlich in einer Contractsart erfolgt, welche den Schuldner ſtrenger bindet, als es eine andere, natürlicherweiſe vielleicht näher gelegene, gethan haben würde [22]). So begreift ſich daß und wiefern die Obligirung des Verpflichteten ſelbſt eine Cavirung ſein kann. Gegen Mittelloſigkeit hilft die Sicherung dann nicht. Werden dagegen andere Perſonen neben dem Verpflichteten obligirt (Bürgſchaft in allen Formen), ſo kann damit ebenſoſehr der Inſolvenz als der Widerſpänſtigkeit geſteuert ſein; die cautio heißt dann satisdatio im Gegenſatz zur nuda repromissio [23]). — Auf die Cautio durch Obligatio, bei den Römern faſt immer durch stipulatio, bezieht ſich die Eintheilung der stipulationes in freiwillige (conventionales) und nothwendige, der nothwendigen in prätoriſche, richterliche (judiciales), und gemeinſam prätoriſche und richterliche, der prätoriſchen in prozeß- und rechtsſichernde (wieder judiciales und cautionales [24])).

Eine Bindung des Vermögens iſt buchſtäblich vorhanden im Falle der rerum obligatio (Verpfändung), mag nun der Verpflichtete ſelbſt oder ein Dritter für ihn verpfänden; allein unfrei wird das Vermögen, ein ganzes, oder ein gewiſſer Complex, oder ein einzelnes Stück desſelben auch durch Pfändung (pignus manifestarium [25]), pignus in causa judicati captum [26])), depositum apud sequestrem [27]), Arrha (poenitentialis) [28]), gerichtliche Sequeſtration [29]) und Immiſſion [30]). Dieſe realen Sicher-

22) Wechſel, Stipulation ſtatt Conſenſualcontracts: l. 1 §. 4 D. stip. praet. 46, 5. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione — l. 5 pr. D. v. o. 45 1 — quarum conventionalium stipulationum tot fere genera sunt quot . . rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationum fiunt, et pendent ex negotio contracto.

23) l. 5 §. 2 §. 3 D. v. o. 45, 1 l. 1 §. 5 D. stip. praet. 46, 5.

24) l. 7 §. 1 D. qui satisd. cog. 2, 8; l. 5 pr. D. v. o. 45; l. 1 pr. — §. 4 D. stip. praet. 46, 5.

25) vgl. oben §. 80. Anm. 1. 18. §. 81. I. 2.

26) ſ. oben §. 81. B.

27) l. 39 D. a. v. a. p. 41, 3 l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3.

28) super negotio perfecto: l. 6 pr. l. 8. D. leg. comm. 18, 3 l. 11 §. 6 D. a. e. e. v. 19, 1; s. negotio perficiendo: l. 17 C. fide instr. 4, 21 pr. J. emt. 3, 24.

29) l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24, 3 (cf. l. 3 §. 6 D. lib. exh. 43, 30) l. 5 C. quer. appell. 7, 65 l. unic. C. de prohibita sequestratione pecuniae, Muther, a. a. O. Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 112. 53.

30) in possessionem missio: D. quibus ex causis in poss. eatur

ungen (Realcautionen) erscheinen dem Römer zwar als idonea cautio, jedoch nicht als satisdatio [31]); — wenigstens dem Prätor erscheinen erst Bürgen „genug“ [32]) — vielleicht deswegen weil man in der Person auch deren Vermögen, nicht im Vermögen auch die Person hatte (vgl. S. 254. Alin. 2). Da sie von verschiedener Form und in keinen gemeinsamen Namen zusammengefaßt sind, wie die „Stipulationen,“ unterliegen sie quellenmäßig auch keiner Eintheilung. Aber der eine Theil beruht so sehr im Vertrag, daß wenn die Sicherung gleich kraft Gesetzes eintritt, dieses doch auf „stillschweigende Uebereinkunft“ zurückgeführt wird (tacita pignoris conventio, pignus tacitum, D. in quib. caus. pignus vel hyp. tacite contrahitur 20, 2 C. eod. 8, 15 „gesetzliche Hypothek“); der andere Theil, pignoris capio, missio, gerichtliche Sequestration beruht, von etwaigen Strafklagen gegen Widersetzlichkeit (D. 43, 4) abgesehen, auf obrigkeitlicher Gewalt; diese Gewalt äußert sich aber nicht bloß als Zwang (vis compulsiva), wie bei den prätorischen Stipulationen, sondern, weil auf Unterwerfung von Sachen gerichtet, in absoluter Gewalt (s. ob. §. 81 bes. Anm. 19). Mehr oder weniger aber sind alle diese Cautionen zugleich die Einleitung von Executionen (S. 260 Alin. 1).

Jene nothwendigen (prätorischen) Cautionen (Stipulationen) die keine bloßen Prozeßcautionen sind [33]), „haben instar actionis“ [34]), weil dem Interessenten eine selbständige klagsartige Postulation mit darauf folgender contentiöser Verhandlung [35]) und einer der

42, 4 D. de rebus auctoritate judicis possidendis C. 7, 72 D. ne vis fiat ei qui in poss. missus erit 43, 4. Uebersicht der einzelnen Fälle Sintenis a. a. O. §. 35. II.: a. rei servandae causa (vgl. oben S. 260. Alin. 1), wohin auch die missio damni inf. causa — b. legatorum servandorum causa, — c. ventris nomine.

31) l. 59 §. ult. D. mand. 17, 1.

32) l. 7 D. praet. stip. 46, 5. Praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium; et neque pignoribus quis, neque pecuniae, vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. cf. l. 1 D. qui satisd. cog. 72, 8 l. 3 §. 1 D. Si cui plus quam per leg. Falc. licet 35, 3.

33) am besten bei Rudorff, RG. Bd. 2 §. 56, 12—23 zusammengestellt. —

34) l. 1 §. 2 D. h. t. 46, 5 l. 37 pr. D. o. e. a. 44, 7 l. 10 §. 3 D. comp. cf. l. 20 D. rat. rem hab. 46, 8.

35) vgl. Keller, Civilpr. §. 77. 887. B.-Hollweg, Civilpr.

Klageformulirung vergleichbaren Abfassung der Stipulation [36]) zusteht. So grenzt hier cautio an actio, Sicherung an Geltendmachung; aus dem obrigkeitlichen Sicherungszwange ist ein Recht auf Sicherung hervorgegangen [37]), das der zu Sichernde klageweise geltend macht. Einer von diesen Sicherungsansprüchen geht über die Magistratur auf das jus civile und zwar die XII Tafeln zurück; es ist das der Fall, in welchem ohne die Caution bei eintretender Verletzung nicht nur keine „nova actio“ [38]), sondern überhaupt keine actio vorläge [39]). —

Nicht mehr Sicherung gegen künftige Verletzungen, sondern Abwehr bereits eingetretener Eingriffe und Rechtsanmaßungen, also nicht mehr cautio, sondern bereits actio sind die prohibitio mit nachfolgendem int. quod vi aut clam und die operis novi nunciatio. Reservationen und Protestationen [40]) dagegen gehen am Ende auf Sicherung gegen künftige Rechtsverletzung aus; allein zunächst sind sie gegen falsche Deutung von Willenserklärungen [41]), Handlungen [42]) und Thatsachen [43]) gerichtet.

Bd. 2. S. 727. Rudorff, RG. Bd. 2. §. 56. s. z. B. l. 13 §. 3 l. 14 l. 15 §. 28 D. damni inf. 39, 2.

36) z. B. l. 13 §. 15 eod. überhaupt l. 52 D. v. o. 45, 1.

37) S. 215 unten z. B. l. 18 pr. eodem. Dammi infecti stipulatio (sc. actio) competit non tantum etc. l. 4 §. 2 D. rem pupilli 46, 6 — hac stipulatione (sc. actione) teneri tam eum etc.

38) l. 1 §. 2 D. h. t. 46, 15 Cautionales sunt autem quae instar actionis habent, et ut nova actio sit intercedunt. —

39) l. 7 §. 1 D. de damno infecto 39, 2. Hoc edictum prospicit damno nondum facto — de damno vero facto nihil cavetur — l. 6 eod. Evenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita ea cautione: veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint —; Gaj. IV, 31 Tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale judicium fit — wozu l. 5 D. ne quid in loco publ. 43, 8 und Huschke, Gajus S. 208 fgg.

40) vgl. Wächter, w. Priv. Bd. 2 §. 53 Windscheid, P. §. 72. Anm. 11. u. 12.

41) z. B. l. 4 § 1 D. quib. mod. pign. 20, 6.

42) l. 20 §. 1 D. a. v. o. h. l. 14 §. 7 §. 8 D. relig. 11, 7 l. 1 §. 11 D. agnosc. et al. lib. 25, 3.

43) l. 16 D. SC. Maced. 14, 6 cf. l. 142 D. r. j. 50, 17 und das qui tacet consentire videtur (c. 43 reg. jur. in 6°).

F. Aufhebung.

1. Definition.

§. 102.

Unter der Aufhebung von Rechten denken wir nur an Ereignisse, welche die Rechte schlechthin aufheben, also nicht an die Succession, den Uebergang oder die Uebertragung von Rechten, bei welcher das Recht an sich fortdauert, und nur für seinen bisherigen Inhaber aufhört (§§. 74—77). Eine allgemeine technische Bezeichnung kommt für die Aufhebung oder den Untergang der Rechte selbst nicht vor; nur der obligatio, welche ihrer Natur nach zeitlich ist (§. 74), entspricht die solutio et liberatio (D. de solutionibus et liberationibus); die Ereignisse dagegen, welche den Untergang der Rechte herbeiführen, haben weithin ihre Terminologie, und werden mit dieser zum Theil noch in dieser allgemeinen Betrachtung unter den „Aufhebungsgründen" (Nro. 4), zum Theil in der Lehre von den einzelnen Rechten zur Darstellung gelangen.

2. Gegenstand.

§. 103.

Als Gegenstand der Aufhebung erscheint

1. bei gewissen Rechten nicht unmittelbar das Recht selbst, sondern zunächst die Sache, woran, oder die Person, der, oder der Besitz durch den das Recht zusteht, und nur folgeweise oder mittelbar das Recht selbst. Es gibt kein Ereigniß, durch welches das Eigenthum unmittelbar aufgehoben würde; die usucapio ist Uebertragung (§. 76, Anm. 28), die Dereliction eine Dereliction des Besitzes [1]), der Untergang durch Flucht Verlust des Besitzes [2]), der Untergang durch Erdbeben, Brand u. s. f. ein interitus rei [3]), der durch Ueberfluthung [4]) desgleichen, oder gar kein Untergang, sondern (als publicatio) Uebertragung. Auch die väterliche Ge-

1) l. 17 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 17 D. pro derel. 41, 7.
2) l. 3 §. 2 — l. 5 §. ult. l. 55 D. a. r. d. 41, 1. Oben §. 29. Anm. 17.
3) l. 1 C. jure emph. 4, 66.
4) l. 7 §. 5 §. 6 D. a. r. d.

walt erlischt nur folgeweise, aus den Personen (Tod, capitis deminutio, Inauguration ꝛc., Mündigkeit und Selbständigkeit des Kindes nach deutschem Rechte), oder was man Aufhebung nennen möchte ist blos Uebertragung (auf einen neuen Gewalthaber, nach Art der modernen in adoptionem datio), oder „constitutive Succession" (in Ansehung dessen der mancipio bekam bei der alten Emancipation und in adoptionem datio) (vgl. §§. 46, 48, 49). — Von den verschiedenen modis tollendi obligationem dagegen sind die meisten und vornehmsten unmittelbar auf das Forderungsrecht selbst gerichtet. Was durch Zahlung, Acceptilation, pactum de non petendo, Novation, mutuus dissensus, Kündigung anderes als das Forderungsrecht, Haftung und Schuld selbst getilgt wird, oder getilgt werden soll, läßt sich nicht angeben, während bei der Aufhebung durch casus und Tod allerdings zunächst der Gegenstand der Forderung oder die Person des Gläubigers oder Schuldners, das Forderungsrecht selbst aber nur mittelbar untergeht. Aehnlich wie mit den Forderungen verhält es sich mit den aus dem Eigenthum und anderen dinglichen Rechten entstandenen Ansprüchen oder Klagrechten, nur daß in allen den Fällen, wo nur dieses Klagrecht, und nicht das dingliche Recht zugleich (etwa casu) untergeht, dasselbe stets unmittelbar oder als solches, es sei nun ipso jure oder ope exceptionis, untergeht (z. B. durch Vergleich, Verjährung, Urtheil). — Gleichmäßiger vertheilen sich beiderlei Weisen bei den Servituten. Der Grund des Unterschieds aber dürfte in der Natur der Rechte selbst liegen, in der angeborenen Perpetuität der einen, in der angeborenen Zeitweiligkeit der anderen (§. 74).

2. In obigem ist bereits ausgesprochen, daß ein Recht möglicherweise in seiner Folge, nämlich in dem aus ihm geborenen Anspruch oder Klagrecht (S. 248 fg. §. 93) aufgehoben wird, während es in seinem Grunde, es selbst oder an sich, fortbesteht. Das kommt entschieden bei dinglichen Rechten vor, zeigt sich z. B. darin, daß wenn causa expressa vindicirt wurde, trotz der exceptio rei judicatae gegen diese Vindication, noch immer gegen dieselbe Person, und daß jedenfalls, auch wenn non expr. causa vindicirt wurde, immer noch gegen Dritte vindicirt werden kann (S. 340. 2.); wäre das Eigenthum selbst, nicht blos der An-

spruch zwischen Kläger und Beklagtem Gegenstand der Consumtion und der exc. r. j. gewesen, so wären die alten Veräußerungsverbote betreffs der res litigiosa (§. 100. 1.) weder möglich noch nothwendig gewesen, u. s. f. — Denselben Unterschied pflegt man auch innerhalb der Forderungen zu machen, voraussetzend oder behauptend, daß die Forderung selbst etwas anderes oder ein mehreres sei als Klagrecht [5]), was aber nach wie vor nicht einzuräumen ist [6]). Verschieden von der Frage ob die Obligatio noch anderen Inhalt habe als Klagrecht, ist die ob in der Obligatio stets entschiedenes, und nicht oft ein blos eventuelles Klagrecht enthalten sei; wer diese bejaht, wie sie angesichts sämmtlicher b. f. contractus, oder sämmtlicher Obligationen die noch nicht „Schulden" (debita) sind, unbedenklich bejaht werden muß, ist noch für keinen anderen Inhalt, sondern nur für einen Unterschied in demselben Inhalte. Daß es klaglose Forderungen gibt bildet keinen Gegenbeweis, wenn sich als Inhalt dieser Forderungen ein bloßes Diminutivum des Klagrechts, das Recht der Geltendmachung in der Defensive nämlich (§. 78 Alin. 1), herausstellen sollte.

3. Rechtsquelle.

§. 104.

Die verschiedenen Aufhebungen der Rechte haben was das römische Recht anlangt ihren Ursprung und ihre Gewähr theils im Jus, theils in der Jurisdiction.

Was das Jus anlangt, haben sowohl das eigenthümlich-römische (jus civile), als das aus dem Völkerverkehr entnommene, auf Grund der Aequitas und Fides entwickelte, so wie aus dem Begriffe der Dinge (ratio naturalis) gefolgerte jus gentium und naturale ihre Producte auch unter den Aufhebungen der Rechte. Aber gleichmäßig betheiligt sind diese zwei- oder dreierlei Rechtsquellen wohl nur an den Aufhebungen der Forderungen gewesen; da gab es imaginariae solutiones von speciell römischem, Acceptilationen und Pactionen von völkerrechtlichem Gepräge, Solu-

5) Kuntze, die Obligation und Singularsuccession d. r. und heutigen Rechtes, Leipzig 1856. S. 10 oben.
6) vgl. Windscheid, §. 251. 4.

tionen von begriffsnothwendiger Natürlichkeit [1]). Zur Aufhebung des Eigenthums haben weder die Römer, noch ihre Nachbarn und Verbündeten etwas Besonderes ersonnen; man nahm sie hin so weit man mußte, — naturali ratione [2]). Freier gestaltete sich schon wieder die Aufhebung der Eigenthumslasten (jura in re); sie ist unter eigenen Titeln behandelt, gleich der der Obligationen [3]).

Die Jurisdiction und ihre Zuthat (imp. mixtum) schuf Aufhebungen der Rechte in Gestalt von Exceptionen und in integrum restitutiones. Der i. i. restitutio, die keine bloße Aufhebung, auch nicht immer Aufhebung der Rechte ist, wird schließlich an dem ihr eigenen Orte gedacht werden (G.). Die Exceptionen dagegen sind von den blos dilatorischen abgesehen nichts als Aufhebung von Rechten und darum ihrem allgemeinen Wesen nach sofort hier zu behandeln.

Die Exceptionen.

§. 105.

Name.

D. de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis 44, 1. C. de except. seu praescr. 8, 36 J. de exc. 4. 33.

Zunächst die gewisse, wider einen rechtsbeständigen Anspruch gerichtete Vertheidigungshandlung selbst, die sie von allem Anfang war [1]), bedeutet „exceptio“ auch die Möglichkeit, und woferne sie keine bloße Ausflucht ist, die Zuständigkeit dieser Vertheidigung. Nur nach dieser letzteren Bedeutung kann es peremtoriae quae perpetuo valent und dilatoriae excc., die nur ad tempus gelten [2]), geben; denn nur die Möglichkeit und Zuständigkeit einer Handlung, nicht die Handlung selbst kann als ein Ding von unbegrenzter oder auch nur längerer Dauer gedacht werden. — Ferner zunächst ein Activum, nämlich die (durch „Ausnehmung“ von Fällen aus der Bedingung der Condemnations-

1) Uebersicht: Gaj. III. §. 168—181. J. quib. mod. toll. oblig. 3, 30.

2) z. B. l. 7 §. 7 D. a. r. d. 41, 1.

3) D. quib. mod. ususfr. vel usus amittitur 7, 4. D. quemadm. servv. amittuntur 8, 6 D. quib. mod. pignus vel hyp. solvitur 20, 6.

1) Gaj. IV. 116 Comparatae . . . sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur — —

2) Gaj. IV. 121.

vollmacht erfolgende) prozeßualische „Ausschließung" der Condemnatio [3]), bedeutet exceptio folgeweise auch das diesem Activum entsprechende Passivum, die materiellrechtliche Rückwirkung dieser Ausschließung auf das geltendzumachende Recht oder den zu verfolgenden Anspruch, mithin wie exclusio nicht nur Ausschließung sondern auch Ausschluß der actio.

Des näheren heißen die Exceptionen in factum oder doli excc., je nachdem eine von Schuld oder Nichtschuld des Klägers unabhängige Thatsache den Grund zu der „exceptionis defensio" [4]) bildete und als solcher gefaßt wurde [5]), oder aber eine gewisse Verschuldung, nämlich ein dolus malus des Klägers den Grund zu derselben abgab [6]). Dieser dolus ist entweder vor der Klage begangen, und hat als Ursache zu der Begründung des Anspruches selbst oder seiner Höhe mitgewirkt (s. g. dolus praeteritus) [7]), — oder er wird durch die Klage, dadurch daß Kläger klagt, begangen [8]) (s. g. dolus praesens). Grund zu dieser exc. doli praesentis ist überall vorhanden, wo zuvor schon, entweder dolo malo oder durch eine Thatsache ohne dolus eine exc. begründet ist: quia dolo facit quicunque id quod quaque exceptione elidi potest, petit [9]). Darum kann namentlich anstatt jedweder in factum exceptio exc. doli fungiren [10]) und nennt man unsere exc. d. praesentis auch exc. d. generalis. Daß umgekehrt auch die exceptiones doli alle in in factum excc. auflösbar gewesen,

3) l. 2 pr. D. h. t. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.

4) l. 56 D. cond. ind. 12. 6.

5) z. B. „Si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur" Gaj. IV, 119; ferner eod. §. 126; D. de exc. rei venditae et traditae 21, 3; Gaj. IV, 117 l. 9 §. 3 cf. §. 1 D. quod met. 4, 2 l. 4 §. 33 D. doli m. exc. 44, 4: — exc. in rem scripta est: „Si in ea re nihil metus causa factum est", ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid. —

6) „Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est" — l. 2 §. 1 D. exc. doli m. 44, 4 — „neque fiat" Gaj. IV, 119.

7) vgl. z. B. l. 9 pr. l. 18 §. 3 D. dol. m. 4, 3.

8) — inter initia nihil dolo malo fiat, attamen nunc petendo facit dolose — l. 2 §. 5 D. h. t. 44, 4.

9) l. 2 §. 5 cit. cf. §. 3 eod.

10) l. 2 §. 5 cit. — generaliter sciendum est, ex omnibus in factum excc. doli oriri exceptionem: quia dolo facit etc. inter initia nihil d. facit etc. cf. Gaj. 4, 119. S. i. e. r. nihil dolo.... factum sit neque fiat —

läßt sich nicht behaupten [11]); vielmehr scheint zu der in factum exc. ein von dem dolus in der That unabhängiger Exceptionsgrund gehört zu haben, wie z. B. Paktum, Judicat, Eid [12]).

§. 106.

Wirkung.

Ist die Zuständigkeit einer exceptio gegen eine bestimmte actio, petitio eine zeitlich unbeschränkte, dieses Klagrecht also für immer aus geschlossen, („perimirt", exceptio peremtoria), so müssen diejenigen Rechte, welche in nichts anderem als in diesem wo nicht schon geborenen so doch schon gezeugten Klagrecht wider eine gewisse Person bestehen, die Forderungen nämlich und die forderungsartigen dinglichen Ansprüche (actio petitioque — §. 93 §. 78) mit dem Dasein jener Zuständigkeit in der That aufgehoben sein. Diese Folgerung bestätigen die Quellen in allgemeinen Aussprüchen [1]), und in allen erdenkbaren Richtungen der Anwendung [2]). Nichtsdestoweniger denken die Meisten an eine nicht etwa blos nominelle, sondern materielle Fortexistenz auch der auf immer exceptionsmäßigen Forderungen und forderungsartigen Ansprüche. Dies tritt theils in eigenen Ausführungen [3]), theils in der Gewohnheit, solche Forderungen als blos „anfechtbare",

11) arg. l. 4 §. 8 D. h. t. 44, 4, — dicentium ita esse excipiendum „Si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur"; sed est verius exceptionem d. m. nocere debere.

12) Anders Birkmeyer „jede Exc. „exc. in factum" u. a. wegen l. 20 D. h. t. 44, 1.

1) l. 66 D. r. j. 50, 17 Marcellus: desinit esse debitor is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem die nicht selbst wieder, replicatione, entkräftet ist. S. übrigens Albrecht, die Exec. des gem. Civilr.'s 1835. S. 29 fg. l. 42 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 l. 55 D. v. s. 50, 16 Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest — l. 8 §. 9 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 95 §. 2 D. solut. 46, 3: obligatio, stipulatio „inanis" l. 25 D. v. o. 45, 1 stipulatio „quasi nulla" l. 20 §. 3 D. lib. causa 40, 12 — dicendum est, non esse obligatum — l. 112 D. r. j. Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

2) indebiti condictio: l. 40 pr. D. h. t. 12, 6; compensatio: l. 14 D. h. t. 16, 2; constitutum debiti: l. 3 §. 1 D. h. t. 13, 5. legatum liberationis: l. 13 D. h. t. 34, 2. s. auch l. 8 §. 9 u. l. 95 §. 2 citt.

3) s. bes. Scheurl, Beitr. zur Bearb. d. r. R.'s Nro. 14 S. 19.

mithin als bis zur Anfechtung materiell existent zu denken [4]), theils in der Diction, indem man den Effect auch der „perimirenden" Exceptionen als einen blos „hemmenden" bezeichnet [5]), unzweideutig zu Tage. Der am wenigsten ausgesprochene, deswegen aber nicht am wenigsten wirksame Grund dieser Anschauung dürfte jedoch der sein, daß man in der Forderung mehr als Klagrecht zu denken pflegt, während die Exceptio nichts als Klagrecht aufhebt. Allein die Forderung ist nichts als actio (S. 248. Anm. 7). Von Einfluß ist ferner die Meinung, daß jede Exceptio in einem Rechte des Beklagten („Gegenrecht") ihren Grund habe [6]); denn darnach muß die Wirksamkeit der Exceptio davon abhängen, daß der Berechtigte von seinem Gegenrechte Gebrauch macht, bis dahin also das Klagrecht existent sein; allein diese Meinung ist nun mehr und mehr verworfen [7]); in der That läßt sich nicht verkennen, daß manchen Exceptionen (z. B. doli praeteriti, rei judicatae) kein Recht des Beklagten, sondern nurmehr eine Thatsache zu Grunde liegt, und daraus folgern, daß selbst wenn in der Exceptio ein Recht des Beklagten zum Vorschein kommt (z. B. exc. dominii, ususfructus), die Exceptio doch auch hier nicht erst in diesem Rechte, sondern in einem tieferliegenden, den Exceptionen allen gemeinsamen Elemente ihren Grund hat, mögen sie sich nun auf Thatsachen, oder auf Rechte des Beklagten stützen. Unerheblicher ist es, wenn man die Zuständigkeit der Exceptio selbst als ein Recht und Gegenrecht des Beklagten faßt, und schon daraus die Folgerung zieht, daß das Klagrecht bis zur Geltendmachung der exc. fortbestehe; denn ein gleiches ließe sich auch aus der Geltend-

4) Savigny, Syst. Bd. 4. S. 537. u. S. 539 Abs. 2. Puchta, P. §. 67 b Wächter, Württ. Privatr. §. 69 S. 509 vgl. §. 86 I. Arndts, P. §. 79. Windscheid, §. 82. 1. Unger, östr. Privr. §. 91. Z. 3 und B. S. 159.

5) Windscheid, P. §. 47.

6) Savigny, Syst. Bd. 5. §. 225. Puchta P. §. 93. Arndts, P. §. 101. Maxen, über Beweislast, Einreden u. Exc. Gött. 1861 S. 21 sgg. B.-Hollweg, Civilpr. Bd. 2 §. 99.

7) vgl. Windscheid, P. §. 47. Anm. 2 u. zu den dort Angeff. (Bekker, Wetzell, Krüger) nun auch Eisele die materielle Grundlage der exceptio, Berlin 1831 Birkmeyer, die Exceptionen im b. f. judicium, Erlangen 1874. S. 39, woselbst ausführliche Beleuchtung der verschiedenen Ansichten; u. abermals Bekker, Akt. B. 2. Beil. P. „Ueber das Prinzip der Excc. u. über die Einreden des heutigen R.'s S. 275.

machung all der Thatsachen und Gründe folgern, die das Klagrecht längst und ipso jure aufgehoben haben [8]). Endlich bemerkt man, daß in einigen Anwendungen die (peremtorisch) exceptionsmäßige Forderung gleichwohl als fortbestehend behandelt werde [9]), — was um so mehr in's Gewicht fällt, als namentlich damit die practische wie theoretische Bedeutsamkeit des Unterschiedes der exceptio von bloßer Verneinung und Einrede demonstrirt und sein Fortbestand im heutigen Rechte vertheidiget wird [10]). Indessen, daß ein exceptionsweise befreiter Schuldner delegirt werden kann, beweist für den Fortbestand der Schuld nichts, da selbst ein non debitor delegirt werden kann [11]); die beiden anderen Erscheinungen laufen auf eine das nominelle Dasein proceßualisch benützende Wiederherstellnng der aufgehobenen Forderung hinaus, die von deren Fortbestand zu unterscheiden sein dürfte; wenigstens ließen die römischen Juristen sich durch sie nicht abhalten, zu sagen: Die durch peremtorische exceptio entkräftete Forderung sei gleich keiner [12]).

Ueberall ist es nur das bereits gegen eine bestimmte Person gerichtete Klagerecht, eine Forderung oder ein forderungsartiger Anspruch, was durch exceptio, zeitweilig oder auf immer, ausgeschlossen, aufgehoben wird; jenes erst in niederster Potenz vorhandene, noch gegen keine bestimmte Person gerichtete und zu keinem Anspruch erhobene Klagrecht (vindicandi, prohibendi potestas — S. 316), oder die dinglichen Rechte an und für sich, können durch keinerlei exceptio beseitiget werden [13]). Daß dagegen die aus letzteren entstandenen Ansprüche (petitiones) der exceptio so sehr unterliegen als die Forderungen und gleich diesen durch die „Ausnahme" thatsächlich so völlig zu nichte werden, wie wenn sie der Regel nach (ipso jure) aufgehoben wären, zeigt sich allenthalben [14]).

---

8) vgl. Bekker, Conf. S. 94. Birkmeyer, S. 36 oben.

9) Wiederaufrichtung durch entgegengesetztes pactum (ut petatur) l. 27 §. 2 D. pact. 2, 14 Scheurl, a. a. O.; Verwendbarkeit zum legatum debiti l. 28 D. leg. I. l. 13 D. lib. leg. 34, 3; Delegirbarkeit l. 12 l. 19 D. nov. 46, 2. daß allfälliges Uebrigbleiben einer naturalis obl. nichts entscheide, anerkannt.

10) Windscheid, a. a. O. Anm. 1 u. die dort Agff.

11) l. 13 D. nov. 46, 2.

12) S. hingegen wieder Birkmeyer, §. 11.

13) vgl. exc. r. jud. oben S. 337.

14) z. B. wider rei vindicatio die exceptio pacti de non petendo

Blos „hemmend" sind nur die dilatorischen Exceptionen [15]); den zerstörlichen Charakter, den selbst sie annahmen, wenn währenddem sie bestunden, gleichwohl geklagt wurde, haben sie noch im römischen Rechte verloren [16]).

Soll eine exceptio peremtorisch sein, so muß sie „rei cohaerens" [17]), d. h. nicht Ausnahme zu Gunsten blos dieses Beklagten oder blos gegen diesen Kläger (personae cohaerens)[18]), sondern Ausnahme für und gegen Alle sein, welchen oder wider welche dieser Anspruch zusteht. Diese Einschränkung auf eine Person kommt inmitte nicht nur der durch Succession [19]), sondern auch der durch Correalität [20]) sich ergebenden Mehrheit von Personen vor. Hier stoßen wir aber auf das Paradoxon einer exceptio, die weder peremtorisch noch dilatorisch ist; denn von den Uebrigen oder wider die Uebrigen kann sofort geklagt werden; die exceptio ist hier eine Befreiung für immer, aber nur dieser oder von dieser oder jener Person.

Als (eine auf das Gegentheil der Exceptionsbehauptung gestellte) Bedingung der Condemnationsvollmacht [21]) kann die Exceptio nur die Alternative der Condemnation oder Absolution nach sich ziehen [22]); denn Bedingungen sind untheilbar [23]). Wenn die Exc. gleichwohl einmal als eine Bedingung bezeichnet wird, welche die Condemnation bald ausschließt bald mindert [24]), so muß an eine conditio weiteren (den Modus mitbegreifenden) Sinnes und an eine exceptio von modificirender, nicht hypothetischer Gestalt gedacht werden.

---

l. 27 §. 8 D. pact. 2, 14 exc. rei venditae et traditae D. h. t. 21, 3 exc. rei judicatae S. 340,2.

15) Beispiele: Gaj. IV, 121 l. 2 §. ult. l. 3 D. h. t. Ob aus einem dies? cf. Gaj. IV. 53. 131.

16) mit Gaj. IV, 123 vgl. §. penult. J. h. t. und dazu §. 83 Anm. 12.

17) l. 7 §. 1 D. h. t.

18) l. 7 pr. eod.

19) z. B. l. 57 §. 1 D. pact. 2, 14.

20) l. 7 pr. §. 1 citt. l. 5 D. lib. leg. 34, 3.

21) Gaj. IV, 119; wie l. 7 §. 9 D. de dolo m. 4, 3 — sub exceptione hac: »Si collusum est«? vgl. Bekker, Akt. Bd. 2. S. 285.

22) wie schlechthin nach Gajus IV, 115—129 Ulpianus l. 2 D, h. t. Gaj. 119 — ut condicionalem faciat condemnationem. —

23) z. B. l. 85 §. 6 D. v. o. 45, 1.

24) l. 22 D. h. t. E. est conditio quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. —

Dies bewährt sich an dem einzigen sicheren Falle der blos „mindernden" Exceptio, nämlich der exc. quod quis facere potest [25]).

§. 107.

Grund.

Das Element, aus dem alle Exceptionen geschöpft sind, oder der allen gemeinsame „materielle Grund" ist die Billigkeit (aequitas) [1]); der historische Anlaß, der zu ihrer Aufstellung gedrängt hat, die zur Unbilligkeit führende Geradheit des „Rechtes" [2]), und der Umstand, daß die ältesten und wichtigsten Klagen auf das „Recht" gestellt (in jus concipirt) waren; die Gewalt, oder besser die Gerechtsame kraft deren sie dem „Recht" entgegengesetzt wurden und dieses gebeugt haben, die Jurisdiction [3]). Scheinen manche Exceptionen viel mehr utilitatem als aequitatem zu verfolgen, so darf man sich nicht auf das Surrogat aller, die exc. doli generalis zurückziehen [4]); denn diese setzt jene Exceptionen voraus [5]).

25) l. 7 pr. D. h. t. l. 63 §. 2 D. pro soc. 17, 2 l. 17 §. 1 D. sol. matr. 24, 3 l. 33 D. novat. 46, 3 cf. l. 19 l. 49 D. r. jud. 42, 1. Keller, Civilpr. §. 36. 401. — S. dagegen Dernburg, Comp. §. 22.

1) Gaj. IV. 116 pr. J. h. t. Cic. partitiones orat. cap. 29 §. 102 — qui defendit resistat oportet . . . aut inficiando . . . aut aequitate opponenda — ibid. cap. 28 §. 100 »de excipienda iniquitate actionis« Albrecht, a. a. O. S. 13 fgg. Eisele, S. 37, und mit Durchführung durch die einzelnen Exceptionen Birkmayer, §. 16.

2) Donatus in Terent. Adelph. I, 1 Inter jus et aequitatem hoc interest: jus est quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas est, quae de jure multum remittit. —

3) l. 3 §. 1 D, pec. constit. 13, 5. Si quis . . constituerit, quod jure civili debet, jure praetorio non debeat, i. e. per exceptionem: an constituendo teneatur? Et est verum . . . non teneri — Gaj. IV, 118, 110. wozu die praetoriae exceptiones in Cic. invent. II. 19, 57 auct. ad Herenn. I, 12, 22 l. 5 C. pact. 2, 2, das auxilium certis ex causis in l. 10 C. h. t. und l. 95 §. 2 D. solut. 46, 3, die tuitio u. inhibitio durch den Praetor l. 4 §. 32 D. doli m. 44, 4 l. 34 D. o. e. a. 47, 7 und hauptsächlich Eisele, 4. Kapitel. — Im wesentlichen dieselbe Herleitung der exce schon bei A. Hummel, Berichtigung der gewöhnlichen Theorien über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben, Gießen 1804 (vgl. Birkmayer, §. 5), dann bei Albrecht 1. u. 2. Buch, Krüger, proz. Conf. §. 5 u. Bemerkungen zu B.-Holwegs Civilpr. in Zeitschr. f. Reg. VII. S. 219 fgg. Eisele Kap. I. u. IV. und dessen Besprechung in meinem Aufsatze: Gibt es noch Exceptionen? Münchner Vierteljahrsschr. Bd. 14, Nro. 9.

4) wie Birkmayer, S. 129.

5) l. 2 §. 5 D. dol. m. exc. 44, 4 — dolo facit qui quod quaque exceptione elidi potest, petit — vgl. §. 105. Anm. 12.

Wohl aber begegnet uns die aequitas in den Quellen nicht selten da, wo wir sie nicht erwarten [6]), und so dürfte sich denn auch die geheime Verbindung zwischen ihr und der exc. rei judicatae noch herausstellen [7]). Offenbar das aequum aber ist es, in dem auch exceptio dominii etc., kurz alle jene ein „selbständiges" Recht des Beklagten im Munde führenden Exceptionen ihren tieferen Grund haben [8]); warum sollten Rechte des Beklagten das iniquum condemnationis minder substanziren [9]) können, als sonst welche Thatsachen?

Das „Recht", welches die Exceptionen wider sich heraufbeschworen hat, wird vor allem anderen das jus im engsten und strengsten Sinn (jus civile im Sinne des jus Quiritium), innerhalb der in personam actiones also das jus strictum gewesen sein; allein jus, und zwar noch jus civile oder im „jus" schlechthin begriffen ist vieles aus dem aequum und bonum stammende Recht, ist namentlich das Recht der b. f. negotia [10]); und auch in diesen seinen Weiterungen sehen wir das „Recht" trotzdem exceptio doli b. f. judiciis inest (Anm. 17) noch Exceptionen ausgesetzt [11]): es sei nun daß die bona fides und das aequum et bonum der b. f. negotia die Aequitas nicht erschöpfte und nicht erschöpfen wollte, vielmehr nur die speciell diesen Geschäften ziemliche Treue, Gerechtigkeit und Güte sein sollte, so daß darüber hinaus noch manche Aequitas lag, welche ebenso sehr gegen das zur Regel [12]) abgeschlossene jus aequum der b. f. judicia, als entgegen dem jus strictum Anerkennung verlangte [13]); man be-

6) z. B. l. 1 §. 2 D. ad SC. Vellej. 16, 1 cf. l. 2 §. 1 eod.

7) zu dem aeque in l. 8 D. exc. r. jud. 44, 2 vgl. Birkmayer S. 129, 41, im übrigen auch Eisele, S. 39 unten u. S. 41 und meinen oben Anm. 3 citirten Aufsatz, S. 218.

8) l. 17 D. Publ. 6, 2 arg. l. 14 §. 2 D. commun. div. 10, 3 l. 17 D. evict. 21, 2 Birkmeyer, S. 130 IV,

9) vgl. meinen obigen Aufsatz, S. 217.

10) l. 11 D. just. et. j. 1, l. l. 31 D. dep. 16, 3 Voigt, besonders im III. Theil seiner Lehre vom jus aequum et bonum in jus g. d. Röm.

11) s. darüber jetzt überhaupt Birkmeyer, Kap. 3. §§. 23—30, bes. S. 255—258.

12) vgl. Windscheid, P. §. 45, Anm. 4.

13) hieher wohl das jus ipsum societatis in l. 17 §. 2 D. pro soc. 17, 2; das jus perpetuum (das in b. f. j. geltende Worthalten) in l. 42 D. a. e. e. v. 19, 1. l. 5 §. 1 l. 13 §. 9 eod.; die lex contractus in l. 61 pr. D. loc. 19, 2 l. 3 D. pign. 13, 7; l. 25 D. a. e. e. v.

denke z. B. exceptio rei judicatae, deren Aequitas in der des b. f. negotium so wenig begriffen war, als in dem Rechte des strengen Kontractes; — sei es daß die Grenzen der Aequitas in den einzelnen b. f. judiciis schwankten, oder die Subsumtion im einzelnen Falle unsicher schien, und die Formulirung einer Thatsache zur exceptio nur gewissermaßen authentische, den Richter bindende Interpretation sein sollte [14]). — „Recht" ist endlich auch das jus honorarium und die Norm der in factum actiones, weshalb wir die Lehre, daß in ihnen die Exceptionen von blos formaler (die Rücksicht des Richters auf noch andere als in der Intentio genannte Thatsachen ermöglichender) Funktion seien [15]), nicht mehr für unbedenklich halten. Vielmehr könnte hier ein ähnliches Verhältniß obwalten wie zwischen den Exceptionen und den b. f. actiones. Allerdings erscheinen die Exceptionen in den in factum concipirten aa. mit keinem Recht im Widerstreit; bescheidentlich hat der Prätor, der ja kein „Recht" machen kann, diese seine Actionen in factum verstellt; aber ist das, daß unter den und den factischen Voraussetzungen die und die actiones zustehen, nicht selbst zur Norm, und insoweit zu einem jus (honorarium) geworden (S. 215, unten)? und ist dieses Recht— da der Prätor aus der aequitas nicht blos Exceptionen, sondern auch Actionen schöpft [16]) — nicht ebenso wie das der b. f. negotia ein diesen Actionen im Einzelnen und im Ganzen speciell ange-

19, 1 Gaj. IV. 126, a. l. 77 D. leg. I. l. 11 C. dep. 4, 34 u. in diesem Sinne die in der Presse der Vierteljahrsschr. befindliche Recension der Birkmeyer'schen Schrift durch Eisele — dagegen nicht das Birkmeyer'sche innerhalb des b. f. negotium enthaltene und seiner aequitas entgegengesetzte „jus strictum" a. a. O. §. 29.

14) hieher etwa l. 34 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 und die weiter von Bekker a. a. O. S. 283 dafür cit. l. 1 §. 7 D. quar. rer. act. 44, 5 l. 17 D. pec. const. 13, 5 l. 29 §. 1 D. evict. 21, 2 — Exceptio und Interpretatio neben einander in l. 17 pr. cit. — aequum est succurri reo aut exceptione aut justa interpretatione. —

15) Thon, zur Lehre von den in fact. aa., Zeitschr. f. RG. Bd. 2. S. 239 fgg. Albrecht S. 32 fg. Krüger, proz. Conf. §. 5 Zeitschr. f. RG. Bd. 7. S. 220. Eisele, Kap. VII. Birkmeyer §. 3 und auch noch meine Bemerkungen in dem cit. Aufsatz S. 219; — ferner die diesen Standpunkt auf die Exceptionen überhaupt übertragenden Erörterungen von Bölderndorff: Sind die moderne Einrede und die röm. Exc. ihrem Begriffe nach verschieden, und was ist der Grund hiervon? Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XI. S. 290, — u. Zimmermann, E. „Kritische Bem. zu Eiseles Schrift über die mat. Grundl. der Exc." 1872.

16) z. B. l. 17 D. Publ. 6, 2.

messenes, die gesammte Aequitas nicht erschöpfendes Billigkeitsrecht, so daß es auch hier eine Billigkeit gibt, welche der actio inest [17]), wenn sie gleich, um durch eine auf die übrigen Facta beschränkte Fassung nicht ausgeschlossen zu werden, in die Intentio ausdrücklich mitaufgenommen werden mußte [18]), — und eine Billigkeit, die außerhalb des geschlossenen Kreises des Publicianischen, Servianischen, Paulianischen ꝛc. Billigkeitsrechtes lag, wie exc. rei judicatae, transactae, pacti d. n. p. und deswegen in die Formel aufgenommen sein mußte, wenn sie berücksichtiget werden sollte? Darnach hätten die in factum actiones allerdings das Eigenthümliche gehabt, daß auch solche Thatsachen, die zum Klagsfundamente selbst gehörten, aus formalem Grunde exceptionsweise zum Ausdruck gelangten; allein Thatsachen, die nicht blos aus formalem, sondern auch aus materiellem Grunde, und im Gegensatze wider das hinter dem Faktum der Intentio stehende (honorarische) Recht hier nicht minder als in bonae fidei und stricti juris judiciis excipirt werden mußten, gab es daneben.

Stofflich können die Exceptionen aus Gesetzen und Senatusconsulten herrühren [19]). Schon der Umstand, daß die Einzelgesetze und Senatusconsulte, insoweit sie in das Privatrecht eingreifen, jus singulare, mithin Ausnahme von dem jus commune zu statuiren pflegen (§. 25), erzeugt eine gewisse Wahlverwandtschaft zwischen ihnen und den Exceptionen. Nun waren aber die leges zudem häufig imperfectae, die Senatusconsulte noch zu Gajus Zeit nicht sicher im Stande, das bisherige Recht selbst wenn sie wollten direct aufzuheben [20]); gewisse Geschäfte, Kontracte mochten verboten, gewisse Actionen lege (imperfecta), Sconsulto versagt sein, die alte gemeinrechtliche Folge war nicht aufgehoben, ipso jure konnte diesen Gesetzen entgegen geklagt, und mußte trotz

17) vgl. „exc. doli b. f. judiciis inest" l. 21 D. sol. matr. 24, 3 l. 84 §. 5 D. leg. I. cf. Fr. Vat. — quae (exc. d. m) tamen officio judicis rei uxoriae actione continetur. —

18) wie z. B. das neque solutum neque satisfactum esse der Serviana, Keller, Civilpr. §. 43.

19) Gaj. 4, 118 — quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem obtinent substantiam capiunt, vel ex jurisdictione praetoris traditae sunt. § 7 J. h. t.

20) Gaj. I. 4 cf. Ulpian. l. 9 D. leg. SC. et l. cons. 1, 3 Zimmermann a. a. O. S. 24. Mein oben cit. Aufsatz, S. 216.

ihrer condemnirt werden; natürlicherweise stellte sich hier exceptio von wegen dieser Gesetze zur exclusio condemnationis ein [21]). „Unebener" hätte wohl nichts geschienen, als wenn man den Magistrat und Richter gegen den Willen von Volk und Senat hätte in Bewegung setzen können. Allein formell, als Formirung gesetzlicher Verbote zu Exceptionen, und auctoritativ, der Gewährung und Einräumung nach, stunden auch diese Exceptionen bei der Magistratur, waren auch sie „praetorisch" [22]), während die übrigen es freilich in beiden Richtungen waren, dem Stoff und der Form nach. —

§. 108.

Heutige Geltung.

Ihrem Namen und allgemeinsten Wesen nach sind die Exceptionen Ausnahmen; allein nicht schon hierin liegt das Eigenthümliche. Das jus singulare (§. 25.) ist durchweg Ausnahme, allein eben so leicht Grund einer ipso jure als einer ope exc. zuständigen Defension (z. B. Schenkungsversprechen zwischen Ehegatten — Geldarlehen an Haussöhne); man kann ausnahmsweise und doch ipso jure frei sein. Exceptionen sind Ausnahmen, kraft deren man von einem zu Recht bestehenden (ipso jure vorhandenen) Anspruch entweder für immer oder auf Zeit befreit ist. Nach ihrer ersten Bedeutung und Anwendung ist man durch sie befreit, nicht etwa erst von dem Augenblicke ihrer prozeßualischen Geltendmachung, sondern von dem Dasein ihres Grundes an [1]); nur in abgeleiteter Bedeutung und Anwendung wird man durch sie befreit, durch ihre prozeßualische Geltendmachung nämlich: da wo Rechtsgeschäfte anstatt in der Offensive auch einmal in der Defensive angefochten werden [2]). In ihrer ersten Bedeutung

21) s. g. „Civilexceptionen" (Savigny Syst. V. §. 227): z. B. exc. legis Plactoriae, Cinciae; SCi. Vellejani, Macedoniani, Trebelliani. — Krüger, proz. Conf. §. 5. Eisele, Kap. VI. Zimmermann, S. 19. Birkmeyer, §. 10.

22) Anm. 3; gegen Savigny nebst den Anm. 21 citt. Autoren besonders Bekker S. 281 fg.

1) §. 106. Anm. 1. u. 2.

2) l. 156 §. 1 D. r. j. 50, 17 z. B. l. 8 §. 13 D. inoff. 5, 2 l. 59 §. 1 D. aed. Ed. 21, 1 Birkmeyer, S. 302.

und Anwendung, in dem widersprüchigen Wesen, wonach man gleichzeitig haftet und frei ist, liegt ihre Eigenthümlichkeit.

Daß man zur Zeit oder ex persona [3]) befreit ist, trotzdem man von Rechtswegen haftet, — die dilatorische Exceptio — enthält in der That keinen Widerspruch, indem durch die Einschränkung der Freiheit dem Dasein der Haftung Raum gelassen ist; daß man dagegen in Einem haftet und für immer und gegen Alle frei ist — die peremtorische Exceptio — enthält einen Widerspruch, der sich wie gesehen weder aus dem Verhältniß der Ausnahme zur Regel, noch aus einem Gegenrechte des Beklagten (§. 106. Anm. 6 u. 7), noch aus einem „An sich" und „Außerdem" der Rechtsverhältnisse [4]), noch überhaupt dialectisch oder dogmatisch, sondern lediglich historisch und zwar aus dem Zwiespalt und Widerspruch erklärt, in welchen die Jurisdictio auch hier [5]) mit dem Jus gerathen ist, in dem sie zwar kein „Jus" zu setzen oder aufzuheben sich anmaßt, allein dem Jus u. a. in eben unseren Exceptionen Hindernisse in den Weg stellt, die seiner Aufhebung practisch gleich kommen. Damit daß im practischen Erfolge die Jurisdiction durchdrang und vorging, ist der Widerspruch practisch gelöst oder vermieden; er bestund nur nominell insofern der Anspruch, welcher durch die Exceptio in der That zerstört war, ipso jure da war.

Mit der alten Jurisdictio versiegt auch die Quelle weiterer Exceptionen; die schon vorhandenen mußten beibehalten werden, so lange man mehrerlei Rechte und Rechtssysteme, namentlich das der Jurisdictio entsprungene honorarische Recht gegenüber dem engeren und weiteren Civilrechte beibehielt. Da Justinian zwar einerseits alles in seiner Compilation zusammengetragene Recht als sein Gesetz betrachtet wissen will [6]), allein anderseits von den Unterschieden des civilen und honorarischen Rechtes nichts desto weniger nicht abläßt, die Verschmelzung dieser Rechtssphären nur in einzelnen Instituten (z. B. Eigenthum, Ersitzung, status libertinorum, Erbrecht), nicht im Ganzen vollzogen worden ist, gingen mit jenen Unterschieden auch die in ihnen wurzelnden Exceptionen

3) Gaj. IV, 124.
4) vgl. Windscheid §. 47.
5) vgl. pr. §. 2 J. bon. poss. 3, 10 Gaj II. 148.
6) s. oben §. 2 Anm. 10.

in das Corpus Juris mit über. Uns aber ist damit nicht die Pflicht erwachsen, sie auf ewig zu bewahren, sondern die Aufgabe sie in das aufzulösen, was sie dem Effecte nach schon in classischer Zeit sind, und was sie nach Maßgabe der in Ein Recht aufzulösenden Rechtssphären des Jus und der Jurisdiction auch in ihrer Erscheinung allein sein können: in Vertheidigungen nämlich, durch welche man auf Grund besonderer, vom Beklagten zu beweisender Thatsachen von keinem zu Recht bestehenden, sondern von einem entweder rechtmäßig nie bestandenen, oder aber nachträglich aufgehobenen Anspruche befreit sein will; denn haben wir nur Ein Recht, und gilt in diesem aus dem römischen Rechte her von zweierlei sich widerstrebenden Normen nur diejenige, welche schon nach röm Rechte effectiv, nicht diejenige, welche blos nominell galt, so ist jenes nur durch das Widerspiel von Jus und Jurisdictio entsprungene, schon für die classischen Juristen nominell gewordene jus ipsum der durch perpetua exceptio zerstörten Ansprüche für uns kein Recht, die durch den Grund der exceptio von Anfang vorhandene oder nachträglich eingetretene, längst im röm. Rechte anerkannte effective Freiheit oder Befreiung des Beklagten allein Recht. Nur diejenigen zwei Klassen von Einreden, die man noch heute einem zu Recht bestehenden Anspruch entgegenhält und ohne inneren Widerspruch entgegenhalten kann, weil man durch sie nur auf Zeit oder Person befreit sein, oder weil man durch sie erst befreit werden will — die dilatorischen und die zur Anfechtung dienenden Einreden — sind noch fort und fort Exceptionen oder von gemeinen Einreden dadurch unterschieden, daß sie gegen rechtsbeständige Ansprüche gerichtet sind.

So stehen wir in Betreff der Frage: gibt es noch Exceptionen[7])? im wesentlichen und mehr als je[8]) zu Albrecht, dem in neuerer Zeit durch Krüger, Eisele, Bekker[9]), Birkmeyer wieder Bahn gebrochen ist. Exceptionen aber um der neu auftauchenden Billigkeiten oder Billigkeitsgründe willen für deren erste Geltendmachung bis zu ihrer allgemeinen Anerkennung (wo die Exceptio dann zur Einrede würde) mit Birkmeyer fortzuführen, scheint

7) s. meinen mehrfach citirten Aufsatz.
8) Pand. 1. Auflage S. 131.
9) a. a. O. S. 287 fgg.

uns weder nothwendig noch möglich. Was überhaupt nicht in unserem Systeme liegt — daß man rechtlich gebunden und doch auf immer frei sein könne — kann auch nicht ansatzweise platzgreifen. Umgekehrt muß was sich als Einrede oder Negation gewohnheitsmäßig bewähren will, sofort in seinem ersten Anlaufe Einrede oder Negation zu sein wagen; ist der neue Billigkeitsfall so drängend, daß der Richter absolviren darf, muß er zum Kläger ebensowohl sagen: du hast keinen Anspruch, als der römischer Richter sagte: du hast einen rechtsbeständigen, aber wesenlosen Anspruch.

4. Gründe.

§. 109.

Uebersicht.

Nur die Klagrechte, überdies nur die bereits einen Anspruch wider bestimmte Personen in sich tragenden Klagrechte (S. 248 u. 92a.) sind Gegenstand gemeinsamer, darum bereits hier darzustellender Aufhebungsarten (vgl. oben §. 102. a. E.). Diese Klagrechte sämmtlich unterliegen nämlich der Autorität, die der Abmachung durch die Parteien selbst (pactum), dann der durch einen gewissen Dritten (Judicium, res judicata), und endlich dem Einflusse, welcher der Länge der Zeit eingeräumt ist.

Urtheil.

§. 110.

Die streit-abschneidende und endende Kraft des Urtheils, ihr Grund und ihre Anwendung ist bereits oben, unter dem Titel der exceptio rei judicatae und eadem res zur Darstellung gelangt (§. 96. 97). Dieselbe setzt übrigens nicht blos eine gewisse höhere publicistische Vollmacht des Richters (Competenz) [1]) und den Eintritt der Rechtskraft im formal-prozeßualischen Sinn des Wortes [2]) voraus, sondern ist auch so weder schlechthin unanfechtbar [3]), noch den Anspruch überall durchaus tilgend [4]).

1) D. de judiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat 5, 1 C. 3, 1. —.
2) s. oben §. 99 S. 348.
3) C. si adversus rem judicatam (restitutio postuletur) 2, 27.
4) l. 60 D. cond. ind. 12, 6.

Pakt.

§. 111.

Auf Abmachung der Parteien beruht

1. der Untergang, welcher sowohl dinglichen als persönlichen Ansprüchen aus dem pactum de non petendo (Erlaßvertrag, Streitabstand) erwächst [1], wofern dieses nur in rem gefaßt, d. h. weder auf Person noch Zeit beschränkt ist [2], nur die eigenen Interessen betrifft [3] und keinem der Vorbehalte widerspricht, unter denen die gerichtliche Berücksichtigung der pacta conventa überhaupt gewährt wurde [4]. Daß, von Strafklagen abgesehen [5], der durch pactum d. n. p. abgemachte Anspruch ipso jure fortbestund, hatte, wenn anders in rem pactirt war, nur die eine (dem pactum d. n. p. eigene) practische Bedeutung, daß wenn ihn die Parteien selbst wiederherstellen wollten, dazu kein „novus contractus", sondern wieder ein bloßes pactum (ut petatur) nothwendig war; d. h. es schadete nicht, wenn die Parteien anstatt zu stipuliren, blos pactirten; denn weil die erlassene actio wenigstens ipso jure bestund, handelte es sich um keine völlige Neugründung der actio, sondern um ein bloßes „resuscitare", „renovare" actionem [6], oder um eine bloße Elidirung des die actio factisch und practisch in allen Richtungen perimirenden (S. 369 §. 106) Paktes [7] und dieses schien durch ein bloßes pactum, ohne stipulatio, erreichbar. Heute wäre diese Praxis der blos exceptionellen Aufhebung selbst dann antiquirt, wenn wir den Gegensatz des ipso

1) D. de pactis 2, 14 C. 2, 3; l. 7 pr. §. 1 §. 5 §. 7 sqq. D. h. t.; gegen in rem actio: l. 27 §. 8 eod. cf. §. 2. J. quib. mod. toll. oblig. 3, 30 „— quarumque rerum mihi tecum actio est —" l. 21 §. 6 l. 43 D. rec. 4, 8 „de rebus controversiisque omnibus compromissum."

2) l. 7 §. 8 D. h. t. l. 2 §. 4 D. exc. dol. 44, 4. Vgl. oben §. 108 S. 378.

3) s. oben §. 24 Anm. 10 l. 7 §. 14 D. h. t. — si ex re familiari . . liceat pacisci: si de re publica, non liceat —; nicht gegen jus tertii z. B. l. 7 D. pact. dot. 23, 4 l. 3 D. transact. 2, 15.

4) l. 7 §. 7 D. h. t. Ait Praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

5) l. 17 §. 1 l. 27 §. 3 eod. cf. l. 7 pr. §. 11 etc. eod.

6) l. 27 §. 3 cit.

7) l. 27 §. 2 eod. — prius pactum per posterius elidetur — replicatione exceptione elidetur. —

jure teneri und ope exceptionis non teneri noch hätten; denn ein bloßes pactum genügt heute auch zur Neubegründung von Ansprüchen; allein überdies ist heute, wer überhaupt befreit ist, schlechthin befreit (§. 108).

In Anwendung speciell auf Schuldansprüche wird von dem p. d. n. p. noch einmal, bei diesen, die Rede sein.

2. Ein bloßes pactum de non petendo, aber ein nur gegen Entgelt abgeschlossenes pactum d. n. p. über einen oder mehrere streitige Ansprüche ist der Vergleich (transactio) im engsten Sinn des Wortes [8]). Er ist ein Pakt [9]), seinem Effecte nach stets und überall ein pactum d. n. p. [10]), so daß die „exceptio rei transactae“ [11]) gleichwie die exc. pacti d. n. p. gegen Erhebung einer bereits abgeschnittenen Klage geht [12]), — wird aber anderwärts dem „Pakte“, als dem unentgeltlichen Erlasse unbestrittener Ansprüche (pact. d. n. p.), doch wieder entgegengesetzt [13]). Als Begleichung streitiger Ansprüche [14]) ist der Vergleich auch finis litis, litis decisio [15]), die Einrede aus dem Vergleiche darum nicht nur der aus dem pactum d. n. p., sondern auch der aus dem Urtheil verwandt [16]). Nur streitige Sachen können im e. S. des Wortes verglichen werden [17]); allein es genügt, daß die Sache

8) D. de transactionibus 2, 15 C. eod. 2, 4. Risch, d. L. vom Vergleiche, 1855.

9) l. 1. §. 1 §. 2. D. pact. 2, 14 l 2 l. 9 §. 3 l. 15 l. 16 D. l. 17 C. h, t.

10) l. 24 C. h. t. Si quidem . . . nihil amplius peti convenit, adversariam tuam exceptionis auxilio defendi perspicis — l. 31 eod. — nihil amplius peti u. l. 36 eod. l. 17 eod. — quod exceptionem pacti . . habeas — cf. l. 23 §. 3 D. cond. ind. 12, 6.

11) z. B. l. 3 §. 2 l. 16 l. 17 D. h. t.

12) s. Anm. 10.

13) l. 1 D. l. 18 l. 40 l. 41 C. h. t.; doch s. wegen der Unentgeldlichkeit des p. d. n. p. auch l. 28 §. 2 D. pact. 2, 14.

14) l. 1 cit. qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit — l. 12 C. h, t.

15) l. 1 D. l. 7 l. 10 l. 16 l. 24 l. 33 C. h. t.; l. 20 C. h. t. Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit. —

16) eadem res: l. 5 l. 8 §. 12 l. 9 §. 1 §. 3 l. 27 §. 8 l. 12 D. l. 29 l. 31 C. h. t. eadem persona: l. 17 l. 3 D. l. 1 l. 29 C. h. t. Ueberhaupt: l. 27 §. 4 D. pact. 2, 14 — Ante omnia . . animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat.

17) l. 23 §. 1 D. h. t. — post rem judicatam . . transactionem

in den Augen der Parteien noch streitig, oder nach ihrer Meinung nicht schon entschieden ist: daß auch in Wirklichkeit noch keine decisio litis [18]) vorausgegangen, ist nicht nothwendig [19]).

Ebenso wenig ist erforderlich, daß der streitige Anspruch in Wirklichkeit bestehe [20]), es sei nun, daß der Streit sich um die Existenz des Anspruches selbst oder blos um den Inhalt des Anspruches dreht [21]). Ueberhaupt geht es über den Befund der Quellen hinaus, sowie gegen die Kraft und den Grund des Vergleichs, daß irgend eine Unkenntniß oder ein Irrthum über die Sachlage, selbst „in Betreff dessen was von den Transigenten als gewiß vorausgesetzt worden war", den Vergleich anfechtbar mache [22]), oder „daß die Wahrheit derjenigen bei dem Vergleich vorausgesetzten Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde", sowie die Nichtwahrheit von Thatsachen, deren „Wahrheit den Streit ausschließe", „Voraussetzung des Vergleichs" sei [23]); die Furcht vor dem Prozeße (l. 2 cit.) und die Befreiung von ihm, nicht ob oder was an der Sache ist, ob man hierin oder darin wahr sieht, oder irrt, bildet den Grund, daß einerseits von der Klage abgestanden, anderseits etwas geleistet wird [24]). Durch den

---

nullius momenti esse. Paul. R. S. I. 1 §. 5 c. 4 C. Greg. h. t. 2, 11 l. 12 l. 32 C. h. t.

18) außer dem Judicat selbst wieder Vergleich (cf. l. 16 C. h. t.), Eid (l. 11 C. reb. cred. 4, 1 cf. l. 2 D. jurej. 12, 5), Compromiß (l. 1 D. rec. 4, 8), Erlaß (l. 4 C. pact. 2, 3, Risch, S. 91 fgg. Windscheid, P. §. 414. Anm. 7. Seuffert, pract. Pdr. §. 374, 2a.

19) l. 11 D. h. t. — etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur judicatum esse vel ignorari potest, an judicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. l. 23 §. 1 D cond. ind. 12, 6 — Si vel hoc ipsum incertum sit, an judicatum sit . . magis est ut transactio vires habeat — Vgl. Windscheid, §. 414. Anm. 8, dagegen denselben Anm. 9, ferner Puchta P. §. 294 Arndts §. 269, 2. Seuffert, §. 374, 3.

20) l. 65 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 — licet res nulla media fuerit — wohin auch l. 2 C. — etsi nulla fuisset quaestio hereditatis —; anderes Risch, S. 65. Anm. 3.

21) s. dagegen Windscheid, §. 414, 1, Anm. 3., hinwider aber den Fall der l. 2 C. cit., die Analogie der exc. rei judicatae, und das Motiv in l. 2 cit: propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte cauta intelligitur. —

22) Puchta, P. §. 294 h. vgl. Glück C., Bd. 5. §. 348 S. 18 fg.

23) Windscheid, P. §. 414, 2 Anm. 4.

24) l. 65 §. 1 cit. — non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum quod a lite discedit ur, causa videtur esse. —

Vergleich wird die Berufung auf den Irrthum abgeschnitten [25]), geschweige daß umgekehrt er durch diesen entkräftet würde; nicht einmal jedweder dolus macht ihn anfechtbar [26]); grober Betrug, Fälschung von Urkunden, auf Grund deren man sich verglichen hat, oder Unterschlagung von Urkunden, angesichts deren man sich nicht verglichen hätte, machen den Vergleich anfechtbar [27]). — Anfechtbar wird der Vergleich außerdem auch wegen Zwang; aber auch nicht jedweder Zwang ist dazu genügend [28]). — Der Vergleich über eine bewußtermaßen rechtskräftig entschiedene Sache ist nicht „anfechtbar" [29]), sondern nichtig, in keinem Falle Schenkung, da ja jedenfalls nicht blos erlassen, sondern auch empfangen wird [30]); nichtig vielleicht zur Wahrung der auctoritas rei judicatae [31]). Dem über ein rechtskräftiges Urtheil hinweg abgeschlossenen Vergleich ist aber durch die Compilatoren die über das Testament sich hinwegsetzende Vergleichung erbrechtlicher Ansprüche gleichgestellt worden [32]). — So nothwendig als ein Erlaß ist im Vergleiche

25) arg. l. 6 C. de juris et f. ignor. 1, 8 l. 29 C. h. t.; daß l. 3 §. 1 l. 12 D. h. t. oder gar l. 36 D. fam. h. 10, 2 entgegen seien, widerspricht Windscheid a. a. O. selbst.

26) l. 22 C. h. t. Si major transegisti, ad rescindendam transactionem de dolo contestatio non sufficit cf. l. 4 l. 11 l. 13 l. 34 C. h. t.

27) l. 65 §. 1 cit. — Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est (et) repetitio dabitur; — l. 42 C. h. t. Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jusj. de his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato, eas retractari praecipimus . . . nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur; — l. 19 C. h. t. — Sane si per se, vel per alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur etc. — Vgl. Risch a. a. O. §. 18. 26. Regelsberger, Arch. f. civ. Praxis Bd. 47. S. 160 fgg.

28) l. 13 C. h. t. — nec tamen quilibet metus ad resc. ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed . . . qui salutis periculum, vel corporis cruciatum continet — l. 35 eod.

29) Dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 6; l. 32 C. h. t. für Nichtigkeit: — super judicato frustra transigi — Praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit. —

30) s. dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 9.

31) andere Gründe s. bei Windscheid a. a. O. Anm. 6.

32) l. 6 D. hoc titulo: De his controversiis quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti vgl. mit derselben Stelle in l. 1 §. 1 D. test. quemadm. ap. 29, 3; oben §. 65. Anm. 4. Windscheid, a. a. O. Anm. 12.

die Gegenleistung [33]); während aber jener in allen Fällen des Vergleiches als einer und derselbe unveränderlich dasteht, ist diese von beliebig wechselnder Gestalt (Anm. 33); und während jener, weil zu seiner Wirksamkeit bloßer exceptio bedürfend, von jeher auf bloßem pactum bewenden konnte, Aquilianische Stipulationen sammt Acceptilation und Poenalstipulation zwar üblich [34]), allein zu bloßer Vergleichung nicht nothwendig war [35]), so scheint die Gegenleistung, wenn sie (als formloses Versprechen) gleichfalls auf bloßem Paktum bewendete, anfangs nur indirect, durch Einklagung des aufgelassenen Anspruches und replikweise Elidirung der exc. pacti conv., exequirbar gewesen zu sein [36]); nachher aber wird der Erlaß zur Grundlage, worauf in realcontractlicher Weise die Erfüllung auch der blos paktirten Gegenleistung direkt erzwungen werden kann [37]). Poenalstipulationen, zu guterletzt der Eid [38]), dienen zur Bekräftigung nicht nur des Erlasses, sondern auch der Gegenversprechung und des Vergleiches überhaupt [39]). Die Executivkraft, welche particularrechtlich dem Vergleiche beigelegt ist, kann nur diese Gegenversprechungen betreffen.

In weiterem Sinne ist der Vergleich nicht mehr Streitendigung, sondern nur Verwandlung eines ungewissen Anspruches in einen gewissen [40]); in noch weiterem Sinne sogar bloße Verwandlung von Ansprüchen [41]). Ein Nachlaß und Entgelt besteht in

---

33) l. 38 C. h. t. Transactio nullo dato vel retento vel promisso minime procedit — l. 21 C. eod. -- quae transactionis causa dari aut retineri convenit arg. l. 1 D. l. 25 C. h. t. z. B. l. 2 l. 6 l. 9 l. 17 l. 24 l. 32 l. 33 l. 37 C. h. t.

34) l. 15 l. 2 l. 4 l. 5 D. l. 3 l. 15 l. 32 l. 40 C. h. t.

35) l. 2 D. h. t.; zu bloßer Vergleichung: l. 32 C. h. t. Anm. 22.

36) l. 28 C. h. t. — quamvis ex pacto non potuit nasci actio.

37) l. 6 C. h. t. — Si omissa verborum obligatio est, utilis actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. l. 33 eod. — praescriptis v. actione civil. subdita agere potes. arg. l. 36 eod.

38) l. 41 C. h. t. S. 360. S. 182, Anm. 33, unten.

39) l. 37 l. 17 C.; l. 16 D. l. 41 C. h. t.

40) z. B. l. 11 C. h. t. de fideic. . . . inter te et fratrem tuum vicissim dato »si alter vestrum sine liberis excesserit vita« interposita transactio —

41) z. B. l. 8 §. 6 D. h. t. — ut quod per singulos annos erat ei relictum consequeretur per singulos menses? aut quid si quod per singulos menses ei relictum erat, consequeretur per singulos dies? -- eam transactionem valere — Aenderung von Vertrags- z. B. Pacht-

diesen beiden Weiterungen des Begriffs; aber was den Vergleich engeren Sinnes nicht sowohl juristisch, als factisch auszeichnet, daß dem Frieden zu lieb jede Partei wirthschaftlich ein Opfer bringt oder zu bringen vorgibt, ist in der letzten der beiden Weiterungen nicht mehr der Fall — weshalb hier Angrenzung zwischen transactio und novatio [42]).

In Ansehung letztwillig erworbener Alimente ist jede Transaction [43]) verboten worden und nichtig, sie wäre denn obrigkeitlich und nach vorgängiger causae cognitio genehmigt [44]), oder gleich dem Verbote gegen bälderе Aufzehrung des Hinterlassenen gerichtet und also der Versorgung des Alimentanden dienlicher als das ursprüngliche Aliment [45]). Alles erwogen was das Motiv, die Höhe der Vergleichssumme, und die Personen (causa, modus, persona) zu bedenken geben, können auch Vergleiche genehmigt werden, welche einen bälderen Verbrauch des Hinterlassenen ermöglichen [46]).

3. Nicht selbst pactio, allein Erfüllung einer Bedingung, unter welcher vertragsmäßig ein streitiger Anspruch entweder ein für allemal als nichtbestehend, oder aber als bestehend erachtet werden soll, mithin „ex pactione", ist der assertorische, freiwillige außergerichtliche Eid [47]). Zwar freiwillig, aber nicht ohne Delation [48]), und durch den Angeforderten, also dahin, daß der er-

---

bestimmungen: Minderung eines Holzbezugs gegen Minderung des Pachtschillings.

42) s. schon jetzt l. 10 C. si cert. pet. 4, 2.

43) — auch die des engeren Sinnes l. 8 §. 20 D. h. t.

44) l. 8 pr. D. h. t. — D. M. Oratione in Senatu recitata effecit, »ne aliter alimentorum (relictorum) transactio rata esset, quam (si) auctore Praetore facta §. 2 — et si mortis c. donata fuerint relicta — l. 8 §. 17 eod. — Si . . citra causae cognitionem transigere permiserit, transactio nullius erit momenti —

45) l. 8 §. 6 eod.: Eam transactionem oratio improbat, quae idcirco fit, ut quis repraesentatam pecuniam consumat — eam . . valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius (tali) transactione facit —

46) l. 8 §. 8 — §. 11 eodem. §. 9 — si causa aliqua urgeat praesentis pecuniae —

47) l. 1 D. de jurej. sive voluntario, sive necessario, sive judiciali — 12, 2. Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jj. religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae. „Schiedseidvertrag": Windscheid, P. §. 419.

48) l. 3 pr. D. h. t.

hobene Anspruch nicht existire, abgeschworen, oder angenommen und dann erlassen, ist er von noch größerer Auctorität, als Urtheil und bloße Paction [49]), mithin eine noch definitivere Streitabmachung (Anm. 14), als diese: auf den Vorwurf des dolus wird hier gar nicht mehr gehört [50]); den einmal abgeschworenen Anspruch bringt keine (wider exceptio jj. vorzubringende) replicatio, noch actio doli wieder [51]); genug daß der Meineid von der Welt verfolgt und gestraft wird [52]); — naturalis obligatio bleibt kaum übrig [53]); — Anfechtung aus dem Kapitel der „Voraussetzungen" muß hier um so mehr verworfen werden [54]). So war bei den Römern der freiwillige Eid Grund der zerstörlichsten Exceptio [55]) wider jedwede Gattung von Ansprüchen [56]), wenn er passiverseits geleistet wurde, so wie Grund einer eigenen actio, wenn der Gläubiger, Vindicant, Interdicent selbst schwur [57]). Dagegen daß er nach heutigem Rechte gar keine rechtliche Wirkung haben solle [58]), haben sich Aeltere und Neuere wohl mit Recht erklärt [59]). Schon der Umstand, daß er ex pactione, und eine „species transactionis" ist [60]), sichert ihm wenigstens befreiende Kraft. Nur wenn es, wie particularrechtlich vorkommt, verboten wäre, daß der Entscheid einer Sache vertragsmäßig auf Eid gestellt werde, ließe sich die rechtliche Wirkungslosigkeit rechtfertigen. — Gerichtliche Eide können nicht schwächer sein als der außergerichtliche; allein ihre befreiende und ihre obligirende Wirkung geht nach heutigem Rechte im Urtheil unter [61]).

---

49) l. 2 D. h. t. — majoremque habet auctoritatem, quam res judicata — Remission: l. 6 eod.

50) — cum Praetor id agere debeat ne de jjurando cujusquam quaeratur — l. 15 D. exc. 44, 1 — „hier:" vgl. oben Anm. 17.

51) l. 15 cit.; l. 21 l. 22 D. dol. m. 4, 3.

52) — sufficit perjurii poena l. 22 cit. vgl. oben S. 359 fg.

53) l. 40 D. h. t.

54) s. bag. Windscheid, P. §. 418 a. E.

55) l. 40 cit. — utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.

56) l. 3 §. 1 D. h. t.

57) l. 9 §. 1 D. h. t.

58) Savigny, Syst. Bd. 7. §. 314.

59) Glück, C. Bd. 12 §. 789 b. Sintenis §. 107. Wetzell, Civilpr. §. 27. Windscheid a. a. O. Anm. 7.

60) l. 2 D. h. t.

61) Savigny, a. a. O. §. 313. §. 314.

4. Das Compromiß[62]), buchstäblich das gegenseitig stipulirte Versprechen, eine gewisse Geldsumme, oder sonst etwas (pecunia compromissa)[63]), strafhalber leisten zu wollen, woferne man in Betreff eines bestimmten streitigen Anspruches (res compromissa)[64]), oder einiger, oder aller zwischen den Compromittenten schwebenden Streitigkeiten[65]) bei dem Spruche des durch beiderseitiges Uebereinkommen (consensus in arbitrum)[66]) bestimmten Schiedsmannes nicht stehen bleiben[67]) sollte — verstanden aber auch von jeder anderen gegenseitigen Sicherstellung für denselben Fall[68]) — wirkt eintretenden Falles lediglich die gewollte Strafe, nicht etwa zugleich oder nebenher exceptio veluti pacti gegen die nachherige Einklagung des schiedsrichterlich abgesprochenen Anspruchs[69]); durch Unterwerfung unter die Strafe behielt man freie Hand zur etwaigen gerichtlichen Verfolgung. Ward dagegen keine Strafe eingegangen, die Unterwerfung unter den Schiedsspruch überhaupt nicht klagbar[70]) versprochen, sondern formlos pactirt[71]), so wirkte dieser Compact — vorausgesetzt, daß der Schiedsmann gleichwohl des übernommenen Schiedsamtes waltete[72]), und seinem Spruche nach Maßgabe des öffentlichen Rechtes, und der von den Parteien erhaltenen Vollmacht überhaupt zu gehorchen

62) D. de receptis, qui arbitrium receperunt et ut sententiam dicant 4, 8. C. de receptis arbitriis 2, 56.

63) l. 11 §. 2 l. 28 D. h. t. l. 1 C. h. t.

64) l. 32 §. 15 §. 17 D. eod.

65) »plenum« compromissum: l. 21 §. 6 l. 43 cf. l. 46 l. 13 §. 1 eod.

66) l. 17 §. 4 D. h. t.: »communis electio« l. 5 C. h. t.

67) l. 27 §. ult. l. 32 §. 13 eod. »ut quam dixisset sententiam, staretur« — cf. l. 5 C. h. t.; l. 11 §. 2 D. h. t. »si non pareatur sententiae« §. 3 eod. l. 3 C. h. t.

68) l. 11 §. 2 D. eod. — Quid ergo si res apud arbitrum depositae sunt, eo pacto, ut ei daret qui vicerit . . si non pareatur sententiae —? §. 3 Interdum . . recte nudo pacto fit compromissum: ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt: Ne petat quod sibi debetur, qui sententiae arbitii non paruit. —

69) l. 2 D. h. t. Ex compromisso placet exceptionem non nasci sed poenae petitionem.

70) »incerti actione« l. 27 §. ult. D. h. t. l. 28 eod.

71) l. 5 C. h. t. — in arbitris . . quos neque poena compromissi vallabat, neque judex dederat, sed . . . communis electio (pactio?) »ut illorum sententiae staretur«, procreabat —

72) l. 3 §. 2 D. h. t. Ait Praetor: qui arbitrium pecunia compromissa receperit — l. 11 §. 1 eod. Arbitrum cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit.

war [73]) — ohne Zweifel von altersher was er allein sollte und wollte: jene erst von Justinian l. 5 pr. l. 6 C. h. t. erwähnte exceptio veluti pacti gegen Einklagung schiedsrichterlich abgesprochenen Anspruches. Daß Justinian demselben Pakte bei gewissen formellen Zuthaten auch Klagbarkeit beilegte (l. 5. pr. cit.), so wie die Klage wider den Schiedsmann auf Ausrichtung des Schiedsamtes gehört nicht mehr hieher. Dagegen gehört hieher noch die Bemerkung, daß dieser Pakt wiederum über Anfechtbarkeit nicht erhoben ist [74]).

Zeit.

§. 112.

Die Zeit ist vielmehr Freundin, als Gegnerin der Rechte. Bereits oben ist hervorgehoben, wie die fundamentalsten der Rechte auf ewig angelegt sind (§. 74.); weit entfernt, durch Länge der Zeit an Sicherheit und Bestand zu verlieren, gewinnen sie durch dieselben, in Consequenz der Ersitzung und unvordenklichen Zeit, an Erweislichkeit und Festigkeit. Es sind Privilegien, nicht die Fundamentalrechte, denen man eine Frist steckt [1]). Ist aber ein ordentliches Recht nach seiner Natur und Anlage selbst einmal vergänglich, wie die Obligatio, Actio (Anspruch, Klagrecht) (§. 74 ab init.), so stellt sich denkbarerweise auch die Zeit als das Ding ein, durch das Rechte vergehen, untergehen. Und in der That wird durch Bestimmungen verschiedener Art die Zeit zum Untergang solcher Rechte. Zum Theile nämlich werden sie über-

73) Unfähigkeit zum Schiedsamt: l. 9 pr. §. 2 D. l. ult. C. h. t. Freiheit des Ermessens: l. 17 §. 3 D. h. t.; — Vollmacht: Arbiter nihil extra compromissum facere potest (l. 32 §. ult.); res compromissa: l. 32 §. 15 §. 17 l. 46; Zeit: l. 32 §. ult. l. 33 l. 21 §. 8 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

74) arg. l. 3 C. — si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt, intercessit, adversus filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli m. uti poteris, sed ex doli clausula, quae compromissi stipulationi subjici solet, filiam tuam convenire non vetaberis.

1) Vgl. dazu eine sehr berücksichtigungswerthe, so viel zu sehen aber nirgends berücksichtigte Inaug.-Dissertation von Alex. H. F. Fick: Quid intersit, quoad vim tempore in jus exercitum, inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescr. Marburgi, 1847 p. 6 sqq.

haupt nur auf Zeit in's Leben gerufen; ein Endtermin steht am Anfang ihres Daseins, und sofort in ihrer Gründung. Nur von Fall zu Fall, und nur bei gewissen Haftungen (Pacht, Miethe, Societät, Mandat) geschieht dies durch Privatbeliebung; dagegen ein für allemal, oder gattungsweise geschah es durch die Jurisdiction, indem gewisse Schichten von Actionen nur mit einem dies (ad quem) aufgestellt wurden[2] (temporales actiones). Anderen Theiles dagegen sind Klagen, die für immer aufgestellt waren (perpetuae actiones), durch spätere gesetzliche Bestimmung zeitlich beschränkt (einer temporis praescriptio, exceptio unterworfen) worden[3]; und von alters her waren die Servituten, trotzdem ein Endtermin bei der Bestellung ihrem Wesen widerstrebt[4], gleichviel ob durch gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Bestimmung von der Zeit nicht unabhängig (Nonusus). So sehr sonst nämlich die Freiheit, ob man will was man darf und kann den Rechten innewohnt, so gehen doch die Servituten, ohne Zweifel vonwegen der Belastung oder Unfreiheit, die sie für fremdes Eigen mit sich führen, mit der Zeit unter, wenn sie binnen derselben nicht ausgeübt werden: es sei nun, daß anderseits eine Ersitzung der Freiheit (libertatis usucapio) hinzukommen muß oder nicht.

Des Nonusus und des contractlichen Endtermins ist an ihrem Orte weiter zu gedenken. Was aber die das ganze Gebiet der Actionen betreffende alte und neue Zeitlichkeit anlangt, ist zunächst noch ganz im allgemeinen die Frage aufzuwerfen, ob durch jene späteren gesetzlichen Bestimmungen die bis dahin „immerwährenden" Klagen gerade so zu temporales actiones geworden seien, als es die von Anfang an temporären Klagen waren — was sich immerhin denken läßt; denn der Sinn dieser Gesetze konnte der sein, daß die bisher immerwährenden Klagen von nun an vornherein so schlechthin wie die von jeher temporären Klagen nur auf Zeit gewährt sein oder zustehen sollten — ungefähr so

2) l. 1 §. 1 D. ex quib. caus. maj. 4, 6 — cujus actionis . . dies exiisse dicetur — l. 18 §. 1 D. pec. const. 13, 5 — licet . . dies temporalis actionis exierit —

3) pr. J. h. t. — perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt — usque ad finem ex constitutionibus introductum —

4) l. 4 D. serv. 8, 1.

wie wenn der Prätor civiles und perpetuas actiones anstatt sie so wie er zu thun pflegte ohne Zeitbeschränkung in sein Edict aufzunehmen [5]), nunmehr als temporäre Klagen, mit einem intra annum dabo, proponirt hätte; — oder ob die bisher immerwährenden Klagen an und für sich perpetuae bleiben, d. h. nicht durch bloßen Zeitablauf oder durch Zeitablauf schlechthin, sondern nur unter Mitwirkung eines anderen Umstandes binnen gewisser Zeit untergehen, unter einer entgegengesetzten Voraussetzung also trotz Ablaufes der Zeit fortdauern sollten. Und auch dies ist denkbar. Sehen wir ja am „Nonusus" anstatt des Zeitablaufes, der zu demselben wesentlich beiträgt, etwas anderes vorgekehrt, ohne das der Zeitablauf bedeutungslos wäre, und das zum Untergange der Servituten binnen gewisser Zeit so wesentlich mitgehört, als die Zeit selbst: die Nichtausübung. So könnte denn auch im Sinne jener späteren Verjährungsgesetze gerade die Nichtausübung Coefficient der Verjährung sein — nämlich die Nichtübung aller der Handlungen, welche die Sicherung oder Satisfaction des Anspruches unter Tilgung oder Fortdauer des Anspruches (Klagestellung — Urkundenausstellung — Zinsennahme) bezwecken und enthalten. Hier wären also die 30 und 40 Jahre kein bloßer Endtermin, und die temporis praescriptio eine Einrede, die vielleicht prozeßualisch, in Anbetracht des ersten Beweises, auf bloßem Zeitablauf beruhte, allein materiellrechtlich und nach dem weiteren Verlaufe des Beweises noch von etwas mehr und anderem, nämlich von Nichtausübung, wir können sagen Versäumung gewisser Handlungen auf gegnerischer Seite, abhängig wäre.

Es ist klar, wie grundverschieden zwei Verjährungen wären, von denen die eine in einem bloßen Endtermin bestünde — mit welchem das Klagrecht nothwendig, was immer sonst Kläger für seinen Anspruch thun möge, untergeht; die andere dagegen auf einem gewissen Verhalten des Klägers im Laufe der Zeit beruhte. Dieser Unterschied würde zunehmen, wenn sich zeigte, daß andere Gründe zu der alten, andere zu der neuen Verjährung geführt haben; die Wirkungen würden leicht auch verschieden sein.

In der Literatur nun aber pflegt alle Klagenverjährung als

5) Gaj. 4, 110.

Eine behandelt zu werden. Donellus, der unterschied, blieb nach dem Zeugnisse Savignys [6]) ohne Nachfolger; in der neueren Zeit haben Demelius [7]) und die erste Auflage dieser Pandekten §. 47 die Eigenheit der alten Verjährung unter allseitigem Widerspruche [8]) behauptet. Aber obwohl gerade die alte Verjährung an sich einfacher und in den Quellen mit der Bestimmtheit des classischen Rechtes niedergelegt ist, jene kaiserlichen Constitutionen dagegen, welche die neue Verjährung eingeführt haben, über die Bedeutung dieses Institutes selbst nicht ganz im Klaren gewesen zu sein scheinen, erscheint in der Literatur doch viel mehr die alte Verjährung der neuen, als diese jener untergeordnet — aber ohne daß jede zuvor für sich und im Gegenhalte zur anderen definirt wäre.

Insonderheit Klageverjährung.

§. 113.

Temporales actiones. [1])

Möglich war es, daß auch eine in einer lex, einem Senatusconsult, oder einer Constitutio aufgestellte Actio blos auf Zeit gegeben [2]) oder vom Praetor nur mit einem Endtermin in sein Edict aufgenommen wurde [3]); allein üblicherweise sind nur die vom Magistrat, und zwar die lediglich aus seiner Jurisdiction herrührenden Actionen (honorariae aa.) auf Zeit, meistens auf 1 Jahr gegeben [4]). Auch sind es nicht alle honorarische Klagen, sondern grundsätzlich nur die poenalen, die dermaßen kurz gehalten wurden [5]); waren die Strafklagen überhaupt ja auch persön-

6) Syst. Bd. 6. S. 373.

7) Unterss. aus dem Civilr. §§. 7—10.

8) s. namentlich Schirmer, in §. 12 Anm. 46 von Unterholzners Verjährungslehre, 2. Aufl. ed. Schirmer, — Bekker, Jahrb. des gem. R's. Bd. 4 S. 424, Windscheid, P. §. 106 Anm. 2 a. E. §. 112 Anm. 3 a. E.

1) J. de perpetuis et temporalibus actionibus 4, 12 cf. Gaj. 4, 110.

2) pr. J. cit. — eas quidem actiones quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere competere —

3) Gaj. cit. — perpetuo solere accommodare praetorem —

4) J. cit. Gaj. cit.: eas vero quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare —

5) l. 35 D. o. e. a. In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post

lich eingeschränkt (S. 279 oben) — wiewohl nur die persönliche, nicht auch die zeitliche Einschränkung sich aus dem Begriffe der Strafe herleiten läßt [6]). So natürlich hier die zeitliche Einschränkung ist — je später die Strafe trifft, desto schwerer trifft, desto härter erscheint sie — ist sie doch nicht nothwendig [7]). Natürlich aber war ihre zeitliche Einschränkung; sind die ädilicischen Klagen zeitlich, so sind sie auch von poenaler Art [8]); und dasselbe läßt sich von denjenigen Interdicten sagen, die befristet sind [9]); die (in Gajus fehlende) Berufung auf die Einjährigkeit der Magistratur [10]) kann unmöglich mehr als eine oberflächliche Parallele sein [11]). Charakteristisch für diese alte Zeitlichkeit der Klagen ist es demnach, daß sie mit der besonderen Art der betreffenden Klagen zusammenhängt, in dieser ihren Grund hat. So möchten denn im Sinne der temporales actiones alle die Verjährungen zu denken sein, welche im Laufe der Zeit durch Gewohnheit oder Gesetz für gewisse Gruppen von Klagen aufgekommen sind — quae antiquitus fixis temporibus limitantur (l. un. §. 3 C. Th. act. certo. temp. fin. 4, 14 cf. l. 3. C. praescr. 30. v. 40. a. 7, 39): querela inofficiosi t. — Quadriennium der fiscalischen Evictionshaft (l. 2. pr. l. 3. C. quadr. praescr. 7, 37) — 20jährige u. kürzere Verjährung fiskalischer Ansprüche: l. 3. C. Th. jure fisci 10, 1 l. 13 pr. D. diversis tempp. praescr.

---

annum darentur, ceterae intra annum -- l. 3 §. 4 D. naut. 4, 9 l. 21 §. 5 D. rer. amot. 25, 2 l. 22 cf. l. 14 pr. §. 6 D. lib. caus. 40, 12.

6) vgl. Schirmer a. a. O. Anm. 46 gegen Demelius —

7) pr. J. cit. — Furti . . manifesti actio quamvis ex ipsius praetoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum enim existimavit eam anno terminari — cf. l. 2 §. 44 D. ne quid in loco publ. 43, 8 — non esse temporarium; pertinet enim ad publicam utilitatem. Zu künstlich hier vielleicht Fick p. 17 sqq. indem er die Zeitlichkeit auch hier auf Privilegienartigkeit des Anspruchs zurückführt. So auch p. 30. vgl. unten Anm. 12—14.

8) l. 23 §. 4 D. h. t. 21, 1 — quamvis enim poenales videantur actiones —

9) l. 1 §. 4 D. h. t. 43, 1 JJ. quaedam annalia sunt, quaedam perpetua. l. 1 pr. §. 43 l. 3 §. 1 D. unde vi 43, 16 l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17 cf. l. 1 §. 3 D. via publ. 43, 11 l. 15 §. 7 §. 3 §. 4 D. quod vi aut clam 43, 26; besondere Ausnahme: l. 2 §. 44 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

10) pr. J. cit.: nam et ipsius Praetoris intra annum erat imperium —

11) vgl. Unterholzner a. a. O. Anm. 46.

44, 3 l. 3 D. requir. 48, 17. Als Actionen, oder doch Postulationen, die gleich den honorarischen Strafklagen vornherein nur auf Zeit gewährt wurden, und doch im allgemeinen nichts Poenales an sich hatten, sind mit Sicherheit noch die i. i. restitutio [12]) und die actio de peculio nach dem Tode des Kindes, Sclaven [13]), zu nennen. Allein nicht minder als die Privatrache verlangte die Abnormität der i. i. r. [14]) und die Erstreckung der actio de peculio in eine Zeit, da kein peculium mehr existiren konnte, ihre Schranke.

Hatte solch eine Klage einmal ihre Zeit, so war es freilich eine Versäumung, wenn sie nicht innerhalb ihrer Zeit angestellt wurde. Allein eine Umkehrung des Verhältnisses ist es, zu sagen, daß Saumsal oder Nichtbenützung der Klage der Grund oder das „Princip" des Klagenverlustes gewesen seien [15]). Allerdings ist die Frist hier allenthalben „utile tempus", d. h. mit Ausnahme der Zeiträume, in denen nicht geklagt werden konnte, zu berechnen [16]); allein diese Gutschreibung beweist nicht, daß „die Rücksicht auf die persönliche Versäumniß des Klageberechtigten die überwiegende war" [17]), sondern daß ein Jahr dem Magistrate selbst so kurz [18]) schien, daß der Berechtigte nicht viel Zeit zu verlieren hatte, ja daß er leicht gar nicht zur Klage zu kommen vermochte. Das „intra annum actionen dabo" war Grund, daß Kläger sich sputen, nicht die Folge davon, daß er Saumsal oder Nachlässigkeit büßen mußte.

Entsprechend den Edictsworten (intra annum dabo) gab es, außerdem daß die Frist tempus utile war, keine weitere Er-

12) l. 19 l. 39 pr. D. min. 4, 4 l. 1 §. 1 D. ex q. c. maj. 4, 6 cf. l. 2 §. 5 D. cap. min. 4, 5.

13) D. quando de peculio actio annalis est (15, 2) l. 1 pr. §. 2 h. t.

14) l. 35 D. o. e. a. — Sed eum rescissa usucapione (Publiciana) redditur, anno finitur, quia contra jus civile est —

15) Schirmer, a. a. O.

16) »quibus experiundi potestas non fuit« l. 1 D. div. tempp. praescr. 44, 3 l. 18 §. 4 D. solut. 46, 3 cf. l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15 Gaj. II, 165; Unterholzner a. a. O. §. 87, u. Schirmer daſ. S. 277 Anm. *).

17) Schirmer, a. a. O.

18) vgl. l. 1 C. usuc. transf. 7, 31 — per biennium miseri rerum domini excludebantur — vgl. auch Savigny, a. a. O. S. 271 „bei den praet. Annalklagen ꝛc."

ſtreckung, alſo namentlich keine Unterbrechung des Ablaufs der temporalis actio; keine Sorgfalt des Klägers vermochte die jenſeits des annus utilis fehlende Exiſtenz zu erſetzen; um nicht abzulaufen, mußte die Klage rechtzeitig angeſtellt werden [19]). Dagegen werden die nachmaligen Ausnahmen vom tempus continuum der Theodoſianiſchen Klageverjährung (§. 114 Anm. 36) zweifelsohne durchweg auch für das utile tempus gelten; ausdrücklich iſt die Zeit der Minderjährigkeit durch die Juſtinianiſche l. 5 C. in quib. c. i. i. r. necessaria non est 2, 41, von aller Verjährung mit Ausnahme der 30 und 40jährigen ausgenommen.

Hatte eine actio ihr ganzes Daſein von der Jurisdiction, und aber ihr ganzes nur auf Zeit, ſo ſieht man nicht ein, wie nach Ablauf der Zeit noch irgend etwas von ihr übrig ſein könne [20]). Die Quellen lehren durchweg totalen Untergang [21]); in l. 69 D. fidej. 46, 3 wäre jedenfalls die Tutel, nicht eine naturalis obligatio, Grund der Forthaftung, wenn nicht überdies der Zeitlichkeit dieſer Bürgſchaft etwas ganz anderes als Zeitlichkeit der Klage wider den Hauptſchuldner zu Grunde liegen ſollte [22]); in l. 38 §. 4 D. solut. 46, 3 beruht die Nichtbefreiung des Bürgen auf der außerordentlichen Wiederherſtellbarkeit, nicht auf naturaler Fortdauer ſeiner Haftung [23]). Hiernach bewieſe die alte Zeitlichkeit ihre Eigenheit auch in der „ſtärkeren Wirkung", wenn anders die neuere Verjährung von der „ſchwächeren" ſein ſollte, wie Viele annehmen.

19) vgl. Schirmer, a. a. O.

20) Donellus, comm. j. civ. lib. 16, c. 8 §. 21. 22 lib. 22 c. 2 §. 18. Fick l. cit. p. 16 beſonders p. 22—25. Demelius, a. a. O. S. 64—82.

21) l. 6 D. o. e. a. 44, 1. In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. l. 8 pr. D. neg. g. 3, 5 — causa . . finiebatur — l. 1 §. 3 D. quando de pec. act. annalis est 15, 2 — usque ad annum produci obligationem — l. 37 D. fidej. 46, 1 . . fidejussor non tenetur . . . fidejussio nulla est — wozu meine krit. Bl. No. 3 S. 14 Anm. 15 l. 18 §. 1 D. pec. constit. 13, 5 — si quid tunc debitum fuit... nunc non sit — eo tempore constituit quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur —; l. 25 §. 1 D. rem rat. hab. 46, 3 — quod . . condictio locum habitura sit —

22) Gaj. 3, 121 — sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur — cf. l. 69 — haeret enim . . adhuc illius debiti persecutio — liberavit reum promittendi obligatione — cf. Gaj. 3, 118.

23) — et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuerit — — hoc casu in ipsum fidej. . . actionem restitui debere —

Nichtsdestoweniger konnte Savigny die Mittelstellung, welche Donellus zwischen denen, die alle Verjährung schwächer, oder alle stärker wirken ließen, einnahm, indem er dem Ablauf des alten dies die starke, dem der neueren Verjährung die schwächere Wirkung beilegt (Anm. 19), als eine isolirte bezeichnen [24] — ein Schicksal, unter dem sie zur Stunde noch leidet [25].

Nicht zu verwechseln mit der Frage, ob der Zeitablauf nichts, oder naturalem obligationem, übrig gelassen habe, ist die Frage ob er nur ope exceptionis oder ipso jure geltend gemacht werden konnte; mit Recht vertheidiget Fick das erstere [26].

§. 114.

Theodosianische Klagenverjährung.

Als die bereits mehrfach erwähnte spätere Klagenverjährung ist erst die Theodosianische Klageverjährung [1] zu bezeichnen; denn die viel ältere longi temporis s. possessionis praescriptio ist nach Art der Klagen, die hier allein zur Verjährung kommen (in rem actiones), nach dem Bedürfnisse, das sie nothwendig machte (fundi provinciales, Provinzialen), nach den Erfordernissen, die sie außer dem Ablauf der Zeit an den Praescribenten stellt (b. f. possessio), und trotzdem sie nicht sofort, oder nicht sicher von „acquisitiver" Wirkung neben der extinctiven begleitet ist, viel mehr als eine Art Ersitzung denn als bloße Verjährung zu denken.

Diese Verjährung hat nicht in der Natur der Klagen, die sie betrifft, ihren Grund; die Natur der Klage ist Grund, daß anfänglich noch ein paar Klagen von ihr ausgenommen oder beim alten Rechte belassen werden [2]. Betroffen werden alle ohne

---

24) Savigny, Syst. Bd. 5 S. 373: „Die Meinung von Donellus hat keine Anhänger gefunden".

25) Schirmer, a. a. O. zu §. 258 Anm. *) a. E. Windscheid, P. §. 112.

26) l. l. p. 21 sq. l. 48 §. 2 D. aed. Ed. 21, 1 l. 15 §. 5 D. quod vi aut cl. 43, 24 (annua exceptio) l. 1 §. 10 D. quando de pec. 15, 2 §.106. Anm. 9.

1) l. 3 C. de praescriptione 30 vel 40 annorum 7, 39 a. 424 (l. un. C. Th. de act. certo tempore finiendis 4, 14).

2) l. unic. C. Th. cit. — eodem etiam in ejus valente persona qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab

Unterschied [3]), sie wären denn schon von früherher zeitlich beschränkt [4]) — also persönliche wie dingliche, Universal- und Specialklagen, reipersecutorische Honorar-, poenale wie reipersecutorische Civilklagen, und wie sich später zeigt, selbst praejudiciale wie condemnatorische. Selbst die anfänglich noch ausgenommenen müssen sich nachträglich fügen [5]); an die Stelle der völligen Ausnahme tritt jetzt Verlängerung der Frist; wie die Grenzklage von ihren alten 10 oder 20 auf 30 Jahre gesetzt wird, so bekommt die Pfandklage in ihrer Richtung wider den Schuldner, seine Erben, und wider andere Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners anstatt der gemeinen 30 nunmehr 40 Jahre [6]); 40 Jahre werden dann auch zur „Schlinge", in die jede, was immer für Namen habende Klage, fallen soll, der es durch einen Glücksfall oder durch Subtilität der früheren Verjährung zu entrinnen gelänge [7]). Dies gilt namentlich auch für die Statusklagen [8]). Als sich aber hierauf auch die Schuldner öffentlicher, persönlicher und dinglicher, Lasten beriefen, ward erklärt, daß dies gegen den Sinn des Gesetzes sei (l. 4 cit.), daß gegen derlei Ansprüche keinerlei Verjährung gelte [9]). Nicht ganz so viel als dem Staate, aber immerhin 100 Jahre wurden von Justinian der Kirche ver-

---

alio possidente nitetur vindicare. Nam petitio finium regundorum in eo scilicet quo nunc est jure durabit — cf. l. 3 C. cit. (mit Auslassung der fin. reg petitio).

3) ll. citt. Sicut in rem speciales ita ad universitatem (C. J. de universitate) ac personales actiones ultra XXX annorum spatium minime protendantur —

4) l. un. §. 3. Hae autem actiones annis 30 continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquitus fixis temporibus limitantur (C. J. limitabantur).

5) l. 3 C. fin. reg. 3, 39 — in finali quaestione non longi temporis, sed 30 tantummodo annorum praescriptionem locum habere — „daß diese Bestimmung nicht von Theodosius I. herrührt, dessen Namen sie (in C. J.) führt, sondern von Justinian selbst, zeigt die Vergleichung mit l. 5 C. Th. fin. reg. 2, 26." Savigny, S. 247. i. — l. 7 § 1 §. 2 §. 3 C. h. t.

6) l. 3 l. 7 §§. 1. 2. 3 citt.

7) l. 4 C. h. t. Anast. — ut si . . qua sit actio, quae . . . quorundam . . vel fortuna, vel excogitata interpretatione . . exceptionem (temporis) evadere posse videatur, huic . . . sanctioni succumbat — cf. l. 1 §. 1 C. ann. exc. 7, 40. Justinian.

8) l. cit.

9) l. 6 l. 5 C. h. t.

willigt [10]), ein Privileg, das nach canonischem Rechte der römischen Kirche erhalten ist [11]), während noch Justinian selbst es durchweg auf 40 Jahre herabgesetzt hat [12]). Die 50jährige Frist für Spielschulden beruht auf der restituirten l. 3. C. aleat. 3, 43; das im condominium, coheredium, confinium liegende Recht auf Theilung, Abmarkung können wir keiner Verjährung ausgesetzt denken, wenn wir die Eigenthums- und Erbgemeinschaft nicht unlöslich machen und die Grenzen nicht untergehen lassen wollen; auch sonst fügt sich dieses Recht nicht in den Begriff und die Art obligatorischer und dinglicher Ansprüche; sollen communi dividundo fam. herciscundae und finium reg. actio gleichwohl verjähren (l. 1 §. 1. C. ann. exc. 7, 40), so können damit nur die mit diesen Klagen zu verfolgenden Entschädigungsansprüche gemeint sein. — Exceptionen sind an sich unverjährbar [13]), können aber, in Gemäßheit der regula juris l. 56 §. 1: Cui damus actiones eidem et exceptionem multo magis competere quis dixerit in einem Klagrechte, und lediglich in diesem, Grund und Dasein haben, und also mit diesem verjähren [14]), wie etwa in dem Falle der l. 59. §. 1. D. aed. Ed. 21, 1, nicht aber in dem von l. 5. §. 6. D. dol. exc. 44, 4, l. 1. §. 4. D. superf. 43, 18 und überhaupt nicht in Fällen, wo, wenngleich auf demselben Grunde, Klagrecht und Exceptio neben einanderstehen.

Die Theodosianische Klagenverjährung ist nicht Urschöpfung, sondern Ausdehnung eines zuvor dagewesenen Institutes: nicht der Zeitlichkeit der temporales actiones, sondern der temporis praescriptio gegen in rem actiones. Außer der longi temporis praescriptio wider in rem actiones auf Grund 10 oder 20 j.

10) l. 23 pr. C. ss. eccl. 1, 2 ut inter divinum publicumque jus et privata commoda competens discretio sit etc.
11) cap. 13. 14. X. praescr. 2, 26 c. 17 C. 16 qu. 3.
12) Nov. 111. 131. c. 6. Auth. zu l. 23 cit.
13) l. 3 C. aleat. 3, 43.
14) — cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur — l. 5 §. 6 D. doli exc. 44, 4. »tant dure l'action, tant dure l'exception« Sommer, rechtsw. Abhh. S. 1—56 J. A. Seuffert, Beitr. zur Lösung einiger rr. Controversen (Programm 1824) Unterholzner u. Schirmer §. 158. Anm. 541. Windscheid §. 112. Anm. 8. Unger, östr. Privr. Bd. 2 §. 125. dagegen »quae ad agendum sunt temporalia ad excipiendum sunt perpetua: Savigny, §. 253. Puchta, P. §. 95 not. b. u. A. m.

gutgläubigen Besitzes gab es nämlich, wenigstens seit Theod. d. G., eine longissimi temporis praescriptio (vetustas) auch wider in rem actiones, aber auf Grund jedweden, wenn nur im eigenen Namen innehabenden, 30 oder 40 Jahre währenden Besitzes [15]). Noch inmitte des 5. Jahrhunderts wider persönliche Klagen ausdrücklich versagt [16]), wird sie zu unserer Theod. Klagenverjährung, indem nach dem Anm. 1) citirten Gesetze Theod. II. nun persönliche wie dingliche Klagen, insoweit ihrer welche nicht schon nach bisherigem Rechte und früher verjähren, einer praescriptio 30 a. unterliegen sollen. Nur dieser äußere Zusammenhang, kein innerer Grund tritt in diesem Gesetze selbst zu Tage. Auch läßt sich nicht schlechthin alles was für die 30 a. praescriptio wider in rem actiones maßgebend gewesen sein mag, auf die wider persönliche Klagen übertragen; denn dem alternden Rechte steht hier kein altersgrauer und eben dadurch rücksichtgebietender Besitz [17]) gegenüber. Allein an und für sich wahrscheinlich und durch beiläufige Bemerkungen früherer und späterer Quellen bestätiget ist es, daß hier wie dort der Gedanke an die mit den Jahren wachsende Schwierigkeit der Vertheidigung auf passiver, und an die dadurch in Schuldhaftigkeit auswachsende Saumsal auf activer Seite wirksam oder grundlegend gewesen sei [18]). Es sind das Gründe, die

15) Symmachi epist. V. 52 — 30 annorum diebus incanuit aetas possessionis — Procop. Vandal. I. 3 Cum autem haec esset Romana lex: Si qui sua non possiderent, spatiumque effluxerit a. 30, illis non esse amplius actionem adversus m. f. possessores, at praescriptione desiisse jus adeundi ad judicem, lege cavit Honorius, ne tempus quo Vandali in R. imperio commorarentur, ad eam 30 a. praescriptionem caderet. l. 2 C. h. t. 7, 39 — ut eos post 40 a. spatia . . . inquietare non liceat, cum lex Constantiana jubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possiderent — dazu Unterh. u. Schirmer a. a. O. §. 17. Anm. 53. 55.

16) l. 2 C. Th. l. t. pr. 4, 13 Annorum 40 praescriptio, quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum actio personalis intenditur. —

17) »incanuit aetas possessionis« (Anm. 15) — »vetustas,« quae semper pro lege habetur: l. 2 pr. D. a. pl. a. 39, 3.

18) Noch vor der Theod. Klageverj. l. 2 C. Th. l. t. pr. 4, 13 — quamvis actio pecuniae postulatae exceptione temporis non finiatur, judex tamen debet inspicere, quae temporis intervalla nullis justis causis existentibus fluxerint, et instrumenti vetustatem, ut diligentius his consideratis ex officio judicantis quid pronuntiari super hujusmodi actionibus oporteat

für eine zeitliche Einschränkung aller Klagen sprechen und sprachen, wie denn die Th. Verjährung gegen jedwede Gattung von Klagen geht; Gründe, mit denen insonderheit auch die große Länge der Verjährungszeit übereinstimmt.

Was, bewußt oder unbewußt, Motiv für Einführung des Institutes war, ist in der Folge auch Grund oder Voraussetzung für den einzelnen Verjährungsfall geworden. Zwar für die 30 oder 40j. Verjährung gegen in rem actiones läßt sich dies nicht behaupten; im Zusammenhange mit der longi (10 v. 20 a.) temporis praescriptio dürfte sie gleich dieser stets nur durch wirkliche Anstellung der Klage unterbrochen worden sein. Allein für den Fall gutgläubigen Besitzes noch durch Justinian [19]) wirklich in Ersitzung verwandelt, und durch das canonische ohne gutgläubigen Besitz auch zur bloßen Klageverjährung nicht mehr ausreichend [20]), kommt die 30 v. 40 annorum praescriptio wider dingliche Klagen als bloße Klageverjährung nach heutigem Rechte überhaupt nicht mehr vor und da wo sie allein vorkommt, entgegen den persönlichen Klagen, ist nicht blos die Anstellung der Klage — der die auf schriftlicher Uebereinkunft beruhende Angehung eines Schiedsrichters gleichgestellt ist [21]), — sondern jedwede Anerkennung der Schuld zur Unterbrechung der Verjährung geworden [22]). Damit ist that-

---

aestimetur; später Nov. 111 praef. — probationum scilicet difficultatibus impedita (sanitas negotiorum): quoniam per tantum saeculi magis quam temporis spatium nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari; — l. unic. c. §. 5 C. Th. act. certo t. fin. 4. 14 — ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur — l. 2 C. de ann. exc. Jt. contr. toll. 7, 40 — ut sit aliqua inter desides homines et vigilantes differentia — besonders l. 3 C. eod. — cum contra desides homines et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sint — und die oben citirte l. 2 C. Th. 4, 13 quae temporis intervalla nullis justis causis existentibus fluxerint — Anders Fick, l. l. besonders p. 36.

19) l. 8 §. 1 — §. 3 C. h. t. 7, 39.

20) c. 5 c. 20 X. praescr. 2, 26.

21) l. 3 C. ann. exc. 7, 40 cf. l. 7 pr. C. h. t. 7, 39 l 19 C. fide instrum. 4, 21.

22) l. 7 §. 5 C. h. t. Justinus — Si quis . . . res sibi suppositas sine violentia tenuerit — si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit — l. 8 §. 4 eod. Justinian. Exceptionem . . . initium capere ex quo debitor usuras minime persolvit — l. 5 C. duob. reis 8, 40 — debitum agnoverunt, vel per solutionem vel per alios modos quos

sächlich ausgesprochen, daß die Theodosianische Klageverjährung kein bloßer Endtermin, d. h. kein mit einem gewissen von der Existenz der Klage an zu rechnenden Tage nothwendig eintretendes Klagen-Ende sei wie der dies der temporales actiones, sondern daß eine gewisse (freilich nicht vom Schuldner zu beweisende, sondern vom Gläubiger zu widerlegende) Unthätigkeit von Seite des Klageberechtigten hinzukommen müsse, damit diese Verjährung platzgreife; daß also durch sie genauer betrachtet die Klagen nicht aufhören perpetuae zu sein, wohl aber die Ansprüche in besondere Acht genommen und justae causae vorgebracht werden müssen [23]), wenn sie die lange Zeit ohne Einklagung überdauern sollen; daß der Grund und das Wesen derselben eine Anspruchsversäumung sei, welche den Untergang der Klage nach sich zieht, nicht ein Endtermin für die Klage, der den Untergang des Anspruchs nach sich zieht. Anfangs vielleicht noch als bloßer Endtermin gedacht [24]) ist sie nachmals, scheint es, durch ihren Gegenstand selbst zu dieser Entwicklung gedrängt worden. Denn unter demselben befinden sich z. B. die contractlichen Geldanlagen, die man unmöglich gleich der actio si quis album praetoris corruperit schlechthin auf Jahr und Tag einschränken konnte.

Von dem Augenblicke jedweder Unterbrechung an läuft die Frist von neuem [25]); wer aber durch Anstellung der Klage selbst unterbricht, soll neuestens dadurch besser daran sein, daß ihm von der letzten Verhandlung an anstatt der früheren 30 nunmehr 40 Jahre für Wiederaufnahme des Prozesses (Prozeßverjährung) laufen [26]). Ihren Anfang nimmt die Frist nach dem Ausspruche der Quellen erst wenn actio nata [27]), bei bedingtem Anspruch also erst wenn die Bedingung eingetreten oder der Termin abge-

in anterioribus sanctionibus interruptionis positos — Protestation nur bei dinglichen Klagen: l. 2 C. ann. exc.

23) vgl. l. 2 C. Th. cit. in Anm. 16.

24) l. un. C. Th. cit. pr. „— ultra 30 a. spatium minime protendantur —“ §. 1 „— vivendi ulterius non habeant facultatem —“ nec sufficiat etc.

25) arg. l. 8 §. 4 cit.

26) l. 9 C. h. t. Justinian. l. 1 §. 1 in fin. C. ann. exc. 7, 40 Justinian. cf. l. 3 eod. vgl. oben S. 354. 2; die bemerkenswerthe Modification des Tricennium der Prozeßverjährung in Nov. Theod. (Ritter Nov. 12. §. 13 Unterh §. 19. Anm. 62) nicht aufgenommen.

27) l. 1 §. 1 D. ann. exc. 7, 40.

laufen [28]), überhaupt wenn „die Klage anstellbar" ist [29]). Als Anspruchsversäumung muß sie aber auch beginnen, sobald „der Anspruch erhoben" werden kann. Wäre es also je einmal der Fall, daß der Anspruch erhoben werden kann, während die Klage noch nicht anstellbar ist, wie dies Savigny (Syst. §. 240 S. 291 fgg.) und Viele mit ihm beim unbetagten Darlehen, beim Commodat und Depositum annehmen, indem sie sagen, daß hier zuerst angefordert (also der Anspruch zuvor geltend gemacht) werden müsse und erst dann geklagt werden könne: so müßte die Verjährung noch vor der actio nata, und zwar sofort oder alsbald nach dem Contracte, sobald zurückgefordert werden kann platzgreifen; denn die Versäumung des Anspruchs läge eben darin, daß nicht zurückgefordert wird. In der That hätte es auch keinen Sinn, daß derjenige, der zurückfordert, für seine Forderung also wenigstens das nächstliegende thut, der Verjährung ausgesetzt sein soll, dagegen derjenige der lediglich nichts thut, nicht [30]). So innerlich nothwendig beginnt dort die Verjährung sofort mit dem Contracte, daß wir dieses selbst gegen den Buchstaben der Quellen behaupten müßten, wenn hier Anspruch und Klagbarkeit auseinandergingen, sofort angesprochen, aber nicht sofort geklagt werden könnte. Allein gerade die Quellen lassen anderwärts sofort mit dem Contracte actionem natam sein [31]); in l. 1 §. 22 D. dep. 16, 3 [32]) ist das dolo facere eher Voraussetzung der Condemnation [33]) als der Klagserhebung, und das reposcere in der Klageerhebung nicht minder enthalten als in außergerichtlicher Mahnung. Dagegen bedarf der Satz, daß die Verjährung nicht bevor actio nata sei beginne, einer anderweitigen Modification, für Fälle, in denen der

---

28) l. §. 4 C. h. t.

29) l. 30 C. j. d. 5, 12 — ex quo possunt actiones movere cf. l. 3 1 7 §. 1 C. h. t.

30) vgl. Windscheid, §. 107. Anm. 5 u. daselbst die ganze, alte Streitfrage; von früheren bes. Thon, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 8, 1, Lenz, Studien Nro. 4, Bangerow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 33. Nro. 12.

31) l. 94 §. 1 D. solut. 46, 3 §. 2 J. v. o. 3, 16 cf. l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1.

32) Est autem apud Julianum . . scriptum, eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere. Hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. —

33) Gaj. 4, 47 — Si paret . . deposuisse, eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse —

Anspruch überhaupt noch nicht erhoben werden kann: da nämlich, wo der Erhebung des Anspruches zwar eine Einrede im Wege steht, allein diese Einrede nicht nur eine blos dilatorische, sondern überdies eine lediglich durch den Klageberechtigen verschuldete und von ihm beliebig wegzuräumende Einrede ist [34]).

Im Gegensatze zu den temporales actiones ist die Frist hier tempus continuum [35]), dem tempus utile aber dadurch angenähert, daß wenigstens gewisse einzelne Zeitläufte natürlicher oder rechtlicher Klageverhinderung oder entschuldbarer Versäumung bei Berechnung der Frist außer Ansatz zu lassen sind: so die Zeit der Unmündigkeit, der Hauskindschaft, der Inventarserrichtung, des Moratoriums, Schisma's, Krieges [36]). Die von dem alten annus utilis in ein quadriennium continuum verwandelte Zeit der i. i. restitutio [37]) hat ihre besondere Ausnahme für die Zeit der Mino-

34) Unterholzner, §. 260 Anm. 738. Windscheid, §. 107. 9. »Toties praescribi actioni nondum natae, quotiens nativitas est in potestate creditoris« z. B. l. 13 §. 8 D. a. e. e. v. 19, 1 l. unic. C. ob chirogr. 8, 27.

35) l. 3 C. h. t. — annis 30 continuis extinguantur —

36) nach dem Theod. Gesetze selbst non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupullari aetate dumtaxat quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni (l. 3 C. h. t.) cf. l. 5 C. in quib. c. i. i. r. necessaria non est 2, 41: — adversus minores... exceptionibus 30 v. 40 a. in suo statu remanentibus —; — durch Justinian: filiis f. in omnibus his casibus in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, (nicht blos wie vordem beim Muttergut) nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt i. e. postquam manu paterna vel ejus in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati (cf. l. 4 C. bon. quae lib. 6, 61 Leo & Anth. in fin.); — l. 22 §. 11 C. jure delib. 6, 30 Justinian. Donec tamen inventarium conscribitur. . . nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos inquietare... nullo scil. ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praejudicio generando; — l. ult. C. qui bon. ced. 7, 71: Nullo praejudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando — c. 14 praescr. 2, 26: — tempora intercidentium schismatum . . nolumus aliquatenus computari, sed diligenti consideratione de ipsa computatione deduci —; c. 10. eod. — praescriptione hostilitatis tempore non currente —.

37) l. 7 pr. C. temp. i. i. r. 2, 53 Justinian.

38) l. 7 § 1 eod. — quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus (l. 19 D. min. 4, 4 l. 5 §. 1 C. eod. Constant. M.), ita et in majorum tempus in quo Reipublicae causa abfuerint vel aliis legitimis causis quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne

rennität und der Abſenz [38]). Dieſe letzteren führen einen Aufſchub nur des Anfangs der Verjährung mit ſich [39]), während die ſonſtigen Ausnahmen ebenſowohl, ja zum Theil nur einen Stilleſtand der ſchon begonnenen Verjährung (ſ. g. praescriptio dormiens) enthalten. Darauf daß von dieſen letzteren Ausnahmen etliche in ſingulrechtlicher oder privilegienhafter Verhinderung einer actio nata ihren Grund haben (Inventarserrichtung, Moratorium), iſt die Regel agere non valenti non currit praescriptio zu beziehen [40]), ſonſt würde ſie nur ſagen, daß bevor actio nata, keine Verjährung beginne, oder aber fälſchlich das tempus continuum ſchlechthin zum utile machen. Für den Fall des tignum junctum aber (l. 7. §. 10. §. 11 D. a. r. d. 41. 1), in welchem richtiger actio nondum nata braucht man ſie nicht. — Von temporis accessio, d. h. dem Zuwachs der Beſitzeszeit des Auctors, kann ſeitdem die dinglichen Klagen von der Klageverjährung abgefallen ſind, keine Rede mehr ſein. Dagegen verſteht ſich von ſelbſt, daß Univerſalſucceſſoren mit den Vorfahren Eine Zeit wie Eine Klage haben. — Daß um das Maß der Zeit voll zu machen der ganze letzte Tag abgelaufen ſein müſſe [41]), iſt zwar nur für die temporales aa. ausgeſprochen, auf die Theodoſianiſche Klageverjährung aber um ſo ſicherer anzuwenden, als ſie durch den Abfall der dinglichen Klagen den Zuſammenhang mit den Erſitzungen abgeſtreift hat [42]).

Daß die Wirkung unſerer Klageverjährung die ſtärkere ſei (S. 391 unten, S. 395), wird darum, weil der Anſpruch ſelbſt, nicht blos die Klage, verjährt [43]), noch nicht zweifellos. Denn hier wie anderwärts kann er *ſelbſt* und aber gleichwohl nicht *ganz* untergehen, d. h. trotzdem er ſelbſt untergeht als naturalis obligatio aufrecht bleiben. Daß die hypothecaria actio gegen den Schuldner

---

excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio. Aber l. 5 pr. eod. si forte quis beneficio nostro *aetatis veniam* fuerit consecutus, *ex eo die* quo indulgentia nostra in judicio competenti fuerit intimata eique administratio rei propriae permissa . . . jure tempus habeat praestitutam —

39) Glück, Comm. Bd. 3. §. 269. a. »tempus ratione initii utile.« ſ. übrigens unten S. 431. 3.

40) etwas anders Windſcheid §. 109 Anm. 2. Unterholzner §. 88 S. 283.

41) l. 6 D. o. e. a. 44, 7.

42) vgl. Unterholzner, §. 90 S. 293.

43) Windſcheid, §. 112, beſ. Anm. 5.

und nachgehenden Gläubiger fortdauern kann, während die Forderung selbst verjährt ist (Anm. 6), erscheint, bei der Selbstständigkeit der pignoris obligatio, allerdings auch uns nicht mehr als Gegenbeweis; hinwider aber können wir auch den Satz, daß die stärkere Wirkung überall wo keine nat. obl. bezeugt ist, zu praesumiren sei, nicht billigen: denn auch die naturalis o. ist kein Product des Zufalls. Wäre richtig, daß Versäumung des Anspruches der Grund, praescriptio, exceptio, heute Einrede wider die Klage, die allein nachweisbare Wirkung jener Versäumung ist, so möchte man noch immer naturalen Fortbestand des Anspruches oder, was eins ist, ein auf Grund dieses Anspruches fortwährendes Vertheidigungsrecht behaupten; der Umstand daß nach 30 oder 40 Jahren endlich „Ruhe" sein soll, würde nicht entgegen sein; denn res judicata ist finis litis und läßt gleichwohl naturalem o. übrig [44]).

G. In integrum restitutio.

Begriff.

§. 115.

D. de in integrum restitutionibus. 4, i.

Dem gemeinen Wortsinne nach jedwede Wiederherstellung eines früheren Zustandes bedeutet i. i. r. technisch die wider den Willen des Einen durch Dekret zu bewirkende Zurückversetzung des Anderen in einen vorigen Zustand (Savigny, S. Bd. 7. § 103—107).

Weil wider den Willen der anderen, von der Restitution in Mitleidenschaft gezogenen, Partei durchsetzbar konnte die i. i. r. auch einmal actio genannt werden [1]). Strenger aber ist sie, weil auf magistratischer Cognition beruhend (S. 305), ein Gegenstand

44) Ueber diese Controverse s. besonders noch Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 31. Vangerow, §. 51.

1) Paul. R. S. I. 7 §. 1 Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio. cf. l. 16 pr. D. min. 4, 4 Ulp. — num forte possit alia actio competere citra i. i. r. Anders Burchardi, die L. von d. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. S. 43. Spaltenstein, Wiedereins. i. d. v. St. Berlin 1873. S. 6 u. §. 51 a. E.

bloßer Postulation [2]), (extraordinarium auxilium) oder „beneficium", „privilegium" [3]), und keine „propria actio" [4]).

Keine Obligation oder Forderung, überhaupt kein Recht begründet den Anspruch auf diese Hilfe; so kann denn nach ursprünglicher Anlage der i. i. r. auch kein Richter- oder Rechtsspruch (sententia judicis) auf sie erkennen; ihre Quelle ist einzig das über die bloße Rechtsanwendung hinausgreifende, das Recht durch Macht bald stützende und ergänzende, bald corrigirende imperium mixtum des jurisdicirenden Magistrats (S. 215) [5]); ihre Gewährung erfolgt durch Decret [6]), d. i. Machtspruch, nicht Urtheil oder Rechtsspruch. Erfolgte sie gegen einen rechtlich begründeten Zustand, so enthielt sie eine Correctur des Rechts [7]); sollte sie auch gegen ein bloßes Factum u. nebstdem daß eine „eigentliche Klage" wider dasselbe zusteht, platzgreifen können, so wäre sie diesfalls zur Unterstützung oder Ergänzung des Rechts eingeführt.

Gleichwie in anderer Machtentfaltung hat sich die Magistratur auch in dieser an eine gewisse Ordnung gebunden und binden müssen, die Voraussetzung unter der (laesio), die Gründe aus denen (justae causae) sie i. i. zu restituiren gedachte, generell edicirt [8]), die jedesmalige Restitution selbst nur nach vorgängiger causae cognitio, d. i. einer vom Magistrate selbst über das Dasein jener Voraussetzungen gepflogenen contentiösen Verhandlung decretirt [9]). So ward die Macht selbst wieder zu einer Art Rechtens (S. 215 unten),

2) z. B. l. 4 D. h. t. l. 1 l. 2 C. i. i. r. min. 2, 23 Rubr. C. si adv. rem j. i. i. r. postuletur 2, 27.

3) l. 16 pr. D. min. 4, 4 l. 4 D. ex q. c. m. 4, 6 l. 1 c. fidej. min. 2. 24 l. 1 C. si tut. 2, 25 l. 1 l. 3 l. 4 l. 5 C. si adv. r. j. 2, 27. Gegensätzlich zum extraord. aux. das judicium secundum formam juris: l. 1 C. 51 tutor 2, 25.

4) l. 24 §. 5 eod. Paulus: Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.

5) l. 24 §. 5 cit. — totum hoc pendet ex Praetoris cognitione —; in der Kaiserzeit zuweilen die außerordentliche, von der der Magistrate unterschiedene, Macht des Prinzeps: l. 1 §. 9 §. 10 D. postul. 3, 1 l. 45 §. 1 D. re jud. 42, 1 l. 27 pr. D. poen. 48, 19, insb. l. 1 §. 2 D. leg. Jul. de amb. 48, 14.

6) z. B. l. 29 §. 2 D. min. 4, 4. — i. i. restitutionis decretum — cf. l. 9 §. 1 D. off. proc. 1, 16 l. 71 l. 105 D. r. j. 50, 17.

7) l. 1 pr. D. ex q. c. maj. 4, 6 — laesum enim jus . . corrigitur«.

8) l. 1 §. 1 D. min. 4, 4 l. 1 §. 1 D. ex quib. caus. majores i. i. r. 4, 6.

9) l. 3 D. h. t. Burch S. 432 Anm. 8. l 6 C. i. i. r. min. 2, 22 Unten §. 122, Anm. 1.

die postulatio i. i. restitutionis zum Anspruch auf i. i. r. [10]) und mußte das noch mehr werden, als nach Untergang der Verfassung der Gegensatz von Recht und Macht seine gesetzlich typische Fassung verlor, und das alte Recht wie die magistratischen Ordnungen gleichmäßig auf den Einen obersten Willen zu stehen kamen. Kaum mehr in der Competenz mahnt jetzt noch die i. i. r an die „Justizhoheit" [11]); ihre „Dekretirung" wäre, wenn sie buchstäblich noch beibehalten würde, nichts besonderes mehr, seitdem durch Auflösung des Gegensatzes von Magistratur und Richteramt und durch die Vergemeinerung der extraordinaria cognitio Sentenz und Decret miteinander vermengt, und in jedem richterlichen Erkenntnisse Rechts- und Machtsprüche nebeneinander möglich sind [12]). Freilich der innere Unterschied von Rechts- und Machtsprüchen ist unzerstörlich (vgl. S. 428 in med. vgl. S. 439 unten).

Hiernach dürfte Windscheid was den Anspruch auf i. i. r. anlangt, wohl daran thun, daß er die i. i. r. ohne weiteres als Rechtssache hinstellt [13]). Uns sind die Bedingungen, unter denen, die Quelle kraft der, und die Thatsache daß i. i. r. ertheilt wird so sehr Recht, als der Zustand, gegen welchen i. i. r. ertheilt wird. Nannte sie Burchardi, für das heutige wie für das römische Recht, Gnadensache [14]), so war sie ebenhiemit als Machtsache bezeichnet, da die Gnade nur eines der Motive ist, aus denen die Macht gegen das Recht verfährt. Nicht minder hielt Puchta, indem er der Gnade die Gerechtigkeit substituirte [15]), die i. i. r. stillschweigend als Machtsache aufrecht, indem auch die Gerechtigkeit, insoferne sie wie hier bei Puchta nicht in, sondern entgegen und über dem Rechte sein soll, nur als ein Motiv der Macht fungirt, ohne die sie nichts gegen das Recht vermöchte. Es bleibt nur die Wahl zwischen Rechts- oder Machtsache.

Erklären wir uns nun für die Rechtssache, so dürfen wir gleichwohl nicht, etwa so wie wir den peremtorisch-exceptions-

10) l. 34 §. 1 D. min. 4, 4 — i. i. restitutionem . . jure desiderant.

11) C. ubi et apud quem cognitio i. i. restitutionis agitanda est 2, 47 — besonders l. 3 eod. Justinian. vgl. cf. l. 26 D. ad. 50, 1 munic. Keller, Civilpr. §. 79. 916. Burchardi §. 28.

12) s. oben §. 81 B. S. 258 fgg. §. 91 a. E.

13) P. §. 111, bes. Anm. 4.

14) a. a. O. S 48—50 s. auch Savigny, Syst. Bd. 7 S. 116.

15) Just. Bd. §. 117.

mäßigen Anspruch für einen nichtigen und heutzutage lediglich nicht zu Recht bestehenden Anspruch erachten (§. 108.), auch das der i. i. r. ausgesetzte Recht oder Rechtsgeschäft als Unrecht oder nichtig erachten. Bei der peremtorischen Exception ist im Momente ihrer Begründung ein Anspruch vernichtet oder ohnmächtig; bei der i. i. r. ist im Momente ihrer Begründung noch immer erst ein Anspruch (auf Wiederherstellung eines untergegangenen Zustandes) begründet. Denn der große Unterschied zwischen dem Exceptions- und unserem Restitutionsrechte ist immer noch der, daß letzteres nicht nur eine außerordentliche Hilfe, sondern auch ein Beneficium enthält [16]), das man nicht ohne Wissen und Willen dessen, der darauf einen Anspruch hat, eintreten lassen darf [17]). Nur in wenigen Fällen ist später der Nothwendigkeit der i. i. r. durch Ausschluß des schädigenden Vorganges selbst vorgebeugt worden [18]); überall sonst ist das restitutionsmäßige Recht, Geschäft ꝛc. auch heute bis zur Restitution vollkommen rechtsbeständig, also nicht nichtig oder ungiltig, sondern nur anfechtbar [19]).

Voraussetzung.

§. 116.

Die Voraussetzung, ohne welche keine i. i. r. platzgreift, ist ein Schade [1]) auf Seite des Restitutionsklägers. Ein Schade (Läsion, Caption) ist die einzige Voraussetzung der i. i. r., wenn man unter Voraussetzung nicht auch die Gründe der i. i. r. [2]),

16) Anm. 3. Briss. sub v. beneficium (aetatis) l. 41 D. min. 4, 4.
17) l. 69 D. r. j. 50, 17. §. 121 H. 2.
18) s. bes. l. 5 C. in quib. causis i. i. r. necessaria non est 2, 41.
19) cf. l. 1 C. i. i. r. postulata ne quid novi fiat 2, 50. Seuffert, pract. Pdr. §. 665. 7.

1) »damnum« l. 9 pr. l. 49 D. min. 4, 4 l. 46 D. ex q. c. maj. 4, 6 l. 57 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 l. 14 C. procur. 2, 13 »laesum jus« l. 1 pr. D. ex q. c. m. 4, 6 laesum esse l. 1 C. temp. i. i. 2, 53 Nov. 1 C. 4 §. 1 »deceptum esse« l. 1 §. 10 D. postul. 3, 1 »circumventum esse« l. 3. §. 6 l. 7 §. 3 l. 9 §. 1 D. min. 4, 4 l. 1 C. adv. dot. 2, 34 »circumscriptio« l. 24 §. 1 D. min. 4, 4. »captum esse« l. 11 §. 3 D. min. l. 21 pr. D. ex q. c. maj. 4, 6 l. 9 §. 4 D. jurej. 12, 2 l. 5 §. 1 C. i. i. min. 2, 22.
2) wie z. B. Windscheid, §. 115 §. 116.

oder überdies das Nichtdasein von beliebigen Ausnahmen [3]) mitbegreift.

Namentlich ist also das „daß überhaupt eine rechtliche Wirkung eingetreten sei", u. E. weder als „erste Voraussetzung" [4]), noch als besondere Voraussetzung, noch überhaupt als Voraussetzung zu bezeichnen.

Denn wenn überhaupt eine rechtliche Wirkung nothwendig sein sollte, so könnte nur der Schaden (der dort als zweite Voraussetzung erscheint) [5]) diese rechtliche Wirkung sein, und wäre die Wirkung so wenig ohne den Schaden, als der Schade ohne die Wirkung, vielmehr beides zusammen eins, nicht jenes das erste und dieses das zweite, vielmehr ein rechtlich bewirkter Schade die Eine Voraussetzung. Allein das Erforderniß rechtlicher Wirkung erscheint überhaupt bedenklich, und das Dasein eines Schadens überhaupt genügend. Nicht als ob i. i. r. nicht auch gegen rechtlich bewirkten Schaden platzgriffe; diese ihre correctorische Anwendung (S. 406) gegen die rechtlichen Schäden oder Verluste durch Rechtsgeschäfte [6]), Usucapion, Nonusus, Verjährung [7]), vordem capitis deminutio [8]), insonderheit auch gegen rechtskräftiges Urtheil [9]), Vergleich [10]), Eidesdelation [11]) ist über allen Zweifel erhaben und tritt uns auf allen Wegen entgegen; allein daraus folgt nicht, daß sie wie man gemeinhin annimmt, gegen Schäden, die uns durch rechtlich nichtige oder durch widerrechtliche und blos factische Vorgänge zustoßen, keine i. i. r. platzgreife [12]). Alles kam darauf an, ob ein auf ordentlichem Wege nicht oder nicht

3) wie z. B. Spaltenstein, a. a. O. §. 13, der die „Bedingungen" Burchardi's (s. bes. §§. 4. 15) in Voraussetzungen verwandelt.

4) Windscheid §. 115.

5) Windscheid, a. a. O. 2tes Alin.

6) l. 1 §. 1 D. min. 4, 4 Praetor edicit: »Quod cum minore quam 25 a. natu gestum esse dicatur, l — 7 pr. eod. — Gestum sic accipimus, qualiter qualiter: sive contractus sit, sive quid aliud contigit etc.

7) l. 1 §. 1 D. ex q. c. majores i. i. r. 4, 6 Rubr. C. si adv. usuc. 2, 36.

8) D. h. t. 4, 5.

9) Rubr. c. si adv. rem. jud. r. postuletur 2, 27 (vgl. oben §. 110 ,3).

10) Rubr. C. si adv. transactionem 2, 32 (vgl. oben S. 384).

11) l. 9 §. 4 D. jurej. 12, 2 vgl. oben S. 387.

12) z. B. Savigny, §. 318 S. 120.

vollkommen heilbarer Schade vorliege; war das der Fall, so fragte man nicht, ob der Schade rechtlich oder widerrechtlich zugestoßen sei; der Schade selbst ist es, der nach Hilfe ruft, nicht irgend eine formale Modalität. Es wird sich zeigen, daß auch gegen blos factische oder aus nichtigen Rechtsgeschäften rührende Schäden die ordentlichen Hilfen nicht überall so weit reichten, als die i. i. r. Beispiele und Beleg für i. i. r. gegen widerrechtliche, lediglich factische Vorgänge haben wir in l. 9 §. 2. l. 3. pr. D. quod met. 4, 2 [13]), für i. i. r. bei nichtigen Geschäften in l. 1 C. resc. vend. 4, 44 [14]).

Trotz scheinbaren Widerspruchs der Quellen [15]) gehört auch das nicht zur Voraussetzung der i. i. r., daß nicht „alia actio" begründet sei; der nähere Befund derselben zeigt aber i. i. restitutionem gar nicht selten neben „anderen Klagen" [16]), einmal sogar vor einer anderen Klage [17]). Nicht keine andere, sondern keine andere den Schaden vollkommen heilende actio darf zustehen, damit i. i. r. platzgreife [18]). Näher betrachtet ist aber

13) l. 9 §. 2 cit. — etiam . . . aedificii depositionem quam quis coactus fecit, ad restitutionem hujus Edicti porrigendam esse — l. 3 pr. — Si quis vi compulsus aliquid fecit —

14) Si pater tuus per vim coactus domum vendidit . . . emtio irrita est; zu irrita vgl. l. 8 §. 1 D. leg. Jul. repet. 48, 11 l. 8 pr. D. transact. 2, 14. D. 28, 3 l. 22 D. quod met. 4, 2; cf. l. 3 C. his quae vi metusve 2, 20. l 4 C. si quis ign. 5, 73.

15) l. 16 pr. D. min. 4, 4 In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra i. i. r. —

16) condictio: l. 16 §. 2 eod. (dagegen neuestens Spaltenstein, S. 31; vgl. Vangerow, §. 178 Anm. 1. Burchardi, S. 103); actio tutelae: l. 3 l. 5 C. si tut. vel cur. 2, 25 l. 45 §. 1 D. min. 4, 4 l. 25 l. 39 §. 13 D. adm. fut.; actio p. met.: l. 9 §. 4 l. 21 §. 6 D. h. t.; in rem actio: l. 3 C. de his quae vi metusve c. g. s. 2, 20 (nicht auch l. 10 C. resc. vend. 4, 44 wie bei Vangerow, §. 177 Anm. 1. 4. vgl. Savigny, §. 316 S. 106 Nr. 4. 9). Ueberhaupt vgl. Windscheid, §. 115 Anm. 1.

17) l. 1 §. 6 D. de dolo m. 4, 3 — si quis i. i. r. possit, non debere ei hanc actionem competere. l. 7 §. 1 D. i. i. r. 4, 1 – boni Practoris est potius restituere litem . . quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.

18) Hofacker, princ. jur. civ. §. 809: quodsi vero quis ordinario jure non ita plene ac expedite tutus sit, ut extraordinario tutus esset, utriusque juris remedia elective concurrunt. Savigny, a. a. O. S. 144 f. Burchardi, S. 107 Anm. 66. Windscheid, §. 115: „(keine i. i. r.) wenn . . das Recht selbst gegen dieselbe (Wirkung) in anderer Weise erschöpfenden Schutz gewährt.

das keine weitere Voraussetzung der i. i. r. sondern eine im Wesen eines extraordinarium auxilium begründete Schranke der Einen Voraussetzung, daß ein Schade vorliege. Helfen wo schon geholfen ist wäre etwas müßiges, nichts außerordentliches. Dagegen konnte die Hilfe, welche von Rechtswegen zustund, vermöge der Ordnung an die sie gebunden war, etwas zu wünschen übrig lassen, was die Macht der Magistratur, die Rechtsordnung ergänzend (suppletorisch), gewährte; das war eine außerordentliche Hilfe wie da wo in völliger Ermangelung aller Rechtshilfe geholfen wurde. Eine Art der „Entschädigung", die nach alter Ordnung nur dem Magistrat zu erzwingen zustund, und also die i. i. r. vor den ordentlichen Hilfen wünschenswerth machen konnte, war die Naturalrestitution (S. 258 B) [19]. So erklärt sich z. B i. i. r. neben in rem actio, wenn etwa nichtig veräußert und in Folge davon Besitzveränderung eingetreten war (Anm. 16). War aber das Geschäft nichtig, und überdies ohne factische Folgen geblieben (imperfectum in diesem Sinne), wie wenn z. B. ein Pupille sine tutoris auctoritate versprochen aber nichts geleistet oder empfangen hatte, da war „rein durch das Recht (obj. S.)" geholfen, ein Recht subj. S. oder eine actio gar nicht nöthig, ein Schade nur im Concept des Geschäftes, nicht im Vermögen des Promittenten da, mithin i. i. r. so wenig erforderlich als actio [20]. — Auch daran daß die ordentliche Klage vielleicht nicht dermaßen wider Dritte (in rem) ging, wie unter Umständen i. i. r. (§. 121. III.), kann zur Erklärung des Nebeneinander ordentlicher und außerordentlicher Hilfe gedacht werden.

Richtig wird gelehrt, daß der Schade nicht überall bloßer Vermögensschade zu sein braucht [21]; allein von den Fällen, aus denen man diese Lehre ableitet, ist keiner, in dem das Vermögen des Restituenden nicht auch befangen wäre [22]. Auch gegen bloßen

19) — interest ipsius corpora potius habere — l. 9 pr. cf. l. 49 D. min. 4, 4.

20) l. 16 pr. cit. (in weiterer Fortsetzung der Anm. 15 gedruckten Stelle) — Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraord. aux., ut puta cum pupillo contractum est sine t. a., nec locupletior factus est —

21) Burchardi, §. 6, Spaltenstein, §§. 9. 10. Windscheid, §. 115 Anm. 3, Seuffert, §. 665 Anm. 10.

22) l. 3 §. 6 D. min. 4, 4 si quis minor . . arrogandum se de-

Gewinnsverlust wird restituirt; und zwar nicht blos zu Gunsten der Minderjährigen [23]). So werden entgangene Erbschaften und Vermächtnisse auch Volljährigen restituirt [24]). Allein wenn was auf der einen Seite Gewinn, auf der anderen Strafe ist, wird weder der Minderjährige noch der Volljährige restituirt [25]), und wenn was auf der einen Seite Gewinn, auf der anderen Seite zwar nicht Strafe, wohl aber Schade (damnum), und zwar wie wir meinen kein bloßer Gewinnentgang [26]), sondern Minderung des vor dem Läsionsfall vorhandenen Vermögens wäre, so kommt i. i. r. den Volljährigen nicht [27]), den Minderjährigen aber, scheint es, nicht überall zu statten. Dürften wir beispielsweise an den Fall denken, da Restitution in die vereitelte Usucapion gegen den dominus selbst begehrt wird [28]), so wäre der Minderjährige hier nicht minder als der Volljährige abzuweisen; wäre fernerhin aber statt anderer entschieden nicht hieher gehörigen Fälle [29]) auch an den Fall zu denken, daß gegen einen Verkauf ohne Rückerstattung des Preises restituirt werden wollte, so würde der Minderjährige unter Umständen durchdringen, der Volljährige nicht[30]). Doch muß eingeräumt werden, daß beide Beispiele bedenklich und sichere Fälle nicht nachgewiesen sind [31]). — Daß der Schade erheblich

derit; l. 35 eod. — quod majorum ejus fuisset . . domus —; l. 6 eod. — litibus et sumtibus non vexari; l. 41 D. rec. 4, 8: i. i. r. gegen receptum arbitrii cf. l. 3 §. 12 eod. —; l. 2 C. si adv. rem jud. (2, 27) Si . . . te ejus potestati subjectum pronuntiaverit —; l. 8 C. quando app. non sit necesse 7, 64 — cum Decurio creareris — vgl. unter §. 121. l.

23) vgl. l. 27 D. ex q. c. m. 4, 6 mit l. 7 §. 6 l. 44 D. min. 4, 4, l. 17 §. 3 D. usur. 22, 1.

24) l. 41 l. 17 pr. §. 1 D. ex q. c. m. 4, 6.

25) l. 37 pr. D. min. 4, 4 Auxilium i. i. r. executionibus poenarum paratum non est — l. 18 D. ex q. c. m. 4, 6..

26) z. B. l. 21 pr. eod.

27) l. 18 cit. — non cum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. vgl. Burchardi, §. 6. Savigny, §. 318 S. 122. Windscheid, §. 117 Anm. 5. Arndts, §. 118 Anm. 1. Seuffert, §. 665 Anm. 9. Anders Spaltenstein, §. 9 S. 26.

28) l. 20 cf. l 19. D. ex q. c. m. Windscheid, a. a. O., dagegen Burchardi, S. 68.

29) die in Burchardi §. 10 Anm. 28 ihre Quellen haben —

30) vgl. l. 24 §. 4 cf. l. 27 §. 1 l. 7 §. 5 l. 22 D. min. 4, 4.

31) Auch l. 7 §. 1 D. inj. 47, 10 — ibi (legis Aq. actione) principaliter de damno agitur — at in actione injuriarum de

sein müsse [32]), ist in dieser Allgemeinheit anerkanntermaßen nirgends ausdrücklich gefordert [33]); daß er ein großer sein müsse, wird nur verlangt, wo die i. i. r. ihre nächsten aber ihre bisherigen Grenzen überschreitet [34]), wo sie den Charakter persönlichen Privilegs annimmt [35]), oder gegen Privilegirte [36]) oder auf Wiederherstellung der schon an und für sich in Schranken gehaltenen querela inofficiosi geht [37]); nur daß im Vergleiche mit dem Schaden, den der Gegner durch die i. i. r. erleidet, der des Restituenden nicht zu klein sein dürfe, ist für alle Fälle ausgesprochen in l. 4 D. h. t; auch die größten Schäden aber sind von der i. i. r. ausgeschlossen, wenn man sie sich durch Delict [38]) Eidesleistung [39]), Versäumung der 30 und mehrjährigen Klagenverjährung [40]) zuzieht, oder wenn

ipsa caede, non ut damnum sarciatur — die vielleicht Spaltenstein vor Augen hat, gehört nicht hieher. S. dagegen das ex alterius damno in l 27 §. 1 D. l. 24 §. 4 min. 4, 4u. unten S.?

32) Seuffert, a. a. O. Anm. 4a, Vangerow, §. 176, Sintenis, §. 36 Anm. 42.

33) vor allem nicht in l. 4 D. h. t. 4, 1 — wogegen Spaltenstein S. 29 unten; s. hinwider Burchardi, §. 8, Savigny, §. 320e, Windscheid, §. 115 Anm. 6, Arndts, §. 118 Anm. 2.

34) l. 9 pr. D. min. 4, 4 — interdum permittendum (corpora potius habere), sc. si ex causa judicati pignora minoris capta et distracta sunt u. gegen das Judicat restituirt wird — desgl. l. 1 C. si adv. vend. pign. 2, 29, vgl. l. 3 C. adv. fisc. 2, 37, womit wohl unterläuft, daß gegen Dritte restituirt werden soll: Burchardi, S. 85. 1; — Gaj. II, 163 — D. Hadrianum etiam majori 25a. veniam dedisse cum post aditam hereditatem grande aes alienum quod.. latebat, apparuisset l. 57 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 §. 6 J. her. qual. & diff. 2, 19.

35) l. 49 D. min. cf. l. 7 §. 8 in fin. eod.

36) l. 1 C. si adv. fisc. 2, 37; — ob hieher (als privilegirte Sache) auch Bestellung einer dos oder don. p. n. wegen l. 9 §. 1 D. min. 4, 4, wie Burchardi S. 86, 5 annimmt; — dagegen vgl. den antiquirten Fall in l. 2 C. qui et adv. quos 2, 42.

37) arg. l. 8 §. 17 D. inoff. 5, 2.

38) arg. l. 9 §. 2 D. min. 4, 4 — placet, in delictis minoribus non subveniri — ut puta dolo aliquid fecit in re deposita — §. 5 eod. l. 4 l. 5 pr. l. 26 §. 6 D. ex q. c. m. 4, 6 — si dolus ejus interveniat, ne ei succuratur: ipsis enim delinquentibus Praetor non subvenit — l. 2 l. 3 C. si minor se majorem dixerit 2, 43 l. 1 l. 2 C. si adversus delictum 2, 35 l. 30 C. transact. 2, 4 cf. l. 2 §. 3 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 4 §. 26 D. doli exc. 44, 4.

39) l. 31 D. jurej. 12, 2 vgl. oben S. 387 u. S. 409. Anm. 11.

40) hiegegen Burchardi u. A. S. 135 fgg. nach dem Buchstaben der l. 3 C. praescr. 3, 39, nicht nach dem Sinn, vgl. l. 5 C. in q. c. i. i. r. necessaria non est 2, 41 Savigny, Syst. Bd. 3 S 422 fgg. u. die Neueren —;

man sie durch Eltern oder Patrone [41]), oder durch Veräußerungen des Fiskus [42]) erleidet. Die Versäumung der Poenalklagen ist schon aus anderem Grunde ausgeschlossen (Anm. 23); die des Quinquenniums, innerhalb dessen der Status eines Verstorbenen in Frage gestellt werden darf, schließt allerdings die Statusklage, ob deswegen auch i. i. r. aus? [43]) — Mit diesen Fällen, da i. i. r. vornherein ausgeschlossen ist, sollten diejenigen nicht vermengt werden in denen das Anrecht auf dieselbe nachträglich verloren geht (§. 121. II).

Der Schade muß denjenigen der restituirt werden will, selbst treffen, nicht etwa durch ihn einen Anderen [44]), und an ihm hängen bleiben [45]). Pekuliarschäden galten regelmäßig dem Gewalthaber [46]); an Mandataren bleibt der Schade gewöhnlich nicht hängen [47]).

Damnum ist wenigstens hier Genus, lucrum cessans Species; nicht jeder Gewinnentgang ist lucrum cessans im Sinne des damnum, sonst müßte i. i. r. am Ende noch platzgreifen können gegen das vortheilhafte Geschäft, das A gemacht und B ausgelassen hat. Der Erwerb muß schon irgendwie (z. B. delata hereditas) in das Recht des A gehört haben, damit er, ausgelassen, sein Schade sei [48]).

---

41) l. 2 C. qui et adv. quos 2, 42 Justinian. Cum apud veteres dubitabatur etc.

42) l. 3 C. si adv. fisc. 2, 37 l. 3 §. 1 C. de fide hastae 10, 3.

43) s. den ganzen Titel C. ne de statu defunctorum quaeratur 7, 21, insonderheit die von Burchardi cit. l. 6 eod.

44) arg. l. 3 §. 4 D. min. 4, 4 — an etiam filiis f. succurri debeat? . . . efficiet ut per eos etiam majoribus subveniatur . . . restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint —

45) l. 23 D. min. 4, 4 — cujus damno res sit cessura — si eventu damnum minor passurus sit — cum eo modo majori potius succurratur —

46) l. 3 §. 4 ut. l. 27 pr. D. min. 4,4

47) l. 23 cit.

48) Ueber lucrum cessans vom Standpunkt der Interesse-Praestation F. Mommsen, Beitr. zum Obligr. 2. Abth. Zur Lehre vom Interesse S. 174 fgg. vgl. S. 11: über lucrum cess. bei i. i. r. weder bei Burchardi §. 6, noch Savigny, S. 121 fgg. u. Spaltenstein §. 10 u. s. f. die nöthige Definirung.

Gründe.

§. 117.

Der Stoff, aus welchem die Vergünstigung und der Anspruch auf i. i. r. geschöpft worden, ist derselbe wie der aus welchem die rechtlichen Ansprüche überhaupt zumeist hervorgegangen sind: Gerechtigkeit [1]), Billigkeit [2]), darnach wohl besonders auch Güte, und gemeine Wohlfahrt [3]). Allein diese Mächte gerathen hier großentheils nicht etwa blos mit dem alten, strengen Rechte, sondern mit dem Rechte und der Rechtsordnung überhaupt in Widerstreit, und werden darum, wir möchten glauben einzig darum, von den früheren Formationen des Rechtes in dieses selbst nicht einbezogen und aufgenommen, vielmehr mit ihren, allem bisherigen Rechte entgegentretenden Anforderungen als eine Machtsache außerhalb desselben belassen worden sein (§. 115).

Jedenfalls nun aber griff damals und greift heute i. i. r. nicht schon unter der Voraussetzung des oben (§. 116) geschilderten Schadens, sondern wie einst edictaliter so jetzt überhaupt rechtlich oder gesetzlich erst auf Grund von Umständen platz, welche die Abhilfe als gerecht und billig erscheinen lassen [4]). Diese s. g. justae causae i. i. r. liegen in der Ursache des jeweiligen Schadens, negativ und allgemein in einer gewissen Schuldlosigkeit des Geschädigten [5]), positiv und im besonderen in der Jugend, oder Verhinderung, oder Vergewaltigung, oder Täuschung, oder einem gewissen anderen Irrthum des Geschädigten; die der capitis deminutio ist antiquirt, die der alienatio judicii mutandi C. facta für das r. Recht selbst unsicher [6]).

---

1) z. B. l. 3 D. h. t. 4, 1 l. 1 pr. D. ex q. c. m. 4, 6.

2) z. B. l. 7 D. h. t. 4, 1 l. 1 pr. D. min. 4, 4 l. 21 § 1 in med. l. 23 §. 2 § 31 beſ. §. 9 D. ex q. c. m. 4, 6. l 20 pr. D. tut. 27, 3.

3) i. i. r. der rei publicae causa absentes — deren Ausdehnung u. A. auf die in Rom selbst garnisonirenden Soldaten (l. 7 D. h. t. 4, 6), Militärärzte: l. 33 §. 2 eod. Militum medici, quoniam officium quod gerunt et publice prodest, et fraudem eis adferre non debet, r. aux implorare possunt. —

4) l. 3 D. h. t. — ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit —

5) l. 16 D. ex q. c. m. 4, 6 Non enim negligentibus subvenitur — §. 116 Anm. 38.

6) vgl. im Allgemeinen l. 1 l. 2 D. h. t. D. cap. min. 4, 5; oben §. 100 Anm. 1. Spaltenstein, §. 8.

§. 118.

1. Als Jugend[1] kam anfänglich die Minderjährigkeit in Betracht, bei der man mündig, vollkommen handlungsfähig, wenn sui juris bis zur Neige der besseren Zeit ohne Vormund und schlechthin dispositionsmächtig, so denn aber auch in Geschäften nicht nur den unvermeidlichen Risico's, sondern vor Anderen den Schäden ausgesetzt war, welche in aller Form Rechtens die Unüberlegtheit und Unerfahrenheit nach sich zog. Schädigung des mündigen Minderjährigen aus eigener Geschäftsführung ist der ursprüngliche Anlaß[2], — daß der Schade aus jugendlicher Schwäche entsprungen, der Grund dieser i. i. r.[3]; die Gewährung und Zumuthung voller Freiheit drängte zur außerordentlichen Abhilfe gegen ihre schädlichen Folgen. Consequent kam sie auch für minderjährige Hauskinder zur Geltung — so weit diese durch ihre Geschäfte sich selbst schädigen konnten[4]. Theils über den ursprünglichen Grund der i. i. r. minorum, theils über den Buchstaben ihrer edictaten Proposition ging es hinaus, da man — wahrnehmend daß keine Tutel oder Curatel die praetorische tuitio der i. i. r. ersetze[5] — i. i. r. auch wider Geschäfte zuließ, die der Minderjährige mit Zustimmung seines Vormunds[6], oder dieser in Vertretung von jenem vornahm[7], wonach denn nament-

1) D. de minoribus 25 annis 4, 4 C. 2, 22.

2) vgl. l. 1 §. 1 D. h. t. Quod cum minore quam 25 a. natu gestum est esse dicetur, uti quaeque res erit animadvertam —

3) l. 1 pr. D. h. t. — cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum hujus modi aetatum consilium et multis captionibus suppositum, auxilium eis . . . pollicitus est — §. 2 eod.; l. 11 §. 4 eod. — nec eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas — l. 24 §. 1 eod. — manifesta cirumscriptis . . magna negligentia Beispiele des »damnum non inconsulte sed fato accidens« ibid. u. §. 5 l. 18 §. 1 eod l. 51 §. 4 D. fidej. 46, 1 l. 9 C. h. t. 2, 22 Distinction: l. 11. §. 5 cit.

2) l. 3 §. 4 D. min. 4, 4 — ex his solis causis, quae ipsius intersint, puta si sit obligatus, außer si jussu patris mutuam pecuniam accepit cf. l. 2 C. de filiof. minore 2, 34 — l. 3 §. 10 D. h. t. ex his quae ad castr. pec. spectant — cf. l. 13 §. 1 D. ex q. c. m. 4, 6; l. 3 §. 5 D. h. t. — filiamfamilias in dote captam etc.

5) s. dagegen die legislatorischen Vorschläge Savigny's S. 148 fgg., Windscheid, §. 117, Anm. 3, hinwider l. 3 l. 5 C. si tutor 2, 25.

6) l. 2 C. si tutor vel curator interv. 2, 25.

7) z. B. l. 7 §. 8 l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 l. 49 D. h. t.; Rubr.

lich auch i. i. r. von Unmündigen zugelassen werden mußte, es sei nun daß sie auctoritate tutoris [8]), oder daß die Tutoren anstatt ihrer handelten [9]). Hier tritt dann an die Stelle jugendlicher Geschäftsuntüchtigkeit vormundschaftliche Verschuldung [10]), und nur insoferne als ohne die Jugend überhaupt keine Vormundschaft wäre, ist noch die Jugend der Grund dieser Restitution. Grundsätzlich greift gegen Schäden aus gemeiner Gefährlichkeit auch hier keine i. i. r. platz [11]). — Nun wieder folgerecht muß i. i. r. zu Gunsten der Minderjährigen überall möglich sein, wo man kraft was immer für einer Vollmacht oder Befugniß an ihrer Statt disponirt; und so finden wir denn i. i. r. minorum namentlich gegen Pfand- und Zwangsverkauf [12]), sowie gegen Geschäfte ihrer Mandatare [13]); unbedenklich können wir sie auch Kindern gegen die väterliche Administration des Adventizgutes zuerkennen (cf. l. 8 §. 6 D. bon. quae lib. 6, 61 Burch. S. 237). Bei Pfand- und Zwangsverkauf wird sogar ohne Rücksicht auf Verschuldung des Verkäufers restituirt — wider den Käufer; dagegen muß der Schaden um so größer sein [14]); und ein gleiches scheint überall zu gelten, wo der Minor i. i. r. gegen den Verkauf seiner Sachen durch Dritte beim Käufer nachsucht [15]). Ob nicht auch umgekehrt da, wo der Minor an Anderer Statt handelt und weil der Schade an ihm hängen bleiben soll, restituirt werden will [16]), lediglich auf Grund dieses Schadens restituirt wird [17])?

Da Communen und Stiftungen in Sachen ihres Vermögens

C. si tut. vel curator interv. 2, 25; grundsätzlich l. 3 l. 5 C. h. t. 2, 25.

8) l. 2 C. h. t. cit. l. 29 pr. D. h. t. 4, 4.

9) s. die Anm. 7 citt. ll.

10) l. 7 §. 8 D. h. t. l. 3 C. si tut. vel cur. in int. 2, 25.

11) l. 7 §. 8 cit. l. 18 §. 1 D. h. t.

12) l. 1 C. si adv. vend. pignorum 2, 29; nur folgeweise, nach vorgängiger i. i. r. gegen rem judicatam in l. 9 pr. D. h. t. 4, 4; ob in l. 49 D. eod. Pfand- oder Zwangsverkauf?

13) l. 23 D. h. t. — Si autem ipse dominus minor sit etc.

14) l. 1 C. cit. — enorme damnum — vgl. §. 116 Anm. 35.

15) l. 49 D. h. t. 4, 4 — si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur . . . etiamsi collusio non intercessit . . .

16) vgl. §. 116 Anm. 45.

17) l. 23 D. h. t. 4, 4 — quia quod praestiterit servare ab eo cujus negotia gessit non potest . . nicht entgegen der Schluß: Ergo et si procuratorio nomine circumscriptus sit etc.

der Vertretung so nothwendig und nothwendiger bedürfen, als Unmündige und Minderjährige, so ging die i. i. r. minorum und was wir außer ihr sonst noch als Ersatz oder Ergänzung der rechtmäßigen Vertretung (defensio) der Minorennen (jus minorum) zu denken haben [18]), noch im r. Rechte auf den Staat und die Städte über [19]). Kirchen und milde Stiftungen bekommen i. i. r. im canonischen Rechte [20]), die s. g. juristischen und alle von Rechtswegen vertretene Personen überhaupt, u. E. nicht ohne Grund [21]), durch die Praxis; — der nondum natus in l. 45 pr. D. h. t.

Entgegen den Volljährigen, deren Restitution hauptsächlich wider Unterlassungen geht, werden die Minderjährigen zumeist gegen Handlungen (gestum) restituirt; der Schutz welchen Volljährige gegen Unterlassungen genießen, kommt ihnen ohnedies zu statten [22]). Allein eingeschränkt auf Handlungen ist ihre Restitution keineswegs [23]); Unterlassungen können wie Handlungen Leichtsinn und dgl. zum Grunde haben, und also zur i. i. r. propter aetatem berechtigen [24]), während der Volljährige diesfalls nicht wider sie aufkommt.

Der Volljährigerklärte gilt auch in Ansehung der i. i. r. nicht mehr als minor [25]).

§. 119.

2. Verhinderung im wahren Sinne des Wortes ist die nichtgewollte, insofern nothgedrungene Unterlassung einer Hand-

18) D. de rebus eorum, qui sub tut. vel cura sunt, sine decreto non alienandis 27, 9 C. 5, 51—54 D. de magistratibus conveniendis 27, 8 C. 5, 75 cf l. 11—13 D. ad municipalem 50, 1.

19) l. 4 C. q. e. c. m. 2, 54 a. 285. Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest. l. 1 C. de officio ejus qui vicem alicujus judicis vel praes. obtinet 1, 59 a. 241 l. 3 C. de jure reip. 11, 29 Alex. cf. l. 78 §. 1 D. leg. II. (Sept. Sev.).

20) cap. 1 sqq. X de i. i. r. 1, 41 c. 11 de reb. eccl. alien. 3, 13 c. 1, 2 in 6to (1, 21) de rest. i. i.

21) s. dagegen Burchardi, S. 259. Savigny, S. 160. Arndts, §. 119 a. E. Hinwider Seuffert, §. 665 a. u. Anm. 2.

22) z. B. l. 7 §. 12 D. h. t.

23) l. 7 pr. D. h. t. — Gestum sic accipimus, qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit.

24) vgl. l. 7 §. 11 l. 45 pr. D. h. t.

25) l. 1 C. de his qui veniam aetatis impetraverunt 2, 45 l. 5 pr. C. temp. i. i. r. 2, 53.

lung, so daß die willkürliche, gesuchte, selbstgeschaffene Verhinderung in Wahrheit keine Verhinderung ist. Verlangt die von uns einst[1]) herbeigezogene „echte Noth" erst „eine genaue Präcisirung"[2]), so nennen wir sie heute die wahre Verhinderung. Ist eine Unterlassung nicht durch unseren Willen herbeigeführt, so rührt sie von etwas außer unserem Willen, und allerdings leicht, ja meistens von etwas äußerem, factischem her, und liegt der Verhinderung also weithin ein „äußeres, factisches Hinderniß" zu Grunde[3]). Allein außer unserem Willen liegt auch die Unterlassung, welche von Furcht herrührt, und diese ist wenigstens an sich kein äußeres Hinderniß; außer unserem Willen liegt auch die Unterlassung, welche von Irrthum und Nichtwissen herrührt, und dieses Hinderniß scheint uns noch immer ein schlechthin innerliches zu sein. Unser Inneres geht im Willen nicht auf; auch die Vorstellungen und Gefühle gehören zu demselben; beruht das Wesen der echten Noth oder wahren Verhinderung im Gegensatze des Nichtgewollten zum Gewollten, so kann ihr immer noch ein inneres Hinderniß zu Grunde liegen. Auch des „Zusatzes", daß die Unterlassung nicht „durch eigene Schuld" des Unterlassenden erfolgt sei[4]), bedürfen wir nicht; denn durch das Nichtwollen ist die Verschuldung ausgeschlossen.

Diese unsere „echte Noth" oder wahre Verhinderung nun ist es, in welcher — vorausgesetzt, daß die Unterlassung den überall nothwendigen Schaden (Ersitzung, Verjährung und Nonusus, Ablauf von Peremtorialfristen) verursache, — Jurisdiction und Jurisprudenz den vornehmsten Grund zur i. i. r. majorum erblickten[5]). Das Edict selbst entfaltete denselben in seinen einzelnen und nächstliegenden Erscheinungen[6]), fügte aber, wohlwissend daß mit diesen Einzelnheiten der Grund nicht erschöpft sei, einen allgemeinen Vorbehalt zu Gunsten weiterer Fälle („generalis clausula")[7]) bei[8]); die

1) 1te Aufl. S. 122.
2) Spaltenstein, S. 73.
3) Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2 §. 125, Savigny, S. 167 f.
4) Wächter, a. a. O.
5) D. ex quibus causis majores 25 a. i. i. r. 4, 6 C. 2, 54.
6) l. 1 §. 1 D. h. t. wozu Savigny, S. 165.
7) z. B. l. 33 pr. D. h. t.
8) l. 1 §. 1 cit. in fin. l. 26 §. 9 eod.

Jurisprudenz aber stieg, wenn sie die i. i. r. „generaliter“ statthaft fand quotiescunque quis ex necessitate non ex voluntate afuit [9]), zu einer Fassung auf, welche von obiger Definition der wahren Verhinderung nicht wesentlich verschieden sein dürfte. Auch sie fußt im Nichtgewollten; die „Nothwendigkeit“ ist nur Seitenstück des Nichtwollens, ein Ausdruck für die in Ermanglung des Wollens überall bestehende Unfreiheit oder Unwillkürlichkeit; ist unsere Unterlassung noch enger mit dem äußeren, weil räumlichen Hinderniß der Abwesenheit (afuit) in Verbindung gebracht, so zeigt die anderweite Ausführung, daß nicht blos körperliche, sondern auch geistige Abwesenheit, mithin auch ein inneres Hinderniß der Verhinderungsgrund sein könne [10]). Und wie die Nothwendigkeit taucht auch die Schuldlosigkeit als bloßes Correlat des Nichtwollens auf [11]).

Im Edicte speciell anerkannte Hindernisse sind

Abwesenheit (vom Orte der stattfindensollenden Handlung) [12]), und zwar Abwesenheit aus Furcht oder staatlicher Mission, Haft, factische Sclaverei, Kriegsgefangenschaft [13]): auf Seite dessen der da handeln sollte und den Schaden erleidet [14]) — Abwesenheit aus was immer für Gründen in Verbindung mit Nichtvertretung, Unzugänglichkeit wegen Haft, geflissentlicher Vereitlung, Privilegs, auch das in Verbindung mit Nichtvertretung, wegen Appellation, Mißbrauchs der Amts-

9) l. 26 §. 9 cit. in fin. cf. 36 eod. — coacti absunt.

10) l. 7 pr. D. i. i. r. 4, 1 l. 3 §. 31 D. ad SC. Sil. 29, 5 — s. gleichwohl Windscheid, §. 119 Anm. 16.

11) l. 7 pr. cit. — non sua culpa sed parum exaudita voce praeconis i. e. (wegen Nichtwissen) defuisse — l. 35 D. s. p. r. 8, 3 — non negligentia aut culpa . . sed qui ducere non poterant —

12) vgl. hiezu l. 28 §. 4 l. 32 l. 35 §. 7 §. 8 D. h. t.

13) l. 1 §. 1 cit. »inve vinculis (l. 9 l. 10 eod.), servitute (l. 11 — l. 13 eod.), hostiumque potestate esset (l. 14 l. 15 cf. l. 19 l. 20 eod.)«.

14) l. 1 pr. cit. — cum is (cujus quid de bonis de . minutum erit, sive . . actionis dies exisse dicetur) metu aut . . . reipublicae causae abesset — l. 21 pr. eod. »ne capiantur«;

15) l. 1 §. 1 cit. — cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocare non liceret, neque defenderetur, aut cum magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esset — l. 21 — l. 26 §. 8 eod.

gewalt[15]): auf Seite desjenigen, mit welchem oder gegen welchen gehandelt werden sollte und durch welchen der Schaden erfolgt[16]).

In der Anwendung wird die Furcht auch hier[17]) nicht subjectiv, nach dem Fürchtenden, sondern objectiv, nach der Furchtbarkeit der Drohung bemessen[18]); eine Art Entwilligung oder Willenslosigkeit muß sie Folge einer Uebermannung, nicht Schwäche sein — nicht als ob bei eitler Furcht des Willens mehr wäre, als bei der begründeten[19]), sondern weil man bei schwacher Drohung an das Dasein der Furcht oder Unwillkürlichkeit weniger glauben kann — oder aus moralischen Gründen[20]). — Im Edicte selbst ist verlangt, daß die Abwesenheit in Staatssachen sine dolo malo erfolgen und bestehen müsse[21]) — was nicht der Fall wäre, wenn die Entsendung nicht in der Mission von oben, sondern in der eigenen Bewerbung[22]), Eile[23]), Sache[24]) des Gesandten ihren letzten Grund hätte; denn dann wäre er in Wahrheit nicht reipublicae causa, sondern seiner selbst willen, nicht nothwendig, sondern willentlich abwesend und verhindert[25]). Daß darauf ob der in seiner Abwesenheit oder sonstigen Verhinderung Geschädigte daheim eine Vertretung hatte oder haben konnte, etwas ankomme, ist in den uns überlieferten Edictsworten nicht gesagt, vielmehr stillschweigend verneint; ob man Grund habe, von der Anwendung das Gegentheil zu behaupten, indem die gewichtigsten Stimmen noch heute wenigstens darauf ankommen lassen, ob der Verhinderte einen Vertreter haben

16) l. 21 pr. cit. »ne capiant«
17) vgl. l. 3 §. 1 – l. 6 D. quod met. 4, 2.
18) l. 2 §. 1 l. 3 D. h. t.
19) vgl. l. 5 eod. — nullus metus est si dolus intercedit —
20) l. 6 eod. Metum . . non vani hominis — l. 7 pr. — meticulosus non restituitur —
21) l. 1 pr. si . . sine d. m. reip. causae abesset —
22) l. 5 eod. Et qui data opera et sine lucro hoc affectaverit —
23) l. 5 cit. — vel qui maturius profectus est —
24) l. 4 eod. — qui reverti potest neque reverteretur . . . veluti si alterius grandis commodi captandi gratia id egerit — l. 5 eod. — vel litis gratia coepit . . abesse — l. 37 eod.
25) l. 36 eod. Reip. causa absentes eos intelligimus, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt. l. 42 eod.

konnte[26]), und ob die Quellen in der That so schwankend seien, daß der Widerstreit der Meinungen und die Halbheit der Lösung in ihnen ihre Rechtfertigung finde[27]), wird sich am Schlusse zeigen.

Weitere Fälle, die in analoger Anwendung des Edictes, vermöge der generalis clausula[28]), zur Geltung kamen, stehen sowohl auf Seite der Schädigung des Abwesenden und sonst Verhinderten, als auf Seite der Schädigung durch den Abwesenden. So wird dem metus und reipublicae causa absens der in städtischer Mission[29]), in Zeugniß-, Cognitions- und Appellationssachen[30]), der für den Fiskus[31]), unter Umständen selbst der studien-[32]), ja der gewerbshalber Verreiste[33]) gleichgestellt; nur unter besonderen, für die edictsmäßigen Fälle gleichgiltigen Umständen wird überhaupt von der höheren Nothwendigkeit der Absentirung zu gemeiner Dringlichkeit oder „Probabilität" derselben herabgestiegen[34]): nur unter besonderen Umständen, nicht an und für sich, wie man gemeinhin annimmt, werden Relegirte und Exilirte ver-

26) Burchardi, S. 171 fg. Savigny, S. 179 fg. Seuffert §. 673 Anm. 4. Windscheid, §. 119 Anm. 9, behutsamer Arndts, §. 120 a. E. Vgl. überhaupt Fritz, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 17, 3 S. 68, Spaltenstein, §§. 17. 18.

27) Savigny, S. 176.

28) nicht in bloßer Consequenz des Edictes, wie z. B. die im Dienst befindlichen Soldaten pro reip. c. absentibus habentur, selbst wenn sie in Rom dienen, l. 7 l. 45 l. 34 pr. D. h. i. cf. C. de rest. militum et eorum qui reip. c. absunt 2, 51, die Aerzte u. Frauen der Soldaten dagegen wohl nur vermöge der cl. g. zur Restitution kamen l. 33 §. 2 cf. pr. D. h. t. l. 2 C. de uxoribus militum et eorum qui reip. c. absunt 2, 52. — Nicht reip. c. absentes sind die Kriegsgefangenen, wogegen Savigny, S. 171 V. Spaltenstein, S. 53 unten, hiewider l. 14 D. h. t. »qui in host. pot.« i. e. »ab hostibus captus« u. »in servitute fuerint« cf. D. capt. 49, 15 l. 1 etc. der Kriegsgefangenen auch kein bloßer „Abwesender" z. B. l. 22 §. 1 D. ex reb. auct. jud. poss. 42, 5.

29) l. 26 §. 8 eod. l. 1 C. h. t.

30) l. 26 §. 9 cit.

31) l. 33 pr. D. h. t.

32) l. 28 pr. D. h. t. — deliberare debet Praetor an ei subveniendum debeat . . . forte procuratore suo defuncto —

33) l. 57 D. pro soc. 17, 1 (Savigny, S. 175), wo non inutiliter . . . denegatur gelesen werden muß.

34) Ohne das Erforderniß „besonderer Umstände" Savigny, S. 174, Windscheid, §. 119 Anm. 3.

hinderungshalber restituirt [35]); — den Verhafteten gleich gilt der durch sein verbürgtes Wort an einen gewissen Aufenthalt Gebundene [36]); den Verhafteten oder Abwesenden gleich gilt wenigstens in gewissen Fällen oder unter besonderen Umständen derjenige, dessen Thätigkeit durch Nichtwissen gelähmt ist [37]); — wahre Verhinderung (im uti) ist auch die Versiegung von Quellen und Ueberschwemmung von Wegen [38]); — der Abwesenheit und sonstigen Unzugänglichkeit des Gegners gleich gilt dessen Unzugänglichkeit wegen Wahnsinns, Kindheit, Unpersönlichkeit [39]), Verbannung [40]); Nichtvertretung muß überall auch hier Voraussetzung sein [41]).

Was nun aber die Frage betrifft, ob und in wieferne das Dasein oder die Möglichkeit der Vertretung bei der i. i. r. des durch eigene Absenz oder sonstige Verhinderung Geschädigten in Betracht kommt, so muß voraus bemerkt werden, daß Kriegsgefangene, und auch die in blos factischer Sclaverei Verhaltenen einen Procurator nicht haben konnten, für das im Ungewissen befindliche Vermögen des Kriegsgefangenen dagegen wohl ein curator bonorum aufgestellt zu werden pflegte [42]). Während unsere Frage nun bezüglich der in Sclaverei Verhaltenen gar nicht auftreten konnte, ist bezüglich des Kriegsgefangenen entschieden, daß das Dasein eines curator bonorum seine Restitution nicht ausschließe [43]). — Aus dem Bereich unserer Frage ist aber fernerhin auszuscheiden der Fall, da der Abwesende ꝛc. in Betreff der nöthigen Handlung wirklich vertreten worden ist; denn wenn es in solchem Falle je noch zur i. i. r. käme, so wäre das keine

35) l. 26 §. 1 D. h. t. — ex causa tamen ... succurrendum — cf. l. 20 pr. D. min. 4, 4 — indignum esse propter irrogatam poenam — was bezüglich des exul hier nur verworfen wird, weil er als minor restituirt sein will —; die i. i. r. in l. 40 §. 1 D. h. t. ist nur accessorisch, zur i. i. r. gegen die Verbannung selbst.

36) l. 28 §. 1 D. h. t.

37) l. 7 pr. D. i. i. r. 4, 1 l. 3 §. 32 D. ad SC. Sil. 29, 5.

38) l. 1 §. 9 D. itin. 43, 9 cf. l. 34 §. 1 l. 35 D. s. p. r. 8, 3 l. 14 pr. D. queadm. serv. am. 8, 6.

39) l. 22 §. 2 D. h. t. l. 124 §. 1 D. r. j. 50, 17.

40) l. 26 §. 1 D. h. t.

41) arg. l. 26 §. 3 eod.

42) l. 15 pr. D. h. t. cf. l. 22 §. 1 D. reb. auct. jud. 42, 5 l. 3 C. postl. rev. 8, 51.

43) l. 15 pr. cit.

i. i. r. wegen Verhinderung, indem die betreffende Handlung ja nicht versäumt, und wo keine Versäumung keine Verhinderung ist; die i. i. r. müßte hier vielmehr von irgend einem Fehler in der Vertretung ihren Ausgang nehmen, wie derartiges bei der i. i. r. minorum vorkommt (§. 118 Anm. 10), und wenn nicht in minor aetas selbst, in irgend einem Surrogate oder Aehnlichem ihren Grund haben; anstatt dessen wird nun aber als ein Unterschied zwischen der i. i. r. minorum und der reip. c. absentes und diesen Gleichgestellten überhaupt gerade das hervorgehoben, daß jene gegen die Vertretung ihrer Vormünder aufkommen, diese dagegen, Versäumung von Peremtorialfristen ausgenommen, nicht [44]). — Sofort nun aber ist 1. der noch allerwärts vorkommende Satz, daß wer reip. c. absens oder gleich diesem verhindert zwar keinen Procurator hatte, allein einen hätte haben können oder sollen, nicht restituirt werde (Anm. 26), nicht begründet. Denn die Stellen auf welche man sich stützt, reden weder vom reip. c. absens, noch von denen die diesem, es sei nun durch das Edict speciell oder vermöge der generalis clausula gleich [45]) sind, sondern von solchen, deren Verhinderung der des reip. absens nicht ebenbürtig ist, darum nur unter besonderen Umständen, etwa gerade darum, weil sie diesmal keinen Procurator haben oder wiederbestellen konnten, berücksichtiget wird. [46]). Insonderheit wird der Verbannte darum, „weil er einen Procurator zu haben fähig war", nicht *nicht*, sondern *um so weniger* restituirt [47]); umgekehrt der Kriegsgefangene der dem reip. c. absens und all den anderen die Procuratoren haben können, gleichsteht, darum daß er „keinen zu haben fähig war," nicht überhaupt erst restituirt, sondern *um so mehr* restituirt [48]). — Vorausgesetzt

44) l. 8 pr. D. i. i. r. 4, 1 cf. l. 54 pr. D. re jud. 42, 1. Auch wenn wie wahrscheinlich in l. 8 pr. cit. contra rem judicatam statt contra remp zu lesen sein sollte (Burchardi, Savigny, E. A. Seuffert zu Seuff. P. §. 673 Anm. 5), dürfte nicht gemeint sein, daß in anderen Fällen anderes gelte —

45) l. 8 pr. D. h. t. i. i. r. 4, 1 — qui reip. c. absit, ceteris quoque qui in eadem causa habentur —

46) Studiorum causa etc. absentes: l. 28 pr. D. h. t. Verbannte l. 26 §. 1 cod. l. 20 D. min. 4, 4 oben Anm. 32—35.

47) l. 26 §. 1 cit.

48) l. 15 pr. D. h. t.

nun einmal, daß darauf, daß man keinen Procurator hatte, aber haben konnte, in der Regel nichts ankam, läßt sich nicht denken, daß allein darauf daß man einen hatte, etwas angekommen [49]), daß wer ohne Bestellung eines Procurators verreiste, das Privileg der i. i. r. behielt, wer fürsorglich einen bestellte, es — gewissermaßen zur Strafe dafür, daß er einen bestellt hatte — verlor, wenngleich dieser Procurator unthätig geblieben war. Bezüglich der städtischen Gesandten heißt es denn auch auf das bestimmteste, daß auf jenes „haben" nichts ankomme [50]). Darnach kann denn aber auch l. 39. D. h. t. [51]) nur scheinbar widersprechen; denn daß und was Cujacius dem Theodorus Hermopolitanus nachschrieb [52]), wäre unbegreiflich, wenn eine seltene Quelle nicht manchmal mehr gälte als die gesunde Vernunft; und auch die historische Vermittlung, wie sie zwischen Ulpian und Paulus gesucht, überdies derart vollzogen wird, daß man den Satz des etwas jüngeren Paulus als den älteren und veralteten ausweist [53]) — wäre nicht angestrebt worden, wenn man eine exegetische Auskunft für irgend möglich gehalten hätte. Vielmehr beruht die ganze Schwierigkeit darauf, daß man sich unter dem Procurator den der von Staatswegen Verreisende in l. 39 zurückläßt, einen denkt, der nicht procurirte, und unter dem ihm beigelegten Prädicat (per quem defendi potuit) die Facultative sieht, daß dieser jenen sehr wohl hätte vertreten können, wenn er nur gewollt hätte. Allein es wird keine Supposition von fremden, in der Stelle selbst nicht gelegenen Thatsachen sein, wenn man unter demselben Procurator einen denkt, der in der That procurirte; wie man unter einem tutor im Zweifel eher an einen gerens als an einen non gerens

49) als geltende Regel festgehalten von Vangerow, §. 88 Anm. 3 Spaltenstein, S. 57, als ursprüngliches Recht von den Meisten —

50) l. 26 §. 9 D. h. t. — Saepissime constitutum est, adjuvari eum (der legatione pro civitate functus est) debere, sive habuit procuratorem sive non — (Ulp)

51) Is qui rp. c. abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, i. i. r. volens restitui non auditur. (Paulus)

52) observ. 19, 14 — μόνος ὁ βασιλεὺς ἀποστέλλει αὐτὸν (reip. c. absentem) καὶ οὐχ ὁ καθένα τῶν πολιτῶν — darum sei jener schlechter daran! S. dagegen Burchardi, S. 171, Savigny, S. 178, Arndts, §. 120 Anm. 3 a. E.

53) Burchardi, S. 175, Savigny, S. 178.

denkt, so wird der Procurator im Zweifel gleichfalls eher als ein procurirender denn als ein nichtsthuender gedacht werden müssen; darnach wäre denn aber auch der Sinn seines Praedikates unmöglich mehr der, daß er zwar nicht vertreten, aber vertreten gekonnt wenn er gewollt hätte — sondern daß er in Wirklichkeit für den Abwesenden gehandelt hat und, von Rechtswegen, auch handeln gekonnt. Weit entfernt zu bestimmen, daß wer einen Procurator hatte, das benef. i. i. r. verliere, wenn gleich er durch ihn nicht vertreten wurde, sagt Paulus, daß nicht nur das Dasein einer Procuratur, sondern selbst die Thatsache der Gestion die i. i. r. an und für sich noch nicht ausschließe, vielmehr die Fähigkeit zu wirksamer Vertretung hinzukommen müsse [54]).

Fraglich ist noch, ob nicht durch das s. g. remedium protestationis [55]) die i. i. r. wegen Unzugänglichkeit des Gegners überflüssig und aufgehoben worden sei. Allein abgesehen davon, daß die betreffende Constitution ihrem Buchstaben nach nur auf dingliche Klagen geht [56]) und schwerlich jünger ist als die Publication der Institutionen (§. 5 act. 4, 6) und Digesten, ist die i. i. r. durch die Protestation nicht in allen Fällen ersetzt [57]).

§. 120.

3. Wird der Irrthum eigens als Restitutionsgrund aufgeführt [1]), so kann darunter nicht mehr jenes Nichtwissen gemeint sein, welches sich als eine Verhinderung darstellt, und unter der „Absenz" mitbegriffen ist (S. 423 oben), also kein Irrthum, aus dem Unterlassungen hervorgehen [2]), sondern nur mehr ein Irrthum

54) Stillschweigend von einem gerirenden Procurator, aber speziell von einem Prozeßprocurator u. rechtskräftigem Erkenntniß gehen aus Fritz a. a. O. S. 68. Windscheid, §. 119 Anm. 8. Dagegen Savigny, S. 179 a.

55) l. 2 C. ann. exc. ital. contr. toll. 7, 40. Glück, Comm. §. 470, Burchardi, S. 181, Savigny, S. 184.

56) — dominus rei vel creditor . . . adversario qui rem detinet — sive triennii sive longi temporis sive 30 vel 40 a. praescriptio sit —

57) „wie wenn ihm etwa sein Recht unbekannt gewesen wäre", Burchardi, S. 182 unten.

1) l. 2 D. h. t. 4, 1 cf. Paul. R. S. I, 7 §. 2.

2) s. dagegen Spaltenstein, S. 187. Hinwider Francke, Erörtt. S. 94. Burchardi, S. 391.

der zum Handeln führt, oder im Handeln, mithin in Geschäften, platzgreift, und Ursache des in diesen erlittenen Schadens ist. Allein auch mit dieser Einschränkung, und Entschuldbarkeit vorausgesetzt [3]), ist der Irrthum nicht als ein gemeiner Restitutionsgrund zu denken, der überall wo der Irrthum Schaden veranlaßt, entweder in Concurrenz oder in Ermangelung anderweitiger Rechtsmittel wirksam wird, sondern nur als eine Thatsache, die zur i. i. r. führen kann, nach Ausweis unserer Quellen wenigstens nur in bestimmten, theils im Edict [4]) theils in der Jurisprudenz [5]) aufgestellten Fällen, und zwar überwiegend im Prozesse, zu derselben berechtigt; überwiegend im Prozesse, wo leichter als in außergerichtlichen Handlungen die Sache der Form zum Opfer fällt.

4. Wird weiterhin Furcht als eigener Restitutionsgrund aufgeführt [6]), so kann damit abermals nicht der in der i. i. r. propter absentiam begriffene, einen Fall der Abwesenheit und Verhinderung oder Abhaltung von Handlungen bildende metus [7]), sondern nur die zum Handeln nöthigende Furcht gemeint sein [8]).

3) l. 2 cit. — per . . justum errorem —

4) l. 1 §. 1 §. 6 D. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur (27, 6) Verba autem Ed. haec sunt: quod eo auctore, qui tutor non fuerit (gestum est), si id actor ignoraverit, dabo i. i. r. — woneben in factum a. gegen den falsus tutor l. 7 pr. eod.

5) Irrthum im Prozeß: §. 33 J. act. 4, 6 plus petitio, wenn tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset; — l. 11 §. 8 §. 10 D. int. i j. 11, 1 interrogatio in jure, besonders wenn u. weil die wirkliche Sachlage erst nachher auftaucht; ea quae postea emergunt, auxilio indigent; auch l. 18 eod. vgl. Spaltenstein, S. 172 fg.; — l. 8 §. 2 D. qui satisd. cog. 2, 8. Annahme von unfähigen Bürgen; — l. 13 pr. D. instt. 14, 3 l. 11 pr. D. exc. r. j. 44, 2 Consumtion der irrthümlich gewählten oder begründeten Klage; — l. 2 C. sent. resc. non posse 7, 50 Unterlassung peremtorischer Excc.; — l. 1 §. 5 D. edend. 2, 13 Unterlassung der actionis editio (mit welchem Präjudiz? B.-Hollweg Civilpr. §. 86 Anm. 11 kaum richtig); — Erfüllungseid l. 31 D. jurej. 12, 2; — außer dem Prozeß: wider Erbschaftsantretung? Gaj. 2, 163 in fin. bei „latentem" Schuldenstand; arg. l. 38 D. a. v. o. h. 29, 2 — qui enim scit vel scire potuit —; hiewider besonders l. 10 C. de jure delib. 6, 30 l. 4 C. repud. 6, 31; — wider Separation nur justissima ignorantiae causa allegata. l. 1 §. 17 D. sep. 42, 6.

6) l. 1 D. i. i. r. 4, 1.

7) s. oben S. 420.

8) l. 3 pr. D. quod metus causa gestum est 4, 2 — si quis vi compulsus aliquid fecit, hoc Ed. restituitur. Burchardi, S. 522 fg. Nicht hieher l. 10 C. jure delib. 6, 30 dagegen beachte bes. l. 14 §. 6 D. h. t.

Daß wiederum Furchtbarkeit [9]), überdies Unerlaubtheit [10]) der Drohung und des Zwanges vorausgesetzt, aus Furcht entsprungene Geschäfte mit ihren nachtheiligen Folgen von altersher Anlaß und Gegenstand der i. i. r. gewesen [11]), daß diese i. i. r. allem Anschein nach den Reigen der i. i. restitutiones eröffnete [12]), und früher als die gleichnamige actio proponirt ward [13]), ist hier von geringerem Belange, als daß die actio dem Kläger zwar quantitativ mehr (Quadruplum), allein nebst dem, daß das Quadruplum Solvenz voraussetzte, qualitativ nicht all das, oder nicht alles so sicher in Aussicht stellte, als i. i. r. — nur wenn der Beklagte wollte Naturalrestitution [14]), niemals den Erwerb der einmal abgelehnten, die Befreiung von der einmal erworbenen Erbschaft selbst [15]), niemals Actionen, die dem Kläger nicht ohne dies zustunden [16]). Magistratur, bei welcher i. i r, und Richter-Vollmacht, bei der Judicium ist, sind eben von grundverschiedener Competenz. In der letzten Periode des r. Rechtes und heute treffen beide in Einer Person zusammen; in der Sache selbst sind sie noch immer nicht Eins. Mag man bei derselben Behörde beides bewirken können: i. i. restitutionem oder Entschädigung und Strafe (heute nurmehr Entschädigung), so sind dies und das doch noch immer gleich verschiedene Dinge, und muß es von dem Petitum des Klägers abhängen, ob das Gericht von seiner richterlichen oder von seiner magistratischen Gewalt Gebrauch mache [17]).

---

9) s. oben S. 421, u. vgl. l. 1 l. 2 l. 3 §. 1 — l. 7 §. 1 D. h. t.

10) l. 3 §. 1 cit. cf. l. 12 §. ult. eod. u. oben S. 262, Anm. 6.

11) s. dagegen Schröter, über Wesen u. Umfang der i. i. r., Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 6, S. 119. Schliemann, die L. v. Zwange, S. 11 fg.; hinwider Burchardi S. 359, Savigny S. 192 u. A. m.

12) arg. l. 1 cit. u. die Folge der Titelrubriken in Digesten u. Codex (Dig. lib. IV, 2 sqq. Cod. lib. II, 20 sqq.)

13) auch hiegegen u. a. Anm. 11 citt. Autt.

14) s. oben S. 411 u. S. 259.

15) vgl. l. 21 § 5 §. 6 D. h. t.

16) vgl. l. 9 §. 4 D. h. t. Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione. Ueberhaupt Burchardi, S. 362.

17) Im Resultate übereinstimmend Windscheid, §. 118 Anm. 2 u. die dort Agff. Seuffert, §. 668 Anm. 5. 6 Arndts, §. 121; dagegen Puchta, P. §. 102 not. d.

5. Wiewohl auch wegen Betrugs i. i. r. allgemein begründet [18]), und um so öfter geboten zu sein scheint, als sie der gleichnamigen, infamirenden actio vorgehen soll [19]), so wird ihrer im einzelnen doch äußerst selten gedacht [20]). Allein liegt hierin an und für sich nicht Grundes genug, sie auf diese Fälle zu beschränken, so spricht anderseits ein bestimmter Grund für ihre erweiterte Anwendung. Denn will man aus der Subsidiarität der actio de dolo schließen, daß überall da wo diese vorkommt, i. i. r. unmöglich war [21]), so muß man aus derselben ebenso sehr schließen, daß i. i. r. propter dolum überall wo nur möglich platzzugreifen habe. Nicht zu verkennen ist, daß im Gegensatze zu dieser letzteren Folgerung von Fällen der actio de dolo Meldung geschieht, wo sehr wohl i. i. r. möglich war [22]); allein dagegen kommt in Betracht, daß beides, die Subsidiarität der actio de dolo wie die i. i. r. propter d. selbst auf keiner edictalen Proposition, sondern auf Empfehlung der Juristen beruhte, also die eine wie die andere, sich gegenseitig Spielraum lassend, erst nach und nach, ja vor der justinianischen Compilation vielleicht niemals zum Gesetze wurden. Uebrigens überschreitet von den wenigen bezeugten Fällen der i. i. r. [23]) wenigstens einer den Prozeß; ein besonderer Vortheil aber, den diese i. i. r. vor der actio voraus hat, besteht darin, daß die actio de dolo nicht in rem scripta ist wie die actio q. metus [24]), während i. i. r. auch wegen Betrugs in rem sein kann [25]).

§. 121.

Das Recht auf i. i. r.

I. Wiewohl von oben herab und nur außerordentlicherweise

18) l. 1 cit. Paul. R. S. I. 7 §. 2.

19) l. 1 §. 6 D. de dolo 4, 3 l. 7 §. 1 D. i. i. r. 4, 1.

20) sicher nur in l. 7 §. 1 cit. l. 33 D. re jud. 42, 1 l. 10 C. resc. vend. 4, 44; u. E. nunmehr entschieden nicht in l. 18 D. interr. 11, 1 l. 3 §. 1 D. de eo per quem fact. 2, 10, in welch letzterer Stelle u. E. nur utilis actio; vgl. Windscheid §. 118 Anm. 6.

21) Windscheid a. a. O.

22) z. B. l. 38 D. h. t. 4, 3 u. dazu Savigny, S. 205.

23) l. 10 C. cit cf. l. 3 C. quib. e. c. m. 4, 54; dagegen Windscheid, a. a. O.

24) s. oben §. 84 Anm. 17.

25) vgl. unten §. 121. III.; z. B. l. 18 D. interrog. 11, 1 wenn hier dolus vorausgesetzt wäre — vgl. oben Anm. 20.

verwilligt und ein Beneficium oder Privileg geheißen (§. 115 Anm. 3), haftet der Anspruch auf i. i. r. gleichwohl nicht an der Person, in der er entstanden ist, sondern geht mit dem Vermögen derselben auf jedweden Universalsuccessor über [1]), ward durch das Kind dem Hausvater erworben [2]), kann unter Umständen durch den Schuldner dem Bürgen [3]), anstatt des negotiorum gestor dem Prinzipal [4]), anstatt des Mündels dem Vormünder [5]) zu statten kommen. Gegen den Geist des Edictes war nur, daß ein Zweiter das Beneficium bekomme, wo das Interesse des Ersten keines erheischte [6]); in der Person dessen, der es erheischte, und für den es gewollt war, einmal entstanden, war es vererblich, transmittir- und cedirbar gleich gemeinen Ansprüchen [7]).

II. Auch Aufhebung oder Untergang betreffend unterliegt der Anspruch auf i. i. r. gemeinen Grundsätzen. Denn nicht als Ausnahme von der sonstigen Zulässigkeit der i. i. r. [8]), sondern als Ausfluß des gemeinen Gedankens, daß der außerordentliche Anspruch nicht minder als der ordentliche sein Ziel und Ende haben müsse, ist es zu denken, daß

1. der Anspruch auf i. i. r. gleich jeder actio durch einmalige Geltendmachung erlischt [9]) (§. 93); die Möglichkeit, gegen Fristversäumnisse innerhalb des Restitutionsprozesses, oder gegen Abweisung der Restitution auf Grund von Novis restituirt zu werden ist damit so wenig ausgeschlossen, als i. i. r. gegen die Consumtion ordentlicher Klagen [10]); — daß derselbe

1) l. 6 D. i. i. r. 4, 1 l. 18 §. ult. l. 19 D. min. 4, 4.
2) l. 27 pr. D. min. 4, 4.
3) l. 13 pr. eod. — perpendendum erit . . cui potius subveniat utrum creditori an fidejussori —
4) l. 24 pr. eod.
5) l. 25 D. adm. tut. 26, 7 l. 20 §. 1 D. tut. et rat. 27, 3.
6) l. 3 §. 4 D. min. 4, 4, oben §. 116 Anm. 44—47.
7) Savigny, S. 217. c. l. 6 C. i. i. r. min. 2, 22.
8) wie namentlich bei Burchardi. §. 10. Spaltenstein, §. 13; vgl. oben S. 414 Z. 6 fg.
9) l. 1 C. si saepius i. i. r. postuletur 2, 44 — frustra rursus, ut ea quaestio (i. i. restitutionis) agitetur, desideratis — Weder Restitution gegen eine ertheilte Restitution" (Savigny S. 129, S. 245) noch wiederholte Geltendmachung desselben Restitutionsanspruches, sondern ein anderweiter Restitutionsanspruch steckt in l. 7 §. 9 D. min. 4, 4.
10) l. 1 l. 2 l. 3 eod. vgl. C. si adv. rem jud. 2, 27.

2. auch durch Verzicht erlischt [11]). Ein Verzicht auf i. i. r. liegt in der Genehmhaltung des Geschäftes, wider welches i. i. r. möglich war [12]). I. i. r. wider den Verzicht scheint damit nicht ausgeschlossen [13]); hat ein Minor binnen der Minderjährigkeit auf die ihm zuständige i. i. r. verzichtet, so ist nicht erst i. i. r. wider den Verzicht nothwendig, sondern wird sein ursprünglicher Anspruch auf i. i. r. ohne Rücksicht ob er einen curator hatte oder nicht, als gar nicht verloren behandelt [14]). — Insonderheit mit der alten Zeitlichkeit honorarischer Rechtsmittel. (§. 113) hängt es zusammen, daß unser Anspruch

3. einer Verjährung von ursprünglich einem annus utilis, neuestens von 4 Jahren, ausgesetzt ist (S. 403 unten). Die Frist ist neuestens überall [15]) tempus continuum, hat aber dadurch etwas von der früheren Verjährung beibehalten, daß sie mit demselben Tage wie diese beginnen soll [16]), bei der i. i. r. minorum also nicht vor dem Tage der natürlichen oder der ertheilten Volljährigkeit [17]), bei der i. i. r. wegen Verhinderung nicht vor dem Wegfalle der Verhinderung [18]). Folgerecht bildet nun die noch übrige, über den Moment der Laesion hinaus währende Zeit der Minderjährigkeit eine „Ausnahme" vom Quadriennium [19]); daß dagegen um eben dieser

11) l. 20 §. 1 l. 21 27 pr. l. 41 D. min. 4, 4.

12) l. 1 l. 2 C. si major factus ratum habuerit 2, 46, l. 3 §. 1 §. 2 D. min. 4, 4 l. 1 C. si in communi causa i. i. r. postul. 2, 26.

13) vgl. Burchardi, S. 127. IV. „soferne nicht Grund vorhanden ist, auch den Verzicht selbst wieder umzustoßen"; doch vgl. auch Paul R. S. I. 9 §. 3 Si major factus comprobavit, adversus hoc quoque i. i. r. frustra desiderabit.

14) arg. ll. citt. (Anm. 12), Savigny, S. 240.

15) im Gegensatze zu den constantinischen C. un. C. Th. de dolo 2, 15 c. 2 C. Th. i. i. r. 2, 16 cf. l. 5 C. temp. i. i. r. 2, 53.

16) l. 7 pr. C. de temporibus i. i. r. 2, 53 a. 531 — sancimus . . . quadriennium continuum . . numerari ex die ex quo annus utilis currebat —

17) l. 7 pr. cit. — quibus (minoribus) utilis annus incipit currere ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit — cf. l. 5 pr. eod. — et si forte quis beneficio nostro aetatis veniam fuerit consecutus, ex eo die ex quo indulgentia nostra in judicio competenti fuerit intimata —

18) d. i. vor dem Ablaufe des tempus in quo reip. c. abfuerint, vel aliis legitimis causis . . . fuerint occupati — l. 7 §. 1 eod.

19) l. 7 §. 1 cit. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum r. r., ita et majorum tempus in quo reip. c. abfuerint sqq. omne excipiatur — vgl. oben S. 404.

Ausnahme willen mit den Aelteren von einem tempus ad aliquid oder ratione initii utile zu reden sei [20]), vermögen wir nicht mehr zu behaupten; denn jener Aufschub des annus utilis ist wenigstens für den Minor nicht aus dem Begriffe der Utilität, welche in der (dem Minor keineswegs fehlenden) experiundi potestas wurzelt (S. 394 Anm. 16), sondern aus eigener, positiver, vielleicht bis in die lex Plaetoria zurückreichender Bestimmung [21]) hervorgegangen. Darum ist von dem Quadrienium aber auch keine andere Zeit, namentlich kein Aufschub ausgenommen, der beim alten annus um seiner Utilität willen außer Berechnung blieb — wie der Aufschub aus dem „Nichtwissen, daß i. i. r. zustehe," den man früher gleichfalls ausnahm, und von dem Standpunkte des tempus ratione initii utile aus ausnehmen mußte [22]). Eine Uebertragung jener Ausnahmen auf andere Restitutionsfälle wäre, wenn erlaubt, der Natur der Sache nach unmöglich [23]); überall außer der i. i. r. propter aetatem und absentiam muß die Verjährung mit dem Datum des Anspruchs auf i. i. r., d. i. mit der Laesion beginnen; die Formel, wonach sie allenthalben „mit dem Wegfall des Restitutionsgrundes" begänne [24]), trifft nicht zu, wenn anders z. B. im Fall des erzwungenen Geschäftes, die justa causa i. i. r. fortdauern sollte, nachdem der Anspruch auf i. i. r. entstanden ist und die Verjährung längst begonnen hat [25]). Aber auch „Wegfall des die justa causa i. i. r. begründenden Zustandes oder Factums", oder, wie Savigny S. 245 sich ausdrückt, „Aufhören des abnormen die i. i. r. rechtfertigenden Zustandes", wäre

20) vgl. meine 1te Aufl. S. 168 u. vgl. oben S. 404 Anm. 39.

21) l. 1 eod. — tempus enim post impletam minorem aetatem praestitutum cf. l. 2 l. 5 eod. — quae de temporibus i. i. r. legibus cauta sunt — u. das daselbst befindliche Beispiel principaler Bestimmung. Vgl. ferner für die Verjährung der i. i. r. minorum den Ausdruck »tempus legitimum« in l. 19 D. min. 4, 4, l. 6 pr. C. temp. i. i. r. 2, 53. Savigny, S. 254, 3.

22) s. Burchardi's scharfsinnige Bemerkungen S. 517—522, namentlich auch in Betreff cap. 1 u. 2 rest. i. i. in 6° (1, 21), worüber auch Savigny, S. 249.

23) Burchardi, S. 516, 3, bes. S. 522 unten und fg., Controverse bei Bangerow §. 180 Anm. 2, vgl. auch Savigny, S. 246.

24) Windscheid, §. 120, 11.

25) l. 5 §. 3 C. h. t. 2, 53.

falsch oder zu allgemein, wenn anders z. B. bei der i. i. r. wegen Irrthums im Handeln (§. 120. 3.) darauf wie lange dieser Irrthum noch fortgewährt nichts ankommt; und u. E. auch beim Betrug auf die Länge der Getäuschtheit nicht ankommen kann (wogegen Sav. S. 246 fg.). — Erben kommt die beim Antritt der Erbschaft noch nicht abgelaufene Zeit zu statten: also das ganze Quadriennium, wenn der Erblasser Minor,[26]), der Rest, wenn er majorenn und die Verjährung schon begonnen ist[27]). Mitunter jedoch kommt dem Nachfolger mehr zu statten, als das ganze Quadriennium, oder dessen Rest[28]), die übrige Zeit bis zur Volljährigkeit nämlich, wenn er selbst minderjährig ist[29]). Ob letzteres nur für den Fall gilt, daß auch der Erblasser Minor war[30]), oder überall, ist nach dem Buchstaben[31]) der Quellen im Sinne der ersten Alternative, auf Grund des Gesetzes aber, wornach mit Ausnahme der 30 und mehrjährigen Verjährung gegen Minderjährige keine Verjährung laufen soll (S. 413 Anm. 40), im Sinne der zweiten, sachlich probableren Alternative zu entscheiden. — Unterbrechung gibt es hier quellenmäßig keine, da binnen des Quadrienniums nicht nur postulirt, sondern auch restituirt sein sollte[32]); allein die Praxis hat diese an die alte Prozeßverjährung anknüpfende Eigenthümlichkeit der Restitutionsverjährung[33]) antiquirt. Besonderheiten von fortdauernder Geltung sind die Erstreckung des Quadrienniums bis zum Eintritte der natürlichen Volljährigkeit, wenn es sich um i. i. r. propter aetatem handelt, und der Minor mehr als 4 Jahre vor seiner natürlichen Volljährigkeit

26) l. 5 §. 3 eod.

27) l. 5 §. 2 eod.

28) l. 19 D. min. 4, 4. Interdum tamen successori plus quam annum dabimus —

29) l. 19 cit.

30) arg. l. 5 §. 1 l. 5 §. 2 cit. Paul. R. S. I. 9 §. 4 Si minor minori heres existat, heres ex sua persona, non ex defuncti i. i. r. potest —

31) wie Burchardi S. 525. 529 u. Savigny, S. 264 Z. 1 u. 2 trotz der allegirten l. 5 §. 1 angenommen.

32) l. 7 pr. in fin. C. cit. — ad interponendam contestationem finiendamque litem.

33) s. darüber Burchardi, S. 503 — S. 507 vgl. Savigny, S. 212. „Verwandtschaft mit einer versäumten Prozeßfrist".

majorenn erklärt wurde [34]); — die Erstreckung des Quadriennium's um ein Triennium und zwar um das dem volljährigen Kinde zur Antretung der bereits ausgeschlagenen aber noch unverkauften (und vacanten) väterlichen Erbschaft verwilligte Triennium, wenn ein Minor die väterliche Erbschaft ausgeschlagen hat und dagegen restituirt sein will [35]); denn vernünftigerweise muß der Rückgriff auf die Erbschaft, wenn er 4 Jahre lang nur per i. i. r. erfolgen konnte, auch von da an nur per i. i. r. erfolgen können [36]); ist die Erbschaft noch binnen seiner Minderjährigkeit verkauft worden, so verjährt sein Anrecht auf i. i. r. auch mit jenem Triennium nicht [37]); — Einengung des Quadriennium's der i. i. r. propter aetatem im Falle vernachläßigter exceptio non numeratae dotis [38]).

4. Wo i. i. r. infolge nichtiger Veräußerung platzgreift (S. 410 Anm. 14. S. 411), die Sache aber inzwischen an einen dritten redlichen Besitzer gekommen ist, erlischt der Anspruch auf i. i. r. wider diesen durch Ersitzung [39]).

5. Casuellem Untergang ist unser außerordentlicher Anspruch unmöglich minder ausgesetzt als der ordentliche. Wer also auf i. i. r. zwar in personam (III), aber nicht auf Grund eigener Verschuldung (propter metum, dolum), oder wer in rem und ohne Mitschuld [40]) belangbar ist, muß durch den unverschuldeten Untergang des Restitutionsobjectes frei werden [41]). Aber auch Veräußerung oder Verlust des Besitzes müssen unter denselben Voraussetzungen denselben Erfolg haben, woferne keine Bereicherung an die Stelle des ursprünglichen Restitutionsobjectes getreten ist [42]).

34) l. 5 pr. C. temp. i. i. r. 2, 53.
35) l. 6 C. repud. her. 6, 31.
36) wogegen Burchardi, S. 527.
37) l. 6 in fin. cit.
38) Nov. 100. c. 2. Authent. zu l. 5 C. temp. i. i. r. 2, 53 — ut non transcendat a tempore nuptiarum duodecimum annum; eo mortuo intra praedictum tempus indulgetur annus heredi ejus . . . Si heres sit minor . . . quinque annorum gaudeat spatio —
39) l. 3 C. de his quae vi 2, 20 l. 4 cf. l. 1—3 C. si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparaverit 5, 73.
40) l. 14 §. 5 D. quod met. 4, 2 »me non conscio« —
41) l. 14 §. 5 cit. — in rebus humanis non est sine dolo malo meo —
42) arg. l. 16 §. 2 — l. 20 D. quod met. 4, 2 insb. l. 18 eod.

III. Gegen wen überall unser Anspruch bestehe, bestimmt sich nach keinem der schichtenweise für die actiones geltenden Gründe (S. 248); denn kein „Recht", weder ein dingliches, noch ein persönliches, bildet den Grund dieses Anspruches. Nur darüber, daß entweder nur eine gewisse sofort mit dem Dasein des Anspruches bestimmte, oder aber auch eine beliebig andere sich erst später bestimmende Person belangbar, i. i. r. also theils in personam theils in rem sei — kann auch dieser außerordentliche Anspruch nicht hinaus. Allein während die actiones entweder in personam oder in rem sind, ist i. i. r. „zuweilen in rem" [43]), oder „entweder in personam oder in rem" [44]), und darf dies nicht etwa so verstanden werden, als ob von den mehrerlei (durch den Restitutionsgrund unterschiedenen) i. i. restitutiones die einen in personam, die anderen in rem seien, sondern nur dahin, daß eine und dieselbe i. i. r. (z. B. die propter aetatem) zuweilen in rem, sonst in personam ist [45]), oder daß eine und dieselbe i. i. r. (z. B. die propter metum) je nach Begehr in personam oder in rem ist [46]).

Hiernach ist jede i. i. r. in personam, aber nicht jede so schlechthin auch in rem.

1. Bei jedem Restitutionsfall unterläuft etwas, das eine bestimmte Person dem Anspruch auf i. i. r. unterwirft; hier ein zweiseitiges Geschäft das den jenseitigen Gerenten, eine Vergewaltigung, Arglist, die deren Urheber (i. i. r. propter aetatem, errorem, metum, dolum) — dort eine Ersitzung, Befreiung von Lasten und Klagen durch Nonusus und Verjährung, die den Ersitzenden, Befreiten der i. i. r. unterwirft (i. i. r. propter absentiam) — anderswo ein einseitiges Geschäft (Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung), welches eine unwillkürliche Berechtig-

— Sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit (res), nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat —

43) l. 13 §. 1 D. min. 4, 4.

44) Paul. R. S. I. 7 §. 4 l. 9 §. 4 §. 6 D. quod met. 4, 2 l. 3 l. 5 D. de his quae vi 2, 20.

45) l. 13 §. 1 cit.

46) l. 9 §. 4 §. 6 und die weiteren in Anm. 40 citirten ll.

ung Dritter (der Gläubiger, ferneren Delaten) nach sich zieht und diese als Gegner auszeichnet — einstens auch wohl ein rechtliches, den Einen verkürzendes, Andere bereicherndes Ereigniß (capitis deminutio) mit ähnlicher Markirung des Postulanden wie Postulanten. — Ist propter metum, dolum der Vergewaltiger, Betrüger belangbar auch wenn er das erzwungene, erschlichene Geschäft nicht selbst abgeschlossen hat [47]), so lautet Burchardi's Satz, daß überall wer „unmittelbar durch das die Verletzung enthaltene Ereigniß gewonnen hat" (S. 417), belangbar sei, zu allgemein. Wollte man aber dem nach die Verursachung oder wenigstens Mitverursachung des Schadens als das Entscheidende an Stelle des Vortheils setzen, so wäre auch das zu allgemein; denn manchmal ist der Geschädigte lediglich selbst der Urheber seines Schadens (Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung); es bleibt nur übrig zu sagen, daß bald ein Mitthun [48]), bald eine Verschuldung, bald ein Erwerb oder Vortheil bei der Schadensstiftung zugleich mit dem Anspruche auf i. i. r. auch die Person des Gegners bestimme. Eine andere Person *nach* der ursprünglich haftenden kann auch hier durch Universalsuccession [49]), eine andere *neben* derselben auch hier durch hausherrschaftliche Defensionspflicht belangbar sein oder werden [50]). Fußt die Belangbarkeit in Verschuldung; so ist sie kein Gegenstand der Vererbung; haftet der Erbe gleichwohl, so geschieht es aus Gründen, derenthalben auch Dritte belangbar werden können [51]).

2. Bei manchen Restitutionsfällen kann es vorkommen, daß die Sache, welche durch i. i. r. an den Geschädigten zurückgelangen soll, entweder sofort oder nachträglich an einen Anderen gelangte,

47) z. B. l. 11 l. 16 pr. D. quod met. 4, 2 l. 5 C. de his quae vi 2, 20. cf. l. 9 §. 8 l. 14 §. 3 und besonders §. 5 in fin. D. eod.

48) l. 1 §. 1 D. min. 4, 4 — »Quod *cum minore* . . gestum esse dicetur —

49) l. 6 l. 7 C. i. i. r. min. 2, 22 l. 14 D. min. 44 l. 78 §. 1 D. leg. II.

50) l. 24 §. 2 §. 4 D. min. 4, 4.

51) cf. l. 16 §. 2 D. quod met. 4, 2 — In heredem autem et ceteros in id quod pervenit ad eos — l. 17 — l. 20 eod. cf. l. 14 §. 3 eod. — Sufficit enim . . ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse —

als an den dessen Person von vornherein als Restitutionsgegner gekennzeichnet ist [52]), entweder die Sache selbst, oder etwas anderes statt ihrer [53]), oder daß die rückgängig zu machende Liberirung noch andere als Jenen befreite [54]): überall hier ist in Ansehung dieser Dritten i. i. r. in rem möglich. Diese so zu sagen dingliche, von zufälligen Nebenumständen und Ereignissen abhängige, nicht die persönliche, mit jedem Restitutionsfall vorhande Belangbarkeit ist es, die allgemein auf dem Zugange von Sachen oder sonstigen Vortheilen beruht, hierin selbst aber nur ihre nothwendige Voraussetzung, nicht auch schon ihre Zulässigkeit hat. Vielleicht nur propter metum ist i. i. r. wie actio schlechthin, nach Wahl des Postulanten, ebensowohl in rem als in personam [55]); die propter aetatem ist nur subsidiär, wenn sie in personam keine Aussicht auf Erfolg hat [56]), oder auch primär, wenn das Interesse auf die Sache selbst geht [57]), oder der Dritte den Hergang kannte [58]) in rem; desgleichen wohl auch die i. i. r. wegen Verhinderung, wobei jedoch die der Soldaten leichter als die der Anderen in rem gewährt sein mag [59]).

Die Restitution.

§. 122.

Die Restitution selbst, kein richterliches Erkenntniß, sondern magistratischer Machtspruch (S. 406), erfolgt auf Grund der

52) l. 18 D. quod met. 4, 2.

53) s. z. B. oben Anm. 51; ferner l. 13 §. 1 D. min. 4, 4 l. 17 pr. D. ex q. c. maj. 4,6; l. 6 C. rest. mil. 2, 51.

54) l. 9 §. 8 l. 10 l. 11 D. quod met. 4, 2; l. 18 D. interrog. in j. 11, 1, zu welcher Stelle Keller, Litisc. u. Urth. S. 577.

55) l. 9 §. 4 §. 6 D. h. t. 4, 2 l. 3 l. 5 C. eod. 2, 20; oben Anm. 46. Burchardi, S. 420.

56) l. 13 §. 1 in fin. l. 14 D. min. 4, 4 l. 18 D. interrog. 11, 1 — quum ipse solvendo non esset — wo freilich i. i. r. gegen den ipse gar nicht nothwendig.

57) l. 9 pr. l. 13 §. 1 eod. vgl. l. 39 pr. D. evict. 21, 2.

58) l. 13 §. 1 D. min. 4, 4.

59) l. 17 pr. D. ex q. c. m. 4, 6 l. 6 C. rest. mil. 2, 51 l. 2 C. uxor. mil. 2, 52.

vorausgegangenen contentiösen Verhandlung[1]) in Gestalt eines Decretes (S. 406), dessen Inhalt entweder ein Befehl, oder die Gewährung von Actionen oder Defensionen ist.

Der Befehl ist ein Restitutionsbefehl[2]), alle die Traditionen, Retraditionen, Repromissionen, Promissionen und Liberationen verordnend, die hin und wider erfolgen müssen, wenn der Stand vor dem nachtheiligen Geschäfte, oder vor der verkürzenden Ersitzung, Verjährung, Versäumung wiederhergestellt werden soll[3]). — Er ist so wesentlich ein Befehl an den Kläger als an den Beklagten, wenn das schädigende Geschäft Sachen und Früchte, Kaufschilling und sonstigen Entgelt[4]), Zinsenentlastung[5]), Erbschaftssachen[6]), Klagen[7]), an ihn gebracht, oder die empfangene Sache geflissentlichen Schaden bei ihm erlitten hat[8]); denn außerdem wäre der vorige Stand nicht hergestellt[9]). Von der Rückerstattung des Kaufschillings befreit selbst den Minor der Verlust desselben, sogar wenn der Gegner denselben vorausgesehen haben sollte, nicht schlechthin[10]); sie wird bei der i. i. r. propter metum nicht minder verlangt, als sonstwo[11]). — Zum Unterschiede von richterlichen, nur mit dem Praejudize der Condemnation erfolgenden Befehlen[12]) erfolgt der magistratische Befehl mit dem Prae-

1) l. 13 pr. in fin. D. min. 4, 4 — causa enim cognita et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, i. i. restitutiones perpendendae sunt. l. 9 §. 2 D. jurej. 12, 2.

2) »restituere jubere« z. B. l. 24 §. 3 §. 4 D. min. 4, 4.

3) l. 1 pr. C. de reputationibus, quae fiunt in jud. i. i. r. 2, 48 l. 24 §. 4 cit. vgl. l. 9 §. 7 §. 8 D. quod met. 4, 2.

4) l. 24 §. 4 cit. l. 27 §. 1 l. 33 l. 41 l. 47 §. in fin. D. min 4, 4 l. 78 §. 1 D. leg. II. l. 26 D. lib. leg. 34, 3.

5) l. 40 §. 1 D. min. 4, 4 l. 6 C. rest. mil 2, 51 l. 2 C. ux. mil. 2, 52.

6) l. 1 §. 2 C. reput. 2, 48.

7) l. 27 §. 1 cit. ab init.

8) l. 1 §. 2 in fin. C. reput. 2, 48;

9) vgl. überhaupt Burchardi, S. 555. 559.

10) l. 24 §. 4 in fin. cit. — quum eum perditurum non ignoraret non omnimodo emtor damno afficiendus est — vgl. aber l. 27 §. 1 in fin. cit. — juvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est. Hinwider l. 24 §. 1 eod.

11) l. 3 l. 4 C. his quae vi 2, 20.

12) l. 14 §. 3 in fin. §. 4 D. quod met. 4, 2.

13) s. die apparitores Praetoris zur Execution in Extraordinärsachen l. 50 D. evict. 21, 2, vgl. den fundus praetoria cognitione ablatus in l 39 pr. eod. u. l. 13 §. 1 D. min. 4, 4 — potest desi-

judize zwangs- oder gewaltsweiser Durchsetzung der Restitution[13]). Gegen den Willen des Restitutionsklägers erfolgt übrigens der Vollzug nicht; derselbe kann auf die Restitution noch in der Vollzugsinstanz verzichten[14]).

Gewährung von Actionen oder Defensionen ist die Restitution da wo mehr als dieses nicht begehrt, und da, wo mehr als dieses nicht gewährt werden kann 1. Ersteres ist der Fall, wo mehr als dieses nicht verloren gegangen ist, wie z. B. mehr nicht als Defensio wider Erbschaftsgläubiger und Legatare verloren geht durch erzwungenen jugendlich leichtsinnigen u. dgl. Erbschaftsantritt; mehr nicht als erbschaftliches Klagrecht durch erzwungene u. dgl. Ausschlagung; und wie denn auch die abstinendi facultas, welche wider derartigen Erbschaftsantritt gewährt wird[15]), nichts anderes als Gewährung der Defension wider die gleichwohl klagenden Gläubiger und Legatare, die i. i. r. wider Ausschlagung der Erbschaft nichts anderes als Gewährung sämmtlicher in der Erbschaft enthaltenen Klagrechte[16]) bedeuten kann[17]). Wollte Kläger in diesem letzteren Falle, oder wollte er etwa bei der i. i. r. wider Klageverjährung nicht blos das erloschene Klagrecht, sondern den Gegenstand der erloschenen Klage selbst zugesprochen erhalten, so ginge das über den Verlust und den „vorigen Stand" hinaus. — 2. Mehr als Actio (allenfalls Appellatio) kann nicht gewährt werden, wenn der Anspruch auf i. i. r. zu seiner vollständigen Begründung erst noch ein richterliches Erkenntniß erheischt[18]). Möglicherweise nämlich ist z. B. durch Verhinderung mehr als actio, etwa Eigenthum vermittelst Ersitzung verloren gegangen, und wäre

derare ne . . . re sua careat . . vel cognitione Praetoria — überhaupt oben §. 81 B. Rudorff, RG. Bd. 2 §. 58. S. 196 oben: „die Form (der i. i. r.) ist entweder cognitio Praetoris mit Execution potestate Praetoria" u. fg. Savigny, S. 232 „so wird der Gegner gezwungen, im ersten Falle das Geld, im zweiten die Sache zurückzugeben —"

14) l. 41 D. min. 4, 4.

15) l. 21 §. 5 D. quod met. 4, 2 l. 85 D. acq. v. o. h. 29, 2; l. 7 §. 10 l. 3 §. 2 D. min. 4, 4.

16) l. 21 §. 6 D. quod met. 4, 2 — utiles actiones quasi heredi dando — l. 7 §. 10 in fin. D. min. 4, 4.

17) Weitere Fälle s. l. 2 §. 1 D. si ex nox. causa 2, 9 l. 25 pr. D. min. 4, 4 l. 28 §. 5 D. ex q. c. m. 4, 6.

18) vgl. Burchardi, S. 440 fg.

in soweit nicht blos Gewährung der actio, sondern Restitution der Sache selbst per i. i. r. zu verlangen; allein der Gegner stellt vielleicht das vormalige Eigenthum des Restituenden in Frage, und trägt so den Streit über die der magistratischen Cognition unterliegenden Fragen der Laesion, der justa causa, auf Fragen rein rechtlichen Belanges hinaus. Desgleichen kann Jeder, der mit was immer für einer i. i. r., aber nur besitzeshalber (in rem) belangt wird, das Recht des Klägers, d. h. ob er von dem angeblich verletzenden Ereignisse abgesehen zur Sache berechtiget gewesen, in Frage stellen. Begrifflich ist hier noch heute und ewig der magistratischen Restitution ein Ziel gesteckt; angesichts jenes rechtlichen Einspruchs kann sie sich zu mehr als zur Eröffnung des Rechtswegs d. i. Gewährung der Actio nicht entfalten, und selbstverständlich auch dazu nur unter der Voraussetzung, daß die Fragen der magistratischen Cognition (Laesion, justa causa, ob nicht Verjährung u. s. f.), mit Abstraction von der Rechtsfrage, zu Gunsten des Restituenden erledigt sind. Fälle dieser Art sind von den vorigen (sub 1) wesentlich verschieden, indem in ihnen die magistratische Restitution unterbrochen, durch diese nicht vollständig restituirt, und was an sich in seinem ganzen Umfange Gegenstand magistratischer i. i. r. war, zum Theil Gegenstand richterlicher Restitution[19]) wird. Im späteren römischen und im heutigen Rechte, da die richterliche Restitution so gut wie die magistratische zur zwangs- und gewaltsweisen Restitution ist (§. 81), verkürzt das die Interessen des Klägers nicht; früher mag man ihnen dadurch gerecht geworden sein, daß der Restitutionskläger, wenn er in der Rechtsfrage im Judicium durchgedrungen war, bedürftigen Falles zum Magistrat zurückkehren und diesen um Vollendung der i. i. r. d. i. Naturalrestitution angehen konnte.

Nur auf Fälle dieser zweiten Art sind Stellen zu beziehen, in denen für einen und denselben Restitutionsfall die Möglichkeit einer sofort durch den Praetor erfolgenden Ablation der Sache, und die der Niedersetzung eines Judiciums alternativ neben einander hingestellt werden [20]); denn in den Fällen der ersten Art (sub 1)

19) officio judicis restituere — vgl. l. 9 §. 5 D. quod met. 4. 2.
20) l. 13 §. 1 D. min. 4, 4 — et hoc (ne re sua careat) vel

besteht die Möglichkeit praetorischer Ablation von vornherein nicht. Aber auch den neueren Unterschied von judicium rescindens und rescissorium sollte man nur auf Fälle der zweiten Art beziehen; denn steckt hinter dieser Abtheilung die Vorstellung von etwas Einheitlichem, so rechtfertigt sie sich nur da, wo die außerordentliche magistratische Restitution unterbrochen, und die Cognition durch ein Judicium fortgesetzt wird, nicht auch da wo mit Gewährung der Actio alles erlediget ist, was per i. i. r. überhaupt erledigt werden konnte.

Uebrigens versteht sich, daß die restitutionsweise gewährten Actionen in Fällen der ersten wie der zweiten Art, nicht minder die derart gewährten Exceptionen nur utiles actiones [21]), defensiones (exceptiones)[22]), und zwar ficticische Klagen, Defensionen sind. Es sind dieselben Actionen, Defensionen, die der Geschädigte ehedem, vor der Laesion, hatte, und die er nun wiederum hat — unter „Hinwegfingirung der Rechtsänderung" [23]) — so daß in der Gewährung der actio, defensio zugleich die Rescission einer Veräußerung [24]), Usucapion [25]), Exception [26]), Acceptilation und sonstigen Liberation [27]), capitis deminutio [28]), Consumtion [29]), Intercession [30]) u. s. w. enthalten, und die actio denn auch eine „rescissorische" ist und heißt [31]). Von den nicht erst durch Decret

cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione dato judicio (desiderare potest) — cf. l. 39 D. evict. 21, 2 — si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit —

21) l. 5 C. q. ex c. 2, 54 z. B. Gaj. 4, 38 l. 7 §. 10 l. 25 pr. D min. 4, 4 l. 21 §. 6 D. quod met. 4, 2 l. 43 D. ex. q. c. m. 4, 6 l. 20 pr. D. tut. et rat. 27, 3 l. 41 pr. l. 48 §. 1 D. fidej. 46, 1.

22) l. 28 §. 5 D. ex q. c. m. 4, 6 cf. l. 9 §. 4 in fin. D. jurej. 12, 2.

23) Rudorff, a. a. O. S. 196; §. 5 J. act. 4, 6 — ut dicat possessorem non usucepisse — Gaj. IV, 38 — fingimus . . . capite deminutum non esse —

24) l. 13 §. 1 D. min. 4, 4.

25) §. 5 J. cit. l. 35 D. o. et a. 44, 7.

26) l. 57 D. mand. 17, 1 wo »quum exceptio justi dominii causa cognita denegetur; gelesen werden muß" l. 3 C. rest. mil. 2, 51 — amota praescriptione —

27) l. 9 §. 4 D. quod met. 4, 2.

28) Gaj. 3, 84 in fin. 4, 38.

29) l. 18 D. interrog. 11, 1 „rescisso judicio"

30) l. 32 §. 5 D. ad SC. Vell. 16, 1.

31) l. 28 §. 5 D. ex q. c. m. 4, 6 l. 24 C. rei vind. 3, 32.

zu gewährenden sondern edictmäßig, überhaupt von Rechtswegen gewährten utiles actiones[32]) müssen diese hier wohl unterschieden werden. Aber ebensowenig darf man die später manchen öffentlich Verhinderten gewährten extraordinarias actiones (§. 91) mit prätorischer Cognition und decretaler utilis a. verwechseln[33]). Nächstverwandt mit der auf magistratischer i. i. r. beruhenden utilis actio ist die utilis actio, welche auf einer von Rechtswegen platzgreifenden Restitution beruht; „restitutoriae actiones", wie diese utiles actiones heißen[34]), könnten auch die durch magistratische Restitution gewährten heißen[35]).

In ihrer Totalität wirkt die Restitution wie rechtskräftiges Urtheil[36]), begründet also nicht nur Anspruch auf Execution und Einrede für beide Theile (Anm. 36), sondern namentlich auch Evictionsregreß[37]).

32) z. B. l. 3 §. 30 D. ad SC. Sil. 29, 5 l. 19 §. 1 D. adopt. 1, 7 l. 10 §. 1 D. alienat. jud. mut. 4, 7. Oben S. 302. 5.

33) was uns Savigny S. 235 fg. in Auslegung der l. 2 D. ex q. c. m. 4, 6 zu thun scheint.

34) l. 8 §. 9 §. 12 D. ad SC. Vell. 16, 1 l. 3 §. 1 D. de eo per quem factum erit 2, 10.

35) vgl. Savigny, S. 107. 5., der l. 3 §. 1 cit. in der That auf unsere ut. actio bezieht.

36) l. 41 D. min. 4, 4 — adversus petentem quasi ex re judicata — dann oben §. 121 II. 1.

37) l. 39 pr. D. evict. 21, 2.

Sinnstörende Versehen:

S. 89. Z. 3 von oben: friedlichen statt feindlichen — S. 191. §. 57. 1. „insoferne ihr die Handlungsfähigkeit entzogen wird. Dieses ist der Fall" — zu streichen.

Zweiter Theil.

Die Rechte im Einzelnen.

§. 123.

Die Bestandtheile oder Elemente der Rechte, so viele ihrer und was immer für welche überhaupt und im einzelnen vorkommen, sind bereits oben (§§. 64—67) dargelegt. Hierorts handelt es sich nicht mehr um die Theile, Elemente, sondern um die Einheiten, Ganze.

Auf den ersten Blick nun scheint es Rechte zu geben, welche in nichts als einer gewissen Befugniß bestehen, also von allereinfachstem, ununterscheidbarem Inhalt oder „elementär" wären. Als solche möchte man etwa den Gebrauch oder die Nutzungen denken, die den Einzelnen an den res communes omnium und auch an den res publicae quae in publico usu habentur (§. 125) zustehen. Allein bei näherer Betrachtung dürfte sich zeigen, daß diese gemeinen Nutzungen keine Rechte sind (§. 128).

In Wahrheit sind die Rechte, welche wir sicher als solche, und im Gegensatze zu bloßen Theilbefugnissen (§. 64 Anm. 1) als Ganze zu denken haben, von mehr oder weniger zusammengesetzter Natur. Und mehr durch das Mischungsverhältniß, in welchem die Elemente aller Rechte in den einzelnen Rechten vorkommen, als durch den Unterschied ihrer Objecte und Subjecte scheiden sie sich in Gattungen und Arten, und bekommen durch die trotz aller Freiheit der Privatbeliebung währende große Dauerhaftigkeit — mit der sie sich in den generellsten Merkmalen durch alle Zeiten, und selbst in speciellen durch viele Jahrhunderte erhalten — ein jedes seine gewisse und stete Beschaffenheit, d. i. seine Individualität, und zumeist auch seinen Eigennamen.

Solche Individualitäten sind, um sie vorläufig im Großen

und Ganzen zu nennen, und bei denjenigen zu beginnen, die schlechthin Privatrechte, d. h. lediglich Rechte sind, das Eigenthum, und die jura in re (s. g. Rechte an fremder Sache), ferner die mannigfachen Arten der Obligationen (Haftungen, Forderungen und Schulden). Besitz und Quasibesitz, bis auf einen gewissen Inhalt des Eigenthums und der jura in re das factisch, was diese rechtlich sind, laufen, als Verbündete bald und bald als Gegner, neben dem Eigenthum und den jura in re her, und kommen darum auch in Verbindung mit diesen zur Darstellung. Nicht mehr rein Privatrechte, weil nicht mehr blos um des Berechtigten, sondern zugleich um Anderer willen bestehend, darum nicht mehr blos Recht, sondern Pflicht zugleich (officium, nicht obligatio — S. 210), allein von den öffentlichen Rechten der Staatsgewalt und Staatsbürgerschaft an gesammtheitlicher Bedeutung (Publicität) weit überholt, im römischen Rechte selbst aus dem jus publicum ausgeschieden (S. 108 unten), und von unserer Doctrin von jeher den Pandekten und dem deutschen Privatrecht überlassen, sind die Familiengewalten und Vormundschaften.

Die reinen Privatrechte — Eigenthum, jura in re, Obligationen — bilden so wie sie in Einer Person, oder für Einen Zweck activ oder passiv zusammentreffen, das Vermögen — Personen- oder Zweckvermögen. Von diesen beiderlei Vermögen ist jedenfalls das Personenvermögen nicht blos in seinen einzelnen Bestandtheilen, sondern auch in seiner Gesammtheit Gegenstand successiven Erwerbes (Singular- und Universalsuccession, §§. 74—77). Während aber der Singularerwerb, weil für jede einzelne Art oder Gruppe von Rechten verschieden gestaltet, in Verbindung mit den einzelnen Rechten zur Darstellung kommt, ist die Universalsuccession für alle eine und dieselbe, und also hinter ihnen allen nachzufolgen bestimmt [2]). Denn die Universalsuccession, insonderheit die Erbfolge als eine eigene Art von Rechten neben den übrigen aufzuführen, dürfte wenigstens in der Art wie dies zu geschehen pflegt, begriffswidrig, in jeder anderen Art aber unеben sein.

2) Gaj. II, 97; §. ult. J. per quas pers. 2, 9.

Nach all dem entwickelt sich folgende Uebersicht der Lehre von den Rechten im Einzelnen:

I. Das Vermögen
  A. das Personenvermögen
    A. Eigenthum und jura in re, Besitz und Quasibesitz,
    B. Obligationen
  Zu A. und B. Universalsuccession.
  B. Das Zweckvermögen.
II. Die Familiengewalten und die Vormundschaften.

I. Das Vermögen.

§. 124.

Begriff.

So wesentlich ein Rechts- als ein Wirthschaftsbegriff, ist das Vermögen, wenn man den Accent auf seine wirthschaftliche Seite legt, der Inbegriff von Werthen, man kann sagen der Werth, den Jemand hat („bona" = quae deducto aere alienis supersunt [1]), früher „pecunia" [2]), bei uns beides: „Geld und Gut"), — wenn man ihn auf die Rechtsseite legt, die Gesammtheit der Habe, die activ oder passiv von Werth ist [3]) (patrimonium, Erbe, liegende und fahrende Habe).

Die Werthe, welche das Vermögen bilden, bestehen in Geld oder Geldeswerth (Tauschwerth — gemeinem Werth [4]) wie ihn l. 33 pr. D. ad l. Aq. 9, 2 und l. 63 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 beschreibt); anders wäre jene Berechnung die den reinen Werth eines jeden Vermögens herstellen und in dem jedes Vermögen ökonomisch betrachtet bestehen soll (Anm. 1), gar nicht denkbar. So kann denn auch nichts, das nicht in Geld taxirbar ist, den

1) l. 39 §. 7 D. v. s. 50, 16 l. 11 D. jure fisci 49, 14.

2) Ulp. 11, 14 Gaj. 2, 104 l. 53 D. v. s. 50, 16; l. 178 pr. l. 15 pr. eod. l. 6 pr. D. c. e. 18, 1.

3) »res quae cujusque cum moritur fuit«, also dum vivit, est — l. 3 §. 2 D. bon. poss. 37. 1; »quae in bonis sunt«, nämlich non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint; aeque . . . si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus. — l. 49 D. v. s. 50, 16.

4) vgl. über diesen l. 33 pr. D. ad l. Aq. 9, 2 l. 63 pr. D. ad l. Falc. 35, 2.

Gegenstand der Habe bilden, die das Vermögen rechtlich betrachtet ausmacht [5]).

Geld und Geldeswerthe bilden ein Vermögen nur indem man sie „hat". Weil aber das Wort „haben" in doppelter Bedeutung vorkommt; in rechtlicher und in factischer [6]), so fragt sich

I. zuvörderst, ob in's Vermögen zähle auch was man blos factisch hat? Wäre das der Fall, so würde das Vermögen zwar immer noch ein Rechtsbegriff, dagegen nicht mehr etwas wesentlich Rechtliches sein können. Dürfen wir nun aber, auf allgemeine Quellenausſprüche gestützt (Anm. 3), wenigstens bis auf weiteres annehmen, daß es etwas wesentlich Rechtliches sei, ein blos factisches Haben also dem Vermögen nicht beizähle,

1. so kann auch der Besitz als solcher bis auf weiteres in's Vermögen nicht zu zählen sein. Hieran darf der Umstand, daß der Besitz oder das Besitzesinteresse zum Gegenstande richterlicher Schätzung und Condemnation werden kann [7]), nicht irre machen; denn überall hier haben wir nicht blos einen Besitz, sondern auch irgend eine actio, persecutio vor uns, die durch grundlosen Uebergang, oder widerrechtliche Entziehung oder Störung des Besitzes begründet ist [8]), und wird der Besitz nicht als solcher oder um seiner selbst willen, sondern straf- oder entschädigungshalber, wegen Delictes oder sonstiger Rechtlosigkeit, in Durchsetzung jener actiones, persecutiones geschätzt; nicht der Besitz, sondern diese (nicht durch bloßen Besitz, sondern durch Rechtlosigkeit) begründeten actiones, persecutiones sind im Vermögen [9]). Man wende nicht ein, daß der Besitz wenn er nicht zum Vermögen gehöre nicht geschätzt werden könne; Schätzungen sind injurienhalber [10]), de

5) z. B. l. 9 §. 2 D. statul. 40, 7 — ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

6) l. 38 §. 9 D. v. o. 45, 1.

7) z. B. l. 6 D. de vi 43, 16 — tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere — l. 21 §. 2 D. quod met. 4, 2 — quanti possessio est. —

8) Condictionen: l. 2 D. cond. trit. 13, 3 l. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 l. 25 §. 1 D. furti 47, 2; Delictsklagen: l. 25 §. 1 D. furti 47, 2 l. 21 §. 2 D. quod met. 4, 2; Interdicte: l. 3 §. ult. D. uti poss. 43, 17 l. 6 D. de vi 43, 16.

9) — in bonis sunt . . et . . . si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus — Anm. 3.

10) §. 7 J. h. t. 4, 4.

homine libero exhibendo[11]), wegen Corruption von Kindern[12]), kurz ohne Vermögensverletzung möglich; der Umstand daß etwas in Geld angeschlagen werden kann, ist noch kein Beweis, daß es in's Vermögen zähle; nichts ist im Vermögen ohne Geldwerth, aber nicht aller Geldwerth ist im Vermögen. Selbst Geldwerth aber hat der Besitz nicht als solcher und nicht schlechthin, sondern — worauf wir gegen Schirmer, Erbrecht, I. S. 11 Anm. 17 beharren — nur zufällig, durch die Vortheile die je nach Umständen mit ihm verbunden und bald größer bald kleiner sind als der Werth der Sache[13]), während das Eigenthum allerdings als solches oder an sich Geldwerth hat, den Werth der Sache nämlich (pretium rei), mit dem es gleich gilt. War Servius der Meinung, daß man den Besitz nach der Sache taxiren solle, so beweist das nicht, daß er den Besitz als solchen für Geldwerth hielt, oder den Besitzwerth dem Sachwerth gleich achtete, trotzdem ihm das Ulpian unterstellt[14]), sondern nur daß er den Besitz, wo dieser selbst zu prästiren war, anstatt theoretisch richtig aber practisch schwierig, einfach und kurzweg nach einem gewissen Durchschnitte bemessen haben wollte[15]); daß in Wahrheit longe aliud est rei pretium quam possessionis, dürfte Servius so gut gewußt haben, als Ulpian. Ist nun aber der Besitzwerth nicht der Sach- oder Eigenthumswerth, so müssen wir auch dabei verharren, daß insonderheit die Früchte und überhaupt der Gebrauchswerth den die Sache hat, an und für sich in den Besitzeswerth nicht fallen[16]); denn der Gebrauchswerth ist gerade das was den Sach- oder Eigenthumswerth ausmacht. Auch hat der Besitzer als solcher keine Befugniß zu Gebrauch und Fruchtgenuß, in den Augen des Rechtes aber schwerlich etwas Werth, das nicht Rech-

11) l. 3 §. 13 D. h. t. 43, 29.

12) l. 14 §. 1 D. servo corrupto 11, 3.

13) — quod alias minus alias plus; nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est; veluti cum quaestionis habendae, aut rei probandae gratia, aut hereditatis adeundae intersit ejus eum (hominem) possideri — l. 6 D. cit. —

14) l. 3 § ult. cit.

15) wie das F. Mommsen, Beitr. zum Obl. R. 2, 247 für unser heutiges Recht will. —

16) erste Aufl. S. 653 fg., wogegen Bruns, Besitzesklagen §. 17 „der Vermögenswerth des Besitzes" S. 191, 1.

tens ist [17]). Finden wir gleichwohl Früchte, und andere Vortheile, die sonst nur dem Eigenthümer oder doch nur dem b. f. possessor zustehen [18]), in das quanti possessio est, aufgenommen, so liegt der Grund hievon nirgends im Besitz an sich, sondern a) entweder in der Concurrenz eines Rechtes, nämlich in dem Umstande, daß Kläger nicht bloß Besitzer sondern auch Eigenthümer u. s. f. war, daß er mit dem Besitz um Vortheile gebracht worden ist, die er zwar nicht durch den bloßen Besitz, anderseits aber auch nicht ohne den Besitz haben konnte [19]), und die er überall da ersetzt erhalten muß, wo Beklagter nach Lage des Falls und nach Art der Klage das ganze Besitzinteresse prästiren muß [20]); denn Besitzinteresse ist nicht blos was man durch den Besitz allein, sondern auch was man nicht ohne ihn hat; — oder b) in der posessorischen und zugleich restitutorischen (in integrum restitutionem verfolgenden) Natur der Klage, indem diese die Wiederherstellung dessen was Kläger hatte oder hätte, wenn ihm der Besitz nicht entzogen wäre verlangt, so daß er nicht nur den Besitz selbst, sondern alles zurückerhalten muß, was er vermittelst des Besitzes hatte, oder hätte, ohne Unterscheidung ob er es mit Recht oder Unrecht, rechtlich oder factisch hatte, oder hätte [21]). Fallen dorthin (sub a.) Vortheile, wie sie l. 6 cit. aufzählt, so gehören hieher (sub b.) die Früchte wie sie in l. 21 §. 2 cit. gewährt werden [22]). Müssen Vortheile (utilitates) [23]) die wie die Früchte der Zwischenzeit durch den nackten Besitz beim Kläger wären, ohne weiteres restituirt werden, so können wir Vortheile, die nicht ohne den Besitz aber auch nicht ohne Recht erworben werden, dem Klä-

17) s. dagegen Bruns, a. a. O. S. 197 fg.

18) l. 6 cit. z. B. cum . . hereditatis adeundae (gratia) intersit ejus eum possideri — cf. §. 1 J. her. inst. 2, 14.

19) l. 6 cit.

20) s. die folgende Anm.

21) vgl. l. 1 §. 41 D. de vi 43, 16 — omnia quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice aestimari debere —

22) aestimatur enim quod restitui oportet, i. e. quod abest; abest autem nuda possessio cum suis fructibus — l. 1 §. 40 D. eodem 43, 16. Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur —

23) l. 1 §. 41 cit.

ger nicht ohne Beweis, oder aber Präsumtion, des Rechtes zugesprochen denken. Schwieriger war nichts als die Schätzung der nuda possessio selbst, wenn vor allem sie restituirt werden sollte, aber nicht konnte; eben hieher zielt des Servius Durchschnitt, der von Ulpian verworfen, aber durch nichts ersetzt ist. Daß er usucapirt haben würde [24]), ist ein Vortheil, den Kläger nicht aus der nuda possessio sondern aus der b. f. possessio ableitet; beweist er diese, dann jedenfalls wird der Besitz zu dem Werth der Sache selbst geschätzt werden müssen. Schließlich aber ist wiederholt zu bemerken, daß wenn wie immer nuda possessio zur Schätzung gelangt, sie doch kein Inventarstück ist, das man gleich dem Eigenthum um seiner selbst willen, weil es da ist, geschätzt findet, sondern daß nur anläßlich eines Eingriffes in den Besitzstand oder sonst rechtlosen Abhandenkommens ihre Restitution und Prästation zum Gegenstand einer civilen oder honorarischen Haftung und Action, und nur in Gestalt dieser Haftung oder Action zum Vermögen des Klägers wird. So wenig und weniger als den Besitz können wir

2. factische Verhältnisse, welche wie z. B. eine Kundschaft dem der sie hat viel werth sein mögen, und so denn von den Nationalökonomen zum Kapital oder Vermögen geschlagen werden, — zum Vermögen zählen. Denn das Haben ist hier nicht einmal zum Faktum des Besitzes, geschweige zum Rechte entwickelt.

II. Ist nach dem vorigen ein rechtliches Haben gewissermaßen die Fassung, außerhalb deren kein Werthstück in unserem Vermögen sein kann, so versteht sich nun des weiteren, daß gar manches, trotzdem man es sprachgemäß hat und rechtlich hat, doch nicht im Vermögen ist. Wir „haben" Aemter, Stimmrecht, öffentliche Gewalten, Frauen, Kinder, Verwandte — alles rechtlich und doch nicht im Vermögen. Nicht als ob nicht auch diese Dinge zum Theil Geld werth sein, oder mit Recht oder Unrecht zu Geld gemacht werden könnten, oder als ob nicht manche von ihnen schon einmal sogar in's Vermögen gehört hätten — mancipatio der Kinder und Frauen, Patrimonialgerichtsbarkeit und Grundherr-

24) vgl. Bruns 193, 2. b.

schaften überhaupt [25]), Feudalismus — und im Wandel der Zeiten die heute Privates zur Staatssache, morgen den Staat selbst zur Privatsache machen, nicht wieder einmal etwas, das wir wesentlich öffentlich denken, ins Vermögen des Einzelnen herabsinken könnte: aber nach heutigem Rechte sind sie nicht im Vermögen, weil kein Gegenstand rein privatrechtlichen, d. i. bloßen für sich habens, und so denn auch bei demjenigen der sie hat, nicht in der Fassung von Eigenthum, jus in re oder Forderung. Was man blos für sich, darum rein privat- oder vermögensrechtlich hat, hat man in Gestalt von Eigenthum, jus in re, Forderungen; Veräußerlichkeit und Vererblichkeit sind gewöhnlich Eigenschaften und ein Merkmal reiner Privatsache, so daß man da wo öffentliche Rechte vererblich sind, einen Ueberrest von ehedem privatrechtlicher Behandlung öffentlicher Gerechtsame vor sich hat. Jene Typen vermögensrechtlicher Habe sind in ihrem Detail nicht unveränderlich, in ihrem Wesen dagegen so sehr Ausdruck des Privatrechtes, daß so weit öffentliche Rechte zur Privatsache werden, von Quasibesitz und Eigenthum, von dinglichen Rechten und privatartigen Ansprüchen und Actionen die Rede ist [26]).

Das Erbrecht subjectiven Sinnes (**delata hereditas**) hat man ausschließlich und blos für sich; allein bloßes Erwerbsrecht ist es noch nicht Vermögen, nicht mehr als die allgemeine Erwerbsfähigkeit oder die Arbeitskraft. Dem entsprechend ist es auch unvererblich, nie mehr cedirbar oder verkäuflich [27]) und nur unter besonderen Voraussetzungen transmittirbar.

Alles was man im Vermögen hat, gerade das und nur das,

25) vgl. neuestens die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Godorde in K. Maurers Gesch. des isländischen Freistaates 1874 S. 40; hingegen Savigny, Syst. §. 53, Puchta, Vorll. §. 34, wonach nur „Dinge der äußeren unfreien Natur" Gegenstände von Tauschwerth und des Vermögens sein können.

26) vgl. Bruns, d. Recht des Besitzes im M. A. und in der Gegenwart §. 24. z. B. c. 7 X de religiosis — episcopus . . . asserens ecclesiam de C. tam in spiritualibus quam in temporalibus ad se pertinere, primo possessorium et postea petitorium intentando — c. 16 X de foro competente: — temporalem jurisdictionem, in cujus quasi possessione esse dignoscitur — c. 17 X praescr. — in quasi possessione juris exigendi juramentum fidelitatis a marchione Massae — und unten Anm. 29.

27) s. noch Gaj. II, 35 III, 85 Ulp. XIX, 13.

ist in unserer „Habe" begriffen. Die gemeinen Nutzungsrechte sind, woferne sie nicht im Grundeigenthume wurzeln, wie die der Almende, sondern auf natürliche gemeindlicher Bestimmung, wie die der öffentlichen Wege, Gewässer ꝛc. nicht in unserer Habe [28]).

III. Aber nur was man im Vermögen hat, d. h. nur was in unserem, der Personen, Vermögen ist, umfaßt das Wort „Habe". Denn ohne Person ist das haben nicht denkbar. Es gibt aber Vermögen ohne Inhaber. In diesen tritt dann an die Stelle des Habens der weitere Begriff des Gehörens, und an die Stelle der Person die hat oder der gehört, ein Zweck für den gehört. Nur vermittelst Personification werden Gewerbewesen, Gemeinzwecke, Sonderzwecke, überhaupt Zwecke für die gehört, zu Subjecten denen gehört, oder zu Inhabern von Vermögen (§. 59). Vermittelst derselben Personification erscheint denn auch dieses unpersönliche Gehören in demselben Eigenthum, in denselben dinglichen Rechten und Forderungen wie das persönliche, während es in der That seiner Bestimmung gemäß modificirt ist (s. oben die Personificationen §§. 59 - 63, und unten B. das Zweckvermögen).

IV. Was immer — theils durch Werthqualität, theils durch den Begriff der Zeiten — Gegenstand eines Vermögens werden kann, heißt und ist uns um eben deswillen Sache (res), sei darin nun etwas irdisch-materielles, weil auf Geld reducirbares, oder etwas Gegenständliches (Objectliches) im Gegensatze zum innehabenden Subjecte, an sich ziehenden Zwecke, oder noch specieller ein Leidendes, Dienendes im Gegensatze zum Herrschenden, Könnenden, „Vermögenden" gedacht. So wurden Menschen, Jurisdictionen, öffentliche Gerechtsame, indem sie zu Gegenständen des Vermögens herabsanken, zu Sachen [29]); so steht der Freie,

28) s. oben §. 123 Anm. 2.; unten §. 128.

29) Ulp. 19, 1 — mancipi res sunt . . . servi et quadrupedes quae dorso collove domantur —; — Bruns a. a. O. §. 24 z. B. c. 16 X de foro comp. — temporalem jurisdictionem, in cujus quasi possessione esse dignoscitur — §. 38 z. B. S. 334 — comitatum in Lisga et forestum in montanis Hartz jure beneficiali possidere deberet —; — contulimus . . nostro R. judicium super civitatem, et tertium denarium judicii . . . titulo feodali possidenda —; — quidquid continuimus . . possideant . . in banno . . in venatu, omnique silvatica utilitate . . piscationibus et naulo ab utrisque fluviis et Reno et Nava accipiendo.

weil außer der Möglichkeit in ein Vermögen zu gerathen, außer und über der Sache [30]); so heißen nicht nur die Gegenstände der Körperwelt, die den greifbaren Theil der Vermögen bilden, sondern auch gewisse unkörperliche, aber gleichwohl in's Vermögen gehörende Dinge Sachen (res corporales — res incorporales) [31]).

Von den unkörperlichen Dingen erscheinen als Sachen nur solche, die im Recht ihr Dasein haben, also nur Rechte, überdies nur gewisse, nämlich nur die in's Vermögen fallenden Rechte. Erscheint gleichwohl das Eigenthum nicht unter den res incorporales, während jura in re und actiones unter denselben erscheinen, so liegt der Grund darin, daß der Eigenthümer nicht blos ein Recht an der Sache [32]), sondern die Sache selbst hat, daß der Werth des Eigenthums mit dem der Sache zusammenfällt [33]), und das Eigenthum in Gestalt der Sache dem Vermögen beigezählt wird [34]), während derjenige der blos ein jus in re, oder eine bloße Forderung auf Sachen hat, nichts außer diesem seinem Rechte „hat" und so denn auch nur dieses als „Habe" in Betracht kommen kann. Erscheint außerdem auch noch hereditas oder „jus hereditatis" und zwar noch in den Justinianischen Institutionen als res incorporalis [35]), so dürfte das nur im Sinne der alten veräußerlichen legitima hereditas delata richtig, für das Justinianische Recht also gleichwohl Antiquität sein [36]).

§. 125.

Res extra patrimonium n.

„Außer unserem Vermögen" — und zwar nicht blos augenblicklich oder zufällig, wie die jederzeit occupirbaren res liberae [1]),

30) l. 34 §. 2 D. c. e. 18, 1 — sed nec talis emtio aut stipulatio admittenda est: »cum servus erit«, quamvis dixerimus futuras res emi posse; nec enim fas est, ejusmodi casus exspectare —

31) J. de rebus corporalibus et incorporalibus 2, 1 Gaj. II. 12, 14, 28—39.

32) l. 38 §. 9 D. v. o. 45, 1 — habere et eum dicimus, qui rei dominus est, et eum qui dominus quidem non est, sed tenet — vgl. l. 34 §. 1 D. c. e 18, 1.

33) s. oben S. 447.

34) s. oben Anm. 3.

35) §. 2 J. h. t.

36) vgl. oben Anm. 27.

1) §§. 11—19 J. r. d. 2, 1 — falsch compilirt l. 3 D. r. d. 1, 8.

stehen gewisse Sachen, trotzdem daß sie körperlich sind, und insoweit unserem Besitz und Eigenthum wohl unterwerfbar wären, theils von Natur aus, theils von Rechtswegen, und zwar entweder kraft internationalen oder kraft nationalen, geistlichen oder weltlichen, Rechtes [2]).

Von Natur aus außer unserem Vermögen stehen alle diejenigen Sachen, welche man theils ihrer großen Ausdehnung, theils ihrer Unstetigkeit wegen so wie sie sind für sich nicht in Besitz nehmen, haben, oder in Anspruch nehmen kann [3]); so die Luft, das fließende Wasser (aqua profluens —) [4]), das Meer, und folglich auch der Meeresgrund und die Meeresküste [5]). Das sind Sachen die man mit Allen gemein hat oder haben kann — res communes omnium [6]). Ist die Quelle nicht nur, sondern auch das Rinnsal (rivus, Runzel), unser aus Rinnsalen sich sammelnder „Bach", und der aus Bächen sich sammelnde Fluß [7]) aqua profluens [8]), so muß auch der Fluß von Natur aus außer unserem Vermögen, und res communis omnium sein. Daß fließendes Wasser wenn gefaßt und geleitet, weil nicht mehr frei fließend, bereits im Eigenthum sei [9]), scheint nicht erwiesen; in l. 2 D. riv. 43, 21 [10]) finden wir das Gegentheil; „haurire" kann man auch aus Fässern [11]).

2) vgl. l. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1 — quas . . . natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt. —

3) im Gegensatze zu denen quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest: l. 34 §. 1 cit. Vgl. Kappeler, d. Rechtsbegriff d. öffentl. Wasserlaufs, Zürich 1867 S. 43 - 45.

4) »defluens« l. 1 §. 6 D. aqua 43, 20.

5) l. 3 § 1 D. ne quid in l. publ. 43, 8 l. 2 §. 1 D. r. d. 1, 8 — et per hoc litora maris (i. e. quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. §. 3 J. eod. 2, 1); l. 13 pr. D. comm. praed. 8, 4 — mari quod natura omnibus patet, servitus imponi non potest — §. 1 J. eod. et quae subjacet mari terra vel arena.

6) l. 2 §. 1 cit.

7) l. 1 §. 1 D. de flum. 43, 12 Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium — (ohne Zwischenglied).

8) wogegen Wappaeus, z. L. v. d. dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach r. u. heutigem R. Göttingen, 1867 S. 18 Anm. **); ihm ist aqua profluens „das Wasser an sich".

9) Kappeler, a. a. O. S. 53—77.

10) Kappeler, a. a. O. S. 62. Anm. 1.

11) dieß gegen Kappeler, S. 69 Anm. 1. Vgl. Cic. Brut. 83 (Georges) betreffs l. 35 §. 1 D. furt. 47, 2.

Juris gentium, also wohl anfänglich internationalen Rechtes (§. 22) ist abermals das Meer sammt Küste und Grund – daß es res nullius [12]) und im Gemeingebrauche Aller ist [13]). Völkerrechtliche Abmachungen dieses Inhaltes sind denkbar [14]), trotzdem und nebstdem man ihn auf die Natur der Sache zurückführt (Anm. 5). Uebrigens ist es nicht überall Exemtion, die dem jus gentium zugeschrieben wird, sondern auch eine bloße Beschränkung unseres Eigenthums zu Gunsten des Gemeingebrauchs [15]), und umgekehrt ein in gewissen Grenzen gehaltenes Privatrecht an res nullius [16]).

Kraft einheimischen, und zwar weltlichen Rechtes außer unserem Vermögen ist all der Grund und Boden, der einerseits unvertheilt liegen geblieben, andererseits dem öffentlichen Gebrauch überlassen, oder für ihn hergerichtet, eingerichtet, überbaut ist [17]) — res publicae (quae in publico usu habentur) [18]).

12) l. 51 D. c. e. 18, 1.

13) §§. 1, 5. J. r. d. 2, 1 l. 4 pr. D. r. d. 1, 8.

14) Hugo Grotius, de jure B. ac. P. lib. II. c. 3 §. 9, 1. Fatendum est in partibus cognitis Romano imperio a primis temporibus ad Justinianum usque juris gentium fuisse, ne mare a populis occuparetur, etiam quod jus piscandi attinet — §. 10, 3. – Quare quibus in locis tale jus gentium viguit, neque communi consensu sublatum est (wie in den Beispielen §. 15, 1), maris portio quamvis exigua et maxima sui parte inclusa litoribus, in jus proprium populi alicujus non concedet. —

15) l. 5 pr. D. r. d. 1, 8 Riparum usus publicus est jure g.; itaque navem ad eas appellere etc. Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent cf. §. 4 J. eod. l. 30 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 l. 112 D. v. s. 50, 16: Ripa putatur ea esse quae plenissimum flumen continet. —

16) l. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8. In littore j. g. aedificare licere, nisi usus publicus impediat cf. l. 24 D. damni inf. 39, 2; — l. 5 § 1 l. 6 pr. D. r. d. 1, 8 — in tantum ut et soli domini constituantur, sed quamdiu aedificium manet; alioquin aedificio dilapso quasi jure postl. revertitur locus in pristinam causam — cf. l. 4 pr. eod. §. 1 in fin. J. eod. l. 14 pr. §. 1 D a. r. d. 41, 1; — decretum Praetoris adhibendum est, ut id facere liceat (l. 50 D. a. r. d. 41, 1), überhaupt (Hugo Grotius l. l. §. 9, 2, Wächter, Superf. oder Platzrecht, S. 15 unten, Eisele, Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu, Basel 1873 S. 16 Anm. 1) oder wie wahrscheinlicher nur im Falle Einspruchs: arg. l. cit. in fin: – civilem eum actionem de faciendo nullam habere.

17) loca publica — Labeo definit, ut et ad areas, et ad insulas, et ad agros, et ad vias publicas, itineraque publica pertineat (appellatio p. loci) l. 2 §. 3 D. ne quid in loco publico 43, 8;

Als res publicae erscheinen auch Flüsse und Häfen [19]), trotzdem diese keine „öffentlichen Plätze", jene aber, schon von Natur aus res nullius und also communes omnium zu sein scheinen. Denn so wenig man auch sonst über den Begriff von aqua profluens übereinkommt [20]), so sicher wird man doch, trotz Wappaeus [21]), die Flüße unter demselben begreifen müssen [22]); aqua profluens ist aber naturali jure res communis omnium (Anm. 4). Was nun insonderheit das flumen publicum anlangt, so mag das eine Mal unter der Publicität nichts weiteres als jenes natürliche Gemeinrecht Aller gemeint sein [23]); so namentlich in §. 2 J. cit. [24]); allein ein ander Mal, und so namentlich in l. 4 §. 1 D. cit. muß die Publicität etwas anderes bedeuten; denn da sind die Flüsse nicht alle „öffentlich" [25]), während sie doch alle aqua profluens, in so weit res communes omnium sind, und also alle „publica" wären, wenn die Publicität mit der gemeinen Nutzbarkeit überall gleichbedeutend wäre. Die nicht öffentlichen Flüsse, die l. 4 §. 1 cit. vor Augen hat, müssen mit den „Privatflüssen", welche zu dem flumen

theatra, stadia et sim. l. 6 §. 1 D. r. d. 1, 8; Campus Martius, forum Romanum l. 39 §. 9 D. leg. I. l. 6 pr. D. c. e. 18, 1; campus publicus, publicum balineum l. 39 §. D. leg. I.; forum, basilica l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. v. o. 45, 1; — quae publico usui destinata sunt l. 2 §. 5 D. ne quid in l. publ. 43, 8; utique privatorum usibus deserviunt, jure scil. civitatis non quasi propria cujusque §. 2 eod.; nullius sunt . . . viae publicae l. 51 D. c. e. 18, 1; quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur l. 1 pr. D. d. r. l. 8 — non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, et stadia, et similia cf. §. 6 J. eod.

18) l. 6 pr. D. c. e. 18, 1 — publica quae non in pecunia populi, sed in publico usu habentur — l. 137 §. 6 l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1 — res usibus publicis in perpetuum relicta. —

19) §. 2 J. r. d. 2, 1 l. 4 §. 1 D. eod.

20) vgl. darüber besonders Kappeler, S. 53 fgg. S. 78 fgg.

21) S. 18 Anm. **), wonach aqua profl. das „Wasser an sich", entgegen dem flumen.

22) vgl. Kappeler, oben Anm. 8 a. a. O.

23) vgl. Wappaeus, S. 22 c. Hesse, Grundzüge d. Wasserrechts, Iher. Jahrbb. Bd. 7 S. 182.

24) Flumina autem omnia et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque (cf. l. 14 D. a. r. d. 41, 1 l. 13 §. 7 D. inj. 47, 19 l. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8); vgl. auch die litora publica in l. 14 D. a. r. d. 41, 1 und besonders l. 24 pr. D. damni inf. 39, 2.

25) Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.

publicum in den Fluß-Interdicten im Gegensatze stehen [26]), und von diesem als unbeständige unterschieden werden [27]), identisch sein; denn nach l. 4 §. 1 cit. sind „fast alle" Flüsse flumina publica; sonst könnten, bei der nicht selten weiteren Bedeutung von „flumen" [28]) auch unsere Bäche und Rinnsale flumina privata heißen. Jedenfalls ist im Gegensatze zu flumen privatum das flumen publicum öffentlich nicht nur im Sinne des Gemeingebrauchs, sondern öffentlich im Sinne erhöhter Publicität: öffentlich durch magistratische Befriedung des gemeinen Gebrauchs (Interdicta) [29]), durch Freiheit und Freilassung auch des Flußbettes von allem und jedem Eigenthum [30]), Erstreckung der Stromesfreiheit selbst auf die „Lände" (Anm. 15). Aus dieser höheren Publicität entspringt der Gegensatz von flumen publicum und privatum; publicum im Sinne blos der res communis omnium ist jedes flumen [31]); publicum im Sinne magistratischer Interdicirung und gefreiten Flußbettes nebst freier Lände ist nur der ständige Strom (flumen perenne) [32]); der unbeständige (torrens) [33]) ist und heißt flumen privatum nicht als ob sein Wasser im Eigenthum wäre, sondern weil sein Bett darin ist, und eben darum auch dem Eigenthümer über das Wasser mit Ausschluß Anderer zu verfügen unverwehrt (nicht interdicirt) ist [34]). Im Laufe der Zeiten, da auch der Lauf der Flüsse sich vielfach verändert hatte,

26) D. 43, 12—14, s. insb. l. 1 §. 4 D. de flum. 43, 12.

27) l. 1 § 3 eod. — Publicum flumen esse . . . quod perenne sit.

28) Hesse, a. a. O. S. 189; — vgl. unten Anm. 31.

29) D. 43, 12—14, insb. l. 1 §, 4 D. flum. 43, 12.

30) §. 23 J. r. d. 2, 1 l. 7 §. 5 D. a. r. d. 41, 1 l. 1 §. 7 D. flum. 43, 12. — Ille etiam alveus quem flumen sibi fecit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus; unten §. 127.

31) insoferne flumina omnia publica sunt: §. 2 J. r. d. 2, 1 — Bäche ꝛc. vielleicht inbegriffen.

32) l. 1 § 3 eod. Publicum flumen esse . . quod perenne sit — insoferne flumina paene omnia publica sunt — l. 4 §. 1 D. r. d. 1, 8.

33) l. 1 §. 2 eod.

34) l. 1 §. 4 eod. — cessabit interdictum; nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum — und vergl. den Unterschied von via publica und via privata l. 2. §. 21 D. ne quid in loco publ. 43, 8, sowie den fons privatus in l. 3 §. 3 D. s. p. r. 8, 3, Burchardi, Alluvionsrecht, Zeitschr. f. Reichs- und Landesr. S. 112 Anm. 53, Gerber, deutsches Privr. §. 61, 3, wozu Roth, bayr. Civilr. §. 282 Anm. 46, 47 und die hieselbst Anm. 24 genannte ältere Literatur.

war nurmehr die Perennität als gemeines Merkmal der höheren Publicität übrig [35]); ehedem, unmittelbar nach der Landvermessung und Bodentheilung, muß sich dieselbe auch in den Katastern gezeigt haben, indem das flumen publicum mit seinem Bette außerhalb der assignirten Lose liegen blieb [36]); das Bett der Privatflüsse ist im modus agrorum mitbegriffen gleich dem der Bäche und Rinnsale [37]). Von den beiden letzteren aber unterscheidet sich der Fluß durch seine Größe oder durch das Dafürhalten der Nachbarn [38]); daß Ulpian an der Spitze seines Commentars zum Interdicte de fluminibus die Bäche von den Flüssen ohne juristischen Grund unterschieden habe, daß sie gleich allem beständig fließenden Wasser flumina publica im Sinne des Interdicts und überhaupt der höheren Publicität gewesen, und daß denn auch ihr Bett und Ufer von gleichem Rechte mit dem des flumen publicum seien [39]), ist an sich unwahrscheinlich, und widerspricht der Nachricht, daß viele größere, geschweige denn die kleinen und ganz kleinen Flüsse (Bäche ꝛc.) in die Privatlose vermessen seien (Anm. 36); nur im Sinne der res communis omnium war alles fließende Wasser publicum (Anm. 21, 22, 31).

Kraft nationalen, aber geistlichen Rechtes sind die res sacrae, religiosae, und bis auf ein gewisses auch die res sanctae außer unserem Vermögen [40]); die res sanctae wären wohl auch ohne geistliche Weihe und Widmung „außer unserem Vermögen", als res publicae nämlich [41]).

„Zu den gänzlich dem Privatrecht", mithin auch unserem

35) l. 1 §. 3 cit.

36) arg. Frontini lib. II. de controvv. agrorum, ed. Lachm. p. 51: Multa flumina et non mediocria in adsignationem mensurae antiquae ceciderunt: nam et deductarum coloniarum formae indicant — vgl. Unterholzner, Schuldverhh. Bd. 2 §. 385.

37) vgl. l. 51 D. c. e. 18, 1.

38) l. 1 §. 1 D. flum 43. 12, s. oben Anm. 7.

39) Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gem. R. Jher. Jahrbb. für Dogm. Bd. 7 S. 1872 S. 191 §. 2, Börner, Arch. f. civ. Pr. Bd. 38, S. 55 fgg.

40) Gaj. 2, 2 Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae 2, 8 Sanctae quoque res velut muri et portae quodammodo divini juris sunt. 2, 9 quod autem divini j. est, id nullius in bonis est — cf. §§. 7—11 J. r. d. 2, 1 l. 6 §. 2 — l. 9 § ult. D. eod.

41) vgl. Kappeler, a. a. O. S. 42.

Vermögen „entzogenen Sachen" zählt man auch noch die Gifte (venena mala) und verbotenen Bücher [42]). Sollte dies richtig sein, so haben wir hier zum Unterschiede von allen vorigen eine Gattung von Sachen, welche nicht nur Niemand gehören, sondern auch Niemandem und für nichts nützen, und überhaupt gar nicht existiren sollen [43]). Allein das Verbot, derlei Sachen in verbrecherischer Absicht [44]), ja überhaupt zu haben [45]), scheint blos das Habendürfen, nicht auch das Habenkönnen, also nicht auch die Möglichkeit von Besitz und Eigenthum [46]) auszuschließen.

Außer unserem Vermögen steht auch der freie Mensch [47]) — nicht als ob es hier an irgend einer zu den res des Vermögens erforderlichen Körperlichkeit gebräche [48]), sondern weil die Freiheit (libertas) das Gegentheil der zum Vermögensobjecte nothwendigen Unterwerfbarkeit (possideri, haberi posse) ist [49]). In dem Maße da der Mensch unter fremde Gewalt kommt, wird er denn auch Gegenstand fremden Rechtes (alieni juris), geradezu res und Gegenstand des Eigenthums, wenn er in dominica potestate, Gegenstand eines eigenthumsartigen Rechtes aber wenn er in patria potestate ist [50])

§. 126.

Res extra commercium.

Eins und dasselbe mit diesem extra patrimonium nostrum esse ist das extra commercium esse [1]) — vorausgesetzt nur daß in der That von res, quarum c. non est, und nicht

42) Wappaeus, §. 5.

43) l. 4 §. 1 D. fam. herc. 10, 2 — haec enim protinus corrumpenda sunt — Paul. R. S. V. 23, 18.

44) l. 3 pr. — §. 3 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8.

45) Paul. R. S. cit.

46) s. oben Anm. 1; unten §. 126 Anm. 4.

47) l. 34 §. 2 D. c. e. 18, 1 vgl. oben §. 124 Anm. 30.

48) l. 1 §1 D. d. r. 1, 8 — Corporales sunt quae tangi possunt, veluti fundus, homo.

49) l. 23 § 2 D. a. v. a. p. 41, 2 — quem civiliter in mea potestate non habeo — und unten §. 126 Anm. 4.

50) Ulp. 19, 1; oben §. 58 a. E. C. de parentibus qui filios distraxerint 4, 43, und unten das Familienrecht.

1) vgl. Böcking, Pand. d. r. Privr. §. 68 §. 6 „nur nicht wie jene aus dem Gesichtspunkt des Habens, sondern aus dem des Erwerbens aufgefaßt" — wogegen grundsätzlich Holtzendorff, de reb. qu. commercium non est, dissertatio, p. 1 sq. Wappaeus, S. 6 Z. 4 fgg.

etwa von Personen, die commercium nicht haben, überhaupt nicht haben [2]) oder commercium ejus rei nicht haben [3]), die Rede ist. Denn diese Unverkehrbarkeit der Sache besteht in nichts anderem, als daß sie Niemand besitzen und haben [4]), also Niemand im Vermögen haben kann. Darnach ist zu bezweifeln, daß der Ausdruck extra commercium esse irgend einmal auf Sachen gehe, die zwar außer Verkehr, aber in unserem Vermögen sind. In l. 1 §. 2 D. quae res pignori 20, 3 ist die res litigiosa vielleicht nur als Sache die man „nicht kaufen" kann gedacht [5]). Sind die Domänen, deren l. 39 §. 10 D. leg. I. gedenkt, von Rechtswegen extra commercium, dann sind sie auch nicht im Vermögen der leibhaftigen Person des Princeps [6]); sind sie in seinem Vermögen, dann sind sie auch nicht extra commercium, und wenn sie in l. 39 §. 10 cit. gleichwohl wie res extra c. behandelt werden [7]), so geschieht dies nur darum, weil sie, einmal dem Patrimonialgut des Princeps einverleibt und der kaiserlichen Procuratur unterstellt nicht leicht mehr zur Veräußerung kommen [8]), also nur factisch außer Verkehr sind [9]), und so denn von Privaten nicht ernstlich vermacht werden können [10]). — Auch dadurch allein daß eine Sache gemeinem Gebrauche unterliegt, ist sie noch nicht extra c.; sie kann trotzdem in unserem Eigenthum sein, wie das Flußufer, und ist dann schlechthin in commercio [11]). Ueberhaupt kennen die Quellen den von Wappaeus an die Spitze seiner

2) z. B. oben S. 180, 1.

3) l. 34 pr. D. v. o. 45, 1 l. 40 D. leg. I. l. 49 §. 2 §. 3 D. leg. II.

4) l. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1 wo haberi, possideri non posse und commercio exutum esse identisch — cf. l. 30 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2.

5) s. dagegen Kappeler a. a. O. S. 5 Wappaeus §. 10a.

6) wie Wappaeus §. 8 nach Walter RG. I. 332, 333 und Note 110 selbst annimmt.

7) Si legentur, nec aestimatio eorum debet praestari — vgl. C. ne rei dom. vel templorum vindicatio t. praescriptione summoveatur 7, 38.

8) l. 39 §. 10 cit. — illa praedia . . . in formam patrimonii redacta . . cum distrahi non soleant. —

9) l. cit.: — quoniam comm. eorum nisi jussu principis non sit — Eisele, über das Rechtsverh. der res publicae in p. usu, Basel 1873 S. 14. Dagegen Wappaeus §. 8.

10) vgl. l. 39 §. 8 eod. — furiosi est talia legata testamento adscribere. —

11) s. dagegen Wappaeus S. 18 fgg.

Lehre von den extra c. befindlichen Sachen gestellten Unterschied totaler und partialer Extracommercialität nicht [12]).

Einzig darin, daß sie nicht in unserem Vermögen sein können, liegt die Extracommercialität der Sachen. Daß sie in gar keiner Weise den Gegenstand wirksamer Rechtsgeschäfte bilden können [13]), ist kein wesentliches Merkmal des extra commercium oder des nicht in patrimonio nostro esse. So läßt sich z. B. nicht behaupten, daß ein Verkauf von res sacrae überall und schlechthin nichtig sei [14]); nur als Veräußerung und Aneignung, nicht als Contract ist emtio venditio an solchen Sachen schlechthin nulla [15]); wenn irgend etwas sind aber gerade die res sacrae extra commercium [16]).

Ausdrücklich als extra c. befindlich werden wir freilich eher diejenigen Sachen finden, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach in commercio sein könnten, wie die res divini und publici juris [17]); allein daraus folgt nicht, daß die Sachen, welche schon ihrer Natur nach dem Verkehr entzogen sind, den res extra c. nicht ebenso sehr beizählen wie jene [18]). Extra c. ist auch der freie Mensch [19]), wenn er auch nicht res extra c. genannt werden mag. — Daß die res sacrae nach heutigem Rechte nicht mehr nothwendig extra patrimonium nostrum oder extra c. seien, s. Zweckvermögen.

§. 127.

Daraus daß etwas außer „unserem" Vermögen oder extra

12) Eisele, S. 14.

13) Wappaeus, S. 2 unten: S. 17 §. 5, 1 „daher ist auch jedes über sie geschlossene Rechtsgeschäft unbedingt nichtig."

14) §. 5 J. emt. 3, 23 — Si . . deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat — l. 4 D. c. e. — emtio intelligitur, si ab ignorante emitur — l. 5 l. 6 pr. eod. l. 39 §. 3 D. evict. 21, 2 l. 20 §. 4 in f. D. lib. c. 40, 12 l. 25 C. evict. 8. 45 l. 2 C. assert. toll. 7, 15.

15) l. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1 — nulla venditio est. —

16) Wappaeus, §. 2 A. 1 S. 6.

17) z. B. l. 6 pr. D. c. e. cf. l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1.

18) vgl. l. 34 §. 1 D. c. e. 18, 1 — quas vero natura, vel gentium jus etc. commercio exuerunt. — Dagegen Wappaeus, S. 1.

19) §. 5 J. emt. 3, 23 (24) l. 34 §. 1 §. 2 D. c. e. 18, 1 l. 23 §. 2 l. 30 §. 1 in fin. D. a. v. a. p. 41, 2.

commercium ist, folgt nicht, daß es in keinerlei Vermögen sei [1]). Gibt es außer unserem, d. i. der Personen, Vermögen noch ein anderes, zwar Niemandem aber für Etwas gehöriges Vermögen (§§. 61, 62), so kann etwas das außer unserem Vermögen (res nullius) ist, in diesem anderen Vermögen (Zweckvermögen) sein. Durch die Quellen ist diese Möglichkeit nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern im allgemeinen angedeutet, dadurch daß etwelche Sachen in Einem als res nullius und, in personificirender Weise, zugleich als res alicujus (universitatis) hingestellt werden [2]). So darf man sich nicht vorstellen, daß eine Sache darum weil sie extra commercium gesetzt ist, jeder Art der Zugehörigkeit oder des Eigenthums entzogen sei; leicht kann mit dieser Ausschließung unseres Erwerbs und Eigenthums die höchste Potenz der Widmung und Zugehörigkeit für etwas außer und über uns concurriren. Anderseits ist es aber auch keine Nothwendigkeit, daß etwas das außer dem Bereiche *unseres* Eigenthums liegt, in den jenes anderen gehöre [3]). Namentlich ist denkbar, daß etwelche Sachen in der Bestimmung für den gemeinen Gebrauch und Nutzen rechtlich aufgehen [4]). Daß von den res communes omnium zum mindesten die *Luft* außer aller und jeder Hörigkeit steht, ist nie bezweifelt worden. Die **aqua profluens** will man zwar neuerdings in „Gesammtheit des Gewässers" (Wassersäule) und in die „fließende Wasserwelle" unterscheiden, und als Gesammtheit des Gewässers dem Eigenthum zugänglich machen [5]); allein dieser Unterscheidung ist schwer zu folgen [6]); die deutschrechtliche Anschauung aber, wornach „der Wasserlauf der kleineren Flüsse als Pertinenz des Grundstückes" gelte [7]), bedeutet leicht nichts anderes, als daß der Boden solch kleinerer Gewässer, und damit auch die Verfügung darüber im Privatrecht stehe (§. 125 Anm. 34);

1) Kappeler, a. a. O. gegen Jhering, Keller u. A. S. 5—25.

2) z. B. l. 1. §. 1 D. d. r. 1, 8 — quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur. —

3) Kappeler, a. a. O. gegen Dernburg — S. 25 fgg., insonderheit betreffs l. 1 pr. D. interd. 43, 1. S. 27.

4) vgl. Eisele a. a. O. S. 23 fgg.

5) Windscheid, P. §. 146, 3.

6) vgl. Burchardi, Alluvionsrecht, Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht, 2. Heft S. 112 Anm. 53.

7) Roth, a. a. O. §. 282 Anm. 48 und die dort Agff.

Eigenthum an der Welle als solcher ist damit noch immer nicht aufgestellt. — Aber auch vom Meere wird sich, trotz all der Anfechtungen, die seine in der Natur begründete und im alten jus gentium bestätigte Freiheit in den letzten Jahrhunderten erlitten hat, behaupten lassen, daß es allem und jedem Eigenthum unzugänglich sei. Denn nicht nur der Hoheit (imperium) einzelner Staaten, sondern auch dem Eigenthum sowohl von Privaten als Staaten, — und nicht nur als Küstenwasser und Binnenmeer (mare clausum), sondern auch als offenes Meer sollte es nach der weitergehenden Ansicht Privaten und Staaten unterwerfbar sein. Für Bynkershoek ist das Meer nicht mehr res nullius, die Niemand gehören kann, sondern res libera, woran Besitz und Eigenthum durch jegliche Art des Gebrauchs, mit dem animus rem sibi habendi erworben werden kann; nur daß das Eigenthum an demselben mit bloßem Besitzverlust wieder verloren gehe [8]; daß es in unseren Quellen als res communis omnium erscheint, sei Zufall, da gerade damals von keinem Meer Besitz ergriffen worden sei, wie denn auch zu seiner (Bynk.) Zeit weder das venetianische, noch mit Ausnahme des Sunds sonst ein Meer im Eigenthum gewesen (c. 9. c. 6. 7.). Auch Grotius gab nachträglich, nachdem er zuvor gegen die Spanier die Freiheit des Meeres vertheidigt, gestützt auf l. 14 D. inj. 47, 10, Eigenthumsmöglichkeit, wenn auch nur an Küsten- und Binnenmeeren zu [9]. Allein was das römische Recht anlangt, so finden wir in ihm selbst sogar imperium nur über Küsten [10]; also nicht weiter als natürlicherweise das Territorium geht; Poeten und Geschichtsschreiber [11] erstrecken es wohl weiter, aber ohne Verlaß, daß hier mehr als die factische Macht der Flotten [12] (Suprematie zu Meer) und dort etwas anderes als des Aeolus aufgeblasene Macht über die Winde gemeint sei. Eigenthum und Besitz aber geht weder aus l. 14 cit. noch aus sonst einer Stelle mit irgend-

8) de dominio maris dissertatio c. 3 und 4.
9) l. cit. lib. II. c. 3 Nro. 1, 2.
10) l. 3 pr. D. ne quid in loco p. 43, 8.
11) excerpirt bei H. Grotius l. cit. Nro. XIII. 1, 2. Jo. Seldeni de mari clauso sive de dominio maris libri duo, Lond. 1635; Bynkershoek l. cit. c. 8.
12) vgl. selbst Bynkershoek zu Polybius c. 8.

welcher Sicherheit hervor. Darf man wie auf der Küste (§. 125 Anm. 16) auch noch in das Meer hineinbauen[13]), so ergibt sich hieraus, innerhalb der Einfänge, Raum für Besitz, proprium jus oder Eigenthum (l. 14 l. 50), mit nichten aber auch der Grund für Eigenthum von Staaten oder Privaten am hohen Meer. Eher möchte man ein Staatseigenthum an der Küste aus l. 3 pr. cit. folgern, insofern populi R. esse etwas anderes sein soll als das imperium[14]); die heutige Völkerrechtslehre ist gegen das Eigenthum an Meeren gerichtet und nimmt auch an Küstenwasser und Buchten, Baien und Binnenmeeren nur Staatshoheit an[15]). — An Seeen ist Eigenthum auch nach röm. Rechte möglich[16]). Allein wie wir am flumen privatum Eigenthum nur in Anbetracht des Bettes annehmen, und sein Wasser als eine Sache betrachten, die nur durch das mit dem Eigenthum am Boden gegebene Prohibitionsrecht dem gemeinen Gebrauch entzogen ist oder sein kann, so dürfte ein gleiches auch in Betreff des so frei zu als abfließenden Seewassers gelten, wenn und wo der See ein Privatsee ist. Ist er ein öffentlicher, so wird er auch in Ansehung seines Bettes das Recht des flumen publicum theilen. Daß dessen Bett nach justinianischem Rechte außer allem und jedem Eigenthum, und daß es namentlich nicht im Staatseigenthum gestanden, folgt daraus, daß der alveus derelictus nicht im Staatseigenthum (patrimonium populi), sondern entweder res libera, oder Accession des angrenzenden Grundeigenthums ist[17]); früher, da man Staatseigenthum am Bette annahm[18]) und heute da

13) l. 2 §. 8 D. ne quid in l. publ. 43, 8 l. 50 D. a. r. d.

14) aber s. dagegen Kappeler a. a. O. S. 26 §. 5 J. r. d. 2, 1: Litorum quoque usus publicus juris g. est . . Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse — l. 14 pr. D. a. r. d. 41, 1 — litora publica non ita sunt ut ea quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea quae . . . . in nullius adhuc dominium pervenerunt und nur stellenweise occupirt werden. Vgl. auch Hesse, Grundzüge d. Wasserr. Jher. Jahrbb. Bd. 7 S. 185 oben.

15) Institutionen des prakt. Völkerrechts in Friedenszeiten von Ad. Hartmann, Hannover 1874. §§. 64. 65. Heffter, das europ. Völkerr. der Gegenwart. 5. Aufl. 1867. §§. 73, 76.

16) l. 13 §. 7 in fin. D. inj. 47, 10 vgl. Roth, bayr. Civilr. §. 283, 2.

17) §. 23 J. rer. d. 2, 1 l. 16 l. 38 l. 56 D. a. r. d. Hesse, a. a. O. S. 184.

18) Schrader, in seiner Institutionenausgabe zu §. 23 J. cit.

man auf ein solches zurückkommt [19]), folgt das Gegentheil (Anm. 18 u. 19). – Schwieriger ist der Entscheid ob die res publicae quae in usu publico sunt, (Straßen, Plätze ꝛc.) nebstdem daß sie für den gemeinen Gebrauch offen stehen, auch noch in Staats- oder Gemeinde-Eigenthum seien (vgl. unten §§. 128, 129 und die Lehre vom Zweckvermögen); von den res sacrae dagegen dürfen wir schon jetzt annehmen, daß sie zu dem patrimonium einer Kirche, überhaupt in ein Zweckvermögen zu gehören pflegen (S. 460).

§. 128.

Die gemeinen Nutzungen.

Die von den res communes omnium und den res publicae quae in usu publico habentur für uns abfallenden Nutzungen kommen uns zum Theile ohne unser Zuthun, als Luft und Licht, oder doch von Natur aus, wie fließendes Wasser, zum mindesten aber unentgeldlich zu, wie der Gebrauch von Land- und Wasserstraßen, die Betretung der Markt-, Gerichts- und anderer öffentlichen Plätze, sind darum wohl alle „freie Güter", ohne Tauschwerth [1]), nicht im Vermögen. Mit dieser ihrer Unentgeldlichkeit mag eine gewisse Zurücksetzung zusammenhängen, die ihnen seitens der Juristen und in deren Systemen widerfährt, währenddem doch zunächst von ihnen unsere physische Existenz, und dann unser gesellschaftlicher, privat-, staats- und weltbürgerlicher Verkehr abhängt. Allein neben ihrer Unterschätzung lauft mancherorts auch eine Ueberschätzung her, insoferne man sie nämlich als „Rechte der Einzelnen" hinstellt [2]). Denn in Wahrheit werden wir die Ein-

und die dort citt. Agrimensoren; z. B. Frontinus: ed. Lachm. p. 50: . . jurisperiti negant illud solum quod solum p. R. coepit esse, ullo modo usu capi a quoquam mortalium posse; et est verissimum. Ita neuter possessor excedere finem illum veteris aquae ullo jure potest aut debet — Aggenus Urb. ibid. p. 82 — Tractatur ad quem pertinere debeat illud quod reliquerit . . juris periti . . negant illud solum etc. (wie oben).

19) Roth, bayr. Civilr. §. 284. I. 1.

1) Schäffle, Nationalökonomie, 2. Aufl. §. 14 §. 9 Z. 1.

2) s. z. B. Bruns, an dem oben S. 284 Anm. 23 agt. O. „eigenes subjectives Recht zum Gebrauche der Sache" Ihering, Geist. d. r. R. III. 1 S. 349: das r. Recht habe „das Recht des Gemeingebrauchs nicht registrirt"; derselbe: Streit zw. Baselstadt u. Baselland, Rechtsgutachten S. 39; Eisele, über das Rechtsverhältniß der res publicae in publico

zelnen nicht als Subjecte denken dürfen, die an den öffentlichen Wegen und Plätzen Rechte haben, sondern als Objecte, denen diese Sachen zu dienen haben [3]). Wer wollte freilich läugnen, daß wir auf öffentlichen Wegen gehen dürfen, und eben darin eine Befugniß haben; er müßte zuvor läugnen, daß wir Athem holen und um uns schauen dürfen; allein so wenig der Römer im Athemholen ein Recht auf die Luft oder an der Luft denkt, so wenig erblickt er im Gebrauche der res publicae ein Recht auf diese Sachen. Wie Luft und Licht durch die Natur, so sind gewisse Theile des Bodens durch rechtliche Verfügung als etwas für Alle Nothwendiges, das sie nicht blos haben dürfen, sondern haben müssen, und was also zu ihrem Sein selbst und unwillkürlich mitgehört, für Alle bereit gehalten; und wie derjenige, der uns die Luft entziehen wollte, nicht erst ein Recht, sondern unsere Person selbst verletzt, so findet wegen Behinderung im Gebrauche der res publicae publico usui destinatae keine auf ein jus (in ea via eundi ꝛc.) gebaute Klage, sondern von Rechtswegen nur injuriarum actio statt [4]). Die verschiedenen wider Gebrauchsstörung den Einzelnen zur Verfügung gestellten Interdicte wurzeln nicht in Rechten derselben, sondern auf magistratischen (imperialen) Verboten und Geboten [5]); nur mittelbar, indem man auf solch obrigkeitliches Verbot gestützt selbst Gebrauchsstörungen verbieten

usu, Programm, Basel 1873 S. 18 unten. Kappeler, a. a. O. S. 16 „die Gebrauchsberechtigten . . . mit den aus ihrer Berechtigung fließenden Klagen" (den actiones populares). —

3) l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publico 43, 8 — Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scil. civitatis, non quasi propria cujusque — vgl. l. 14 D. a. r. d. 41, 1 nam littora publica non ita sunt, ut ea quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea quae primum a natura prodita sunt. —

4) l, 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43, 8 vgl. l. 13 § 7 D. inj. 47, 10.

5) bei persönlicher Verhinderung: interd. ut in flumine publico navigare liceat D. h. t. 43. 14 — quominus illi in via publica itinereve publico ire agere liceat l. 2 §. ult. D. ne quid in l. p. 43, 8; — bei Verhinderung durch Vorkehrungen: D. ne quid in loco p. vel it. fiat 43, 8 l. 2 pr. §. 20; D. de via p. et si quid in ea factum esse dicatur 43, 10; D. de fluminibus, ne quid in fl. publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur 43, 12 l. 1 pr. §. 19; D. ne quid in fl. p. fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aetate fluxit 43, 13 l. 1 pr. §. 11.

(prohibere, interdiciren) kann, hat man auch ein Recht auf Behauptung des Gebrauchs [6]). Das Jus, welches primär besteht, auf welchem der gemeine Gebrauch beruht, und zu dessen Wahrung theils die Administration eigener Magistrate [7]), theils die Interdicte der jurisdicirenden Magistrate dienen [8]), ist ein jus civitatis [9]), und, was immer sonst hinter diesem Ausdrucke verborgen sein mag, ausdrücklich kein Recht der Einzelnen [10]). Wir müssen hierorts noch dahingestellt sein lassen, ob unsere res publicae außer und etwa vor der gemeinen Nutzung noch eine andere rechtliche Bestimmung haben: ob sie „dem Gemeinwesen gehören und (überdies) zu öffentlichen Zwecken (gemeiner Nutzung) bestimmt sind", also zunächst im Eigenthume der Gemeinde und erst darüber hinaus zur Nutzung der Einzelnen bestimmt sind, und also das jus civitatis zwei Positionen hat [11]), oder ob das jus civitatis kraft dessen die Sache den Einzelnen zu statten kommt, in der Einen Bestimmung aufgeht, daß sie dem gemeinen Nutzen, und zwar in Gestalt unmittelbaren Gebrauches der Einzelnen dienen soll [12]): gewiß ist, daß diese letztere öffentliche, stiftungsartige Bestimmung besteht [13]). Hier wie bei anderen Stiftungen ist der „Destinatär", sind die Einzelnen Object, nicht Subject (S. 200). Administration und Interdicte der Magistrate haben

6) l. 2 §. 2 cit. (Anm. 4) — non quasi propria cujusque; et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. —

7) D. de via publica 43 10 l. 1 §. 2 §. 4 §. 5.

8) s. oben Anm. 5.

9) l. 1 D. popul. act. 47, 23. Eam popularem actionem dicimus, quae jus suum populi tuetur. —

10) Anm. 6 »— non quasi propria cujusque. —

11) z. B. Dernburg, Rechtsgutachten über d. Streit, bezügl. der Festungswerke bei d. Stadt Basel (Halle 1862) S. 9 fgg. Kappeler a. a. O. S. 4 fgg.

12) z. B. Eisele, a. a. O. S. 23 fgg.

13) l. 2 §. 21 eod. viae autem publicae solum publicum est, relictum . . . certis finibus latitudinis ab eo qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur — §. 5 eod. — quae (loca) publico usui destinata sunt. §. 2 J. inut. stip. 3, 19 — rem . . . publicam quae usibus populi perpetuis exposita sit — Windscheid, P. §. 140, 4. „Sachen welche durch menschliche Bestimmung dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind". — Arndts, P. §. 49, 3. Seuffert, Pd. §. 57, 3 „welche dem Gemeinwesen gehören und zu öffentlichen Zwecken bestimmt sind".

es hier also des näheren mit Aufrechthaltung einer Art öffentlichen Stiftung zu thun, und wenn überdies da wo die Gebrauchsverhinderung keine blos unmittelbar persönliche, sondern, in irgendwelchen Vorkehrungen bestehend von allgemeinerem Belange ist, die Interdicte popular sind [14], so möchte auch das noch vielmehr zur Wahrung des Rechtes der öffentlichen Stiftung erfunden, als aus einem subjectiven Rechte der Einzelnen (S. 284 Anm. 23) hervorgegangen sein.

Inmitten von Luft und Licht, die uns durch die Natur und ohne unser Zuthun zuströmen, — und der öffentlichen Wege und Plätze, die erst kraft Rechtens, durch einen publicistischen Act, für den gemeinen Gebrauch eröffnet und nicht ohne unser Zuthun nutzbar sind, stehen die öffentlichen Flüsse, Seen und das Meer, die einerseits nicht ohne unser Zuthun nutzbar, anderseits nicht erst durch einen publicistischen Act für den gemeinen Gebrauch hergerichtet, bestimmt oder eröffnet sind. Das Meer „steht von Natur aus Allen offen" [15]; nicht minder widerstreben öffentliche Flüsse und Seen der Theilung unter Einzelne; das Recht, das nationale oder internationale, hat den Gemeingebrauch an ihnen und dem Meere nur bestätigt [16], zuweilen eingeschränkt [17]; postulirt ist er von Natur aus. So mögen diese Nutzungen, weil frei, zum Unterschiede von den nothwendigen der Luft und des Lichtes, und weil in ihrem letzten Grunde auf keinem Gemeinderecht beruhend zum Unterschiede von denen der loca publica (jus civitatis), Befugnisse und Rechte der Einzelnen heißen [18]: in der That laufen doch auch diese Rechte auf bloßen Schutz der Person gegen Unbill und Gewalt hinaus [19].

14) l. 2 §. 2 cit. l. 2 §. 34 cf. §. 20 eod. (43, 8); l. 1 §. ult. D. de via publ. et itin. ref. 43, 11; l. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. 43, 13.

15) l. 13 pr. D. comm. praed. 8, 4.

16) s. oben §. 125 Anm. 12—14.

17) Hugo Grotius l. cit. lib. 2. cap. 3 §. 13. §. 14. §. 15.

18) s. das jus piscandi omnibus commune in §. 2 J. r. d. 2, 1.

19) l. 13 §. 7 D. inj. 47, 10. vgl. oben Anm. 4.

A. Das Personenvermögen.

A. Eigenthum und jura in re — Besitz und Quasibesitz.

§. 129.

Die Sachenrechte.

Das Eigenthum und die jura in re pflegt man als dingliche oder Sachen-Rechte[1]) zusammenzufassen. Dieses Prädikat steht damit, daß sie durch in rem actiones wider Dritte geltend gemacht werden (S. 248; §. 84) in Verbindung, geht aber in dieser Thatsache nicht auf. Denn während mit dem Namen in rem actio nur eine gewisse Anspruchslosigkeit und Unpersönlichkeit des Klagegrundes, also wesentlich etwas Negatives gemeint ist, will mit den „Sachenrechten" ausgedrückt werden, daß es sich hier um Rechte handelt, die an Sachen bestehen, und sie zum unmittelbaren Gegenstand oder Objekte haben[2]), was bei keinem der übrigen Rechte stattfindet.

Dieses wenngleich sichern, allein an und für sich nicht viel sagende Merkmal des Eigenthums und der jura in re wird bedeutsamer, wenn man bedenkt, daß in der Unmittelbarkeit der Berechtigung auch eine gewisse Unabhängigkeit gelegen ist, daß die Mittelbarkeit, in den Sachen das Object von Obligationen werden[3]), die Abhängigkeit von einer Person bedeutet, vermittelst deren der Gläubiger ein Recht erst „auf" die Sache hat, und ohne deren Zuthun, Leistung er zu keiner unmittelbaren Beziehung zur Sache oder zum Sachenrechte kommen soll. Stillschweigend ist also in der Dinglichkeit oder Sachlichkeit des Eigenthums und der jura in re mit der Umittelbarkeit und Unabhängigkeit auch eine gewisse Fertigkeit der Berechtigung oder die Thatsache ausgesprochen, daß man im Sachenrecht die Sachen, die unser Vermögen bilden sollen, bereits hat, während man sie, bei der anderen Form des Vermögens (den Forderungen) erst bekommen soll.

---

1) Savigny, Syst. Bd. 1. S. 338, S. 345, S. 369.
2) Savigny, S. 373. Böcking, Pand. d. röm. Privr.'s §. 133.
3) §. 2 J. reb. corp. et incorp. 1, 2 — et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia —

Von Dinglichkeit spricht man übrigens auch in Ansehung der der Familienrechte [4]), nicht als ob Sachen, deren Objecte seien, sondern weil die Personen, an denen diese Rechte bestehen, so unmittelbar das Object der Berechtigung sind, wie beim Eigenthum und den jura in re die Sache. Auch in rem actio kommt hier wie dort vor [5]). Ueberhaupt liegt der Beweis gemeinsamer Abstammung für die Sachen- und die Familienrechte viel offener zu Tage, als für die Sachen- und die Forderungsrechte, trotzdem sich nur diese letzteren zweie, um Sachen drehen und zusammen das Vermögen ausmachen.

Die Sachen woran die Sachenrechte bestehen, sind durchweg körperliche (res corporales); unkörperliche Sachen sind gewisse Sachenrechte selbst, nicht ihr Object [6]). Die Quellen sprechen zwar von einem Usufructus, auch an Forderungen [7]); allein erscheint ihnen schon der an den verzehrbaren Sachen nicht als der „eigentliche Usufructus" [8]), so verliert der an unkörperlichen Sachen seinen Charakter vollends, um mit einzigem Vorbehalt der Personalität — in den des Rechtes überzugehen, an dem er stattfindet [9]). — Puchta [10]) findet etwas Unkörperliches im Gegenstande des Eigenthumes beim Gedanken an gregis vindicatio, überhaupt daran, „daß in manchen Beziehungen eine Gesamtheit von Sachen als Eine Sache behandelt wird", indem es nicht nur körperliche Gesamtheiten gebe (universitates rerum cohaerentium), sondern auch unkörperliche (univers. rerum distantium) und eben an letzterer als an Einer Sache bis auf ein gewisses Eigenthum existire. Allein die (von ihren Bestandtheilen nir-

4) Thibaut, de genuina jur. pers. et. rer. indole, Kiel 1796; hierüber Vangerow, P. §. 113. Anm. 1.

5) oben §. 84. Anm. 3. z. B. l. 1 §. 2 D. r. v. 6, l. Vangerow a. a. O.

6) §. 2 J. de reb. corp. et inc. 2, 2 — sicut . . ususfructus, usus — vgl. oben §. 124. Anm. 29—36.

7) z. B. l. 3 D. usufr. earum rerum quae usu cons. vel min. 7, 5.

8) l. 2 §. 1 eod. quo Sc. non id effectum est, ut pecuniae usufr. proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed coepit . . . quasi usufructus haberi —

9) wie namentlich auch der gegen seine grundsätzliche Unmöglichkeit aufrecht erhaltene usufructus an Servituten in l. 1 D. usu et usfr. 33, 2.

10) Pand. §. 35. 1 und Vorll.

gends [11]) zu trennende) Gesamtheit selbständig gebliebener Sachen ist so wenig etwas Unsachliches oder Unkörperliches als die Gesamtheit der zu Theilen Einer Sache gewordenen Sachen; die „Erweiterung des Sachenbegriffes" findet in jenen „manchen Beziehungen" von der Einheit zur Vielheit, nicht vom Körperlichen zum Unkörperlichen statt; est gregis unum corpus ex distantibus corporibus, sagen die Quellen [12]); est gregis in corporale corpus sagen sie nicht.

Daß von den körperlichen Sachen manche und welche dem Vermögen überhaupt oder doch dem Personenvermögen unzugänglich (extra commercium) seien, ist bereits oben erörtert (§§. 125. 126); an solchen Sachen können wir selbstverständlich auch kein Eigenthum haben, weil sonst die Sache selbst in unserem Vermögen wäre (§. 124 Anm. 3; S. 471). Nicht so von vornherein läßt sich die Möglichkeit von bloßen jura in re an allen extra comm. befindlichen Sachen absprechen; denn damit, daß z. B. an einem öffentlichen Platze eine Servitut bestünde, wäre nicht der öffentliche Platz selbst in unserem Vermögen. Trifft es sich dagegen, daß die außer unserem Vermögen befindliche Sache zugleich außer allem und jedem Vermögen steht (§. 127), dann ist an ihr aus diesem Grunde ein jus in re (aliena) unmöglich; da gibt es nur gemeine Nutzungen (§. 128), oder wenn aus diesen ein Privatrecht werden soll, sofort Eigenthum, freilich bedingtes (§. 125. Anm. 16).

I. Eigenthum und Besitz.

§. 130.

Begriff des Eigenthums.

Eigenthum ist die rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person.

Hiebei versteht sich stillschweigend, daß die Sache selbst, nicht etwa blos einzelne Rechte an derselben wie bei den jura in re, mit der Person verbunden sind, — daß sie mit dieser unmittelbar, nicht etwa blos mittelst Haftung und Schuld einer dritten

11) vgl. oben S. 199. Z. 1.
12) §. 18 J. legat. 2, 20.

Person (obligatio dandi) zusammenhängt, — sowie, daß in dieser Verbindung die Person das Prinzipale, die Sache Accession oder Pertinenz ist [1]).

Diese unmittelbare, accessorische, ausschließliche, vor allem aber rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person scheint ursprünglich nur umschreibend durch rem ejus esse; ejus esse ex j. Q. [2]) — oder unter Verwendung der pars pro toto, indem die bloße Sache für das Eigenthum gesetzt wurde [3]) — bezeichnet worden zu sein. In ersterer Bezeichnung erscheint die Sache als Eigenschaft der Person; nach der zweiten als Verkörperung des sie selbst, ganz, und unmittelbar erfassenden und durchdringenden Eigenthums, so daß wo das Eigenthum zum Objecte (von Veräußerungen, Traditionen, Adjudicationen) wird, anstatt seiner seine Verkörperung stehen mag. Der Sprache folgend können wir darum das Eigenthum auch eine die Sache zur Eigenschaft der Person erhebende — oder eine den Naturkörper mit Rechtseigenschaft ausfüllende Verbindung der Sachen mit den Personen nennen. Die Bezeichnung habere theilt das Eigenthum mit dem Besitz (l. 38 §. 9 D. v. o. 45, 1).

In dieser Verbindung ist die Befugniß zum Gebrauche der Sache [4]) und die Macht zur Verfügung über dieselbe [5]) natürlich

1) l. 181 D. v. s. 50, 16 Verbum . . pertinere . . et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sunt — z. B. Gaj. I. 85 II. 72. 91. 92 Ulp. XIX. 18 l. 19 §. 5 D. aed. Ed. 21, 1 Emtori omnibusque ad quos ea res pertinet, judicium dabo — l. 18 §. 8 D. fund. dot. 23, 5 überhaupt Dirksen, Man. sub v. pertinere §. 5.

2) z. B. Gaj. 4, 16.

3) l. 38 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 — possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur — cf. l. 11 D. a. r. d. 41, 1 und die rerum traditiones in l. 30 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 entgegen den poss. tradd. in l. 9 pr. l. 21 §. 2 D. quod met. 4, 2; — l. 115 D. v. s. 50, 16 — possessio ergo usus, ager proprietas loci est — (cf. Festus v. s. V. 5) l. 16 §. 1 D. fam. herc. 10, 2 — si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, vgl. mit l. 6 §. 1 D. usufr. 7, 1 — si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum —

4) uti frui, abuti, consumere licere: arg. l. 5 pr. D. si usfr. pet. 7, 6 l. 5 §. 1 D. usfr. earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5.

5) alienandi potestas: pr. J. quib. alien. lic. 2, 8 — die (von Donellus comm. 9, 9 so genannte) diminuendi potestas: §. 3 J. serv. 2, 3 l. 1 l. 5 D. comm. praed. 8, 4; §. 1 J. usufr. 2, 4; — das concedendi jus in l. 163 D. r. j. 50, 17 das ebensowohl con-

begründet; denn näher zur Sache, als dessen sie ist, steht von Rechtswegen Niemand. Allein mehr als ein Naturale ist diese Folge nicht; ohne dazukommende Befugniß und Macht ist die Verbindung vielleicht nutzlos, mit nichten unmöglich oder undenkbar [6]). In der That gibt es Eigenthum ohne Gebrauchs- und Dispositionsbefugniß, oder, da man diese zwei Dinge mit dem Ausdrucke der Herrschaft über die Sache zu begreifen pflegt, Eigenthum ohne Herrschaft, und ist denn auch alles Bemühen das Eigenthum von der Herrschaft aus zu definiren [7]) vergeblich. Jene Verbindung und diese Herrschaft sind zwei verschiedene Dinge: das meum esse erstellend und also für das Eigenthum wesentlich ist nur das eine, die Verbindung, nicht die Herrschaft [8]). Längst hat Dr. Wirth hierauf verwiesen [9]); daß er keinen Anhang fand, ist kein Beweis gegen die Richtigkeit seiner Ansicht.

Eine Befugniß und eine Mächtigkeit gibt es allerdings, ohne die das Eigenthum nicht vorkommt: die Befugniß zum Besitz (jus possidendi [10])), und die Macht der Vindication [11]). Denn von den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes, dann von denen des antiquirten nudum jus Quiritium und der noch fort-

cedendi potestas heißen kann; die aus der Concession entspringende Licenz: s. z. B. l. 9 pr. D. loc. 19, 2; — obligandi potestas: l. 3 pr. D. pign. 20, 1 l. 3 §. 2 D. qui pot. 20, 4 l. 6 C. si aliena res pign. 8, 16.

6) vgl. einstweilen l. 25 pr. D. v. s. 50, 16. Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars sed servitutis sit — nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.

7) Uebersicht bei Böcking, Pandd. d. röm. Privr.'s §. 133 Anm. 15 Windscheid, P. §. 167 Anm. 3.

8) vgl. l. 25 pr. D. v. s. 50, 16 Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non dominii pars, sed servitus sit, ut via et iter; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Iulianus et est verius l. 41 §. 5 D. usurp. 41, 3 — [illegible] pignoris, quae nulla societate dominio conjungitur.

9) Beiträge zur Systematik des röm. Civilr.'s, von Dr. Carl Wirth, Docenten a. d. Univ. Erlangen, 1856, §§. 19—28 — unter anderem S. 31: „das Wesen des Eigenthums besteht im rechtlichen Pertinenzverhältniß der Sache, nicht in einzelnen Befugnissen, auch nicht in der Herrschaft über die Sache —" und S. 37: „das Eigenthum . . ist wesentlich rechtliches Pertinenzverhältniß . . folgeweise erst Herrschaft."

10) vgl. Savigny, Recht d. Bes. 7. Aufl. §. 1. S. 27. Anm. 1.

11) »jus vindicandi« z. B. l. 49 §. 1 D. r. v. (6, 1); »vindicandi potestas« z. B. l. 215 in fin. D. v. s. 50, 16.

beſtehenden exceptio rei venditae et traditae abgeſehen, gibt es kein Ereigniß, wodurch der Eigenthümer von Rechtswegen den Anſpruch auf den Beſitz und das Recht zur Vindication der Sache verlöre. Daß Commodatare und Uſufructuare, contractlich und dinglich Berechtigte, ja Manche ſelbſt ohne klagbares Recht die Sache retiniren, und der Vindication exceptionsweiſe begegnen können [12]), enthält keine Negation des Beſitz- und Vindicationsrechtes (vindicare rem meam esse), ſondern nur die Behauptung eines mit fremdem Beſitz vereinbarten Detentionsrechtes; oder die exceptio geht nur gegen den Mißbrauch des Vindicationsrechts, inſoferne der Beklagte nicht den Beſitz oder die Sache ſelbſt, ſondern nur eine ihm wirklich zuſtehende Befugniß an derſelben in Anſpruch nimmt. Der abgeleitete Beſitz iſt in Wahrheit ein anvertrauter, den der Empfänger für den Tradenten, dieſer durch jenen hat, und quoad usucapionem wenigſtens in Einem dieſer Fälle fortbehält [13]); der gegen den Eigenthümer geſchützte bonae fidei posessor aber iſt auch nach Aufhebung des duplex dominium immer noch eine Art bonitariſchen Eigenthümers, bei dem als demmateriell Berechtigten Beſitzes- und Vindicationsrecht effectiv iſt, während es bei dem nominellen Eigenthümer effectiv nicht iſt.

Müſſen wir demnach das Beſitzes- und Vindicationsrecht als weſentliche Beſtandtheile des Eigenthums denken, ſo liegt darin kein Widerſpruch: weder dagegen, daß das Gebrauchs- und Verfügungsrecht nicht zum Weſen des Eigenthums gehöre — denn das Beſitzes- und Vindicationsrecht iſt kein Gebrauchs- und kein Verfügungsrecht (§. 66); noch dagegen, daß das Weſen des Eigenthums blos in einer rechtlichen Verbindung der Sache mit der Perſon beſtehe — denn das Vindicationsrecht, folgerecht auch das Beſitzesrecht iſt nicht etwas anderes, ſondern eins und dasſelbe mit jener rechtlichen Verbindung [14]); eine Sache, die ich vindiciren kann, iſt eben dadurch mit mir verbunden, wo immer und bei wem immer ſie ſei; eine Sache, die rechtlich mit mir ver-

12) z. B. l. 1 §. 4 D. superf. 43, 18 l. 9 D. rei vind. 6, 1; l. 27 §. 5 D. eod.

13) l. 1 §. 15 l. 36 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 16 D. usurp. 41, 3.

14) Meum est . . . cujus vindicandi jus habeo l. 49 §. 1 D. r. v. 6, 1. ſ. oben §. 92. S. 313.

bunden ist, darf gegen meinen Willen nicht factisch (besitzesweise) mit einem Anderen verbunden bleiben, weil sie sonst nicht nur factisch, sondern zugleich rechtlich mit ihm verbunden wäre. Man kann die rechtliche Verbindung ohne die factische, das Meinsein ohne Besitz, aber wenn und wo es ohne den Besitz besteht, nicht ohne das Recht auf den Besitz denken. Entgegen dem vorpublicianischen Rechtszustande, bei welchem man manche Sachen, wie z. B. die auf (quiritisch) eigenem Grundstücke erworbene Frucht zwar naturali ratione sofort sein eigen nennen, im Falle Besitzverlustes je nach Umständen interdiciren und etwa condiciren, hingegen noch nicht vindiciren, d. i. nicht mehr sein nennen und als solches ansprechen konnte, das meum esse also mit dem Besitze dahin und anders nicht als in und mit dem Besitze war, — gibt es nachher kein Eigen mehr, dessen Fortbestand von dem des Besitzes nicht unabhängig wäre. Selbst das am Wilde geht erst durch Freiwerdung unter. Aber nur unabhängig vom Besitz, nicht außer Bezug auf diesen sollte irgend ein Eigenthum gestellt sein; vielmehr ist es vom Besitze nur abgelöst [15]), um seiner desto sicherer und an sich dauerhafter zu sein; das Eigenthum, das Besitz selbst ist, geht mit diesem verloren; das Eigenthum, das nur Besitzes-Recht ist, geht mit dem Besitze nicht verloren und trägt die stete Möglichkeit der Vereinigung mit ihm in sich. Das Eigenthum hat an Realität gewonnen, indem man es aus dem Besitze ausschied und von ihm unabhängig machte; es würde nicht blos alle Realität, sondern die Denkbarkeit selbst verloren haben, wenn man sie völlig entzweit, durch kein Besitzes-Recht in Verbindung gehalten, vielmehr die Vereinigung beider lediglich dem Zufall überlassen hätte.

Abgesehen (aber) von den inneren, in der Rechtsbildung mehr oder minder bewußt wirkenden historischen und dogmatischen Gründen ist das Vindications- und Besitzesrecht eine practische Nothwendigkeit für das Eigenthum; denn ohne dasselbe wäre letzteres der Ersitzung Dritter wehrlos preisgegeben. Auch darf man nicht denken, daß dem Eigenthum die durch das Besitzes- und Vindicationsrecht erhaltene Realität durch etwaige Entäußerung der

15) »separata« l. 1 §. 2 D. uti poss. 43, 17.

Gebrauchsbefugniß ja doch wieder verloren gehe. Denn entweder bleibt es von Werth wegen der Nothwendigkeit ſeinerzeitigen Heimfalles des Gebrauchsrechtes [16]), oder aber es wird ihm, woferne der Heimfall nur möglich iſt, in Zinſen (canon, solarium, pensio), Laudemien allenfalls auch Grundherrſchaft u. ſ. f. Erſatz für den entgehenden Gebrauchswerth. —

Eigenthum iſt die rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Perſon; Eine Sache, Ein Eigenthum. Hievon gibt es keine Ausnahme; daß mehrere Sachen bis auf ein gewiſſes als Eine Sache behandelt werden [17]), iſt eine Modification des Einheitsbegriffes, keine Ausnahme von jenem Axiom. Als Eine Sache gilt ſonſt nur, was 1) durch organiſche, oder durch mechaniſche, oder durch rechtliche Theilung aus einem bisherigen Ganzen heraus gewiſſermaſſen vereinſamt [18]) oder was 2) umgekehrt durch Verbindung und zwar körperliche Verbindung bisher ſelbſtſtändiger Ganzen vereiniget iſt [19]); Verbindungen oder Vereinigungen, welche den verbundenen Stücken körperliche Selbſtſtändigkeit übrig laſſen [20]) (ſ. g. universitas corporum distantium) gelten ſonſt nicht mehr als Eine Sache; innerhalb ihrer hat jedes Einzelne, jede Sache ihren eigenen Beſitzer, Uſucapienten, Eigenthümer, kurz ihr eigenes rechtliches Schickſal [21]); nichts deſtoweniger gibt es eine Vindication des Ganzen in Einem; und inſoweit auch Ein Eigenthum am Ganzen als Einheit.

---

16) l. 3 §. 2 D. usufr. 7, 1.

17) §. 129. Anm. 10–12.

18) l. 30 pr. D. usurp. 41, 3; — quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον i. e. unitum vocatur, ut homo, tignum lapis, et similia — l. 4 pr. D. comm. 10, 3: Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio — bedeute überhaupt adjudicatio, divisio cum und sine judice (l. 36 D. fam. herc. 10, 2) — Aſſignation von Landlooſen — Grenze und Grenzſcheidung —

19) l. 30 pr. cit.: Alterum, quod ex contingentibus, h. e. pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον i. e. connexum vocatur, ut aedificium, navis, armarium — (ſ. g. universitas rerum cohaerentium).

20) l. 30 pr. cit. tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni homini subjecta, veluti populus, legio, grex —

21) l. cit. — singulorum corporum sicuti possessio est usucapio . . . non item tamen universi gregis ulla est usucapio . . . sed singulae (oves) suam causam habebunt —

§. 131.

Miteigenthum.

Eigenthum ist die rechtliche Verbindung Einer Sache nicht nothwendig mit Einer, sondern möglicherweise mit mehreren Personen. Ist wirklich Eine und dieselbe Sache, nicht etwa von mehreren aus Einer Sache körperlich abgetheilten Sachen je eine, mit Mehreren verbunden, so liegt, weil Eine Sache Ein Eigenthum, nicht eine Mehrzahl von Dominien, sondern Ein Eigenthum Mehrerer, und in eben dieser Thatsache eine Eigenthumsgemeinschaft (condominium, res communis) vor. Die Gemeinschaft hat hier eine Solidarität im Gefolge, nicht als ob von den Mehreren jeder die Sache ganz und für sich allein hätte [1]), sondern so, daß sie dieselbe zusammen und zwar bis auf ein gewisses überall und nothwendig ungetheilt zusammen haben; denn die Gebrauchs- und Nutzungshandlungen, an sich untheilbar, können jedem nur ganz, der Gemeinschaft halber jedoch keinem ohne den anderen zustehen [2]). Mögen hierin die Genossen sich nachher räumlich, zeitlich abschichten: aus dem Miteigenthume selbst sind sie gemeinschaftlich-solidarisch, getrennt erst auf dem Grunde zufälligen Abkommens berechtigt. Auch in Betreff der Realservituten, ihrer Stipulirung und Constituirung, ihrer Geltendmachung und Aufgebung, zum Theil auch ihrer Erhaltung werden wir das Miteigenthum in seiner Solidarität kennen lernen. Ist in dem auf dem Gebiete des deutschen Rechtes gangbaren „Gesamteigenthum" trotz aller sonstigen Verschiedenheit der Auffassungen [3]) doch der Gedanke der Ungetheiltheit oder Solidarität durchschlagend, so steckt etwas Gesamteigenthümliches selbst im römischen condominium [4]). Wesenhafter als der im römischen Rechte entwickelte Theil ist für das Miteigenthum überhaupt die Gemeinschaft, mag man

1) l. 5 §. 15 D. commod. 13, 6 — duorum . . . in solidum dominium vel possessionem esse non posse —

2) l. 28 D. comm. div. 10, 3 Sabinus: in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse; unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat —

3) vgl. Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, 1864. S. 81. Windscheid, P. §. 169. a. Anm. 8.

4) s. dagegen Baron a. a. O. §. 6.

sie nun sprachlich, historisch, oder dogmatisch betrachten. Ohne Gemeinschaft kein Miteigenthum, dagegen Miteigenthum wohl ohne Theil. Im deutschen Rechte, wo wir die Eigenthumsgemeinschaft noch greifbar als den Ausfluß weiterer und höherer Gemeinschaften vor uns haben, wo Markgenossenschaften, Ehebündniß, Gesamtbelehnung nicht nur Güter-Gemeinschaft von Geschlecht auf Geschlecht, sondern auch die zur Verwaltung und Nutzung nöthige Ordnung, Loosung, Vertretung, Vorhand mit sich führten, kommt Miteigenthum offen ohne Theile vor; vor der höheren Ordnung ist der Theil entbehrlich. In unseren Quellen tritt theilloſe Gemeinschaft weniger zu Tage; aber der ager colonorum war doch wohl eine gemeine Mark[5]), und die Sachen und Rechte, welche vom Hausvater und den Seinigen erworben wurden, eine Gütergemeinschaft ohne Theile, mit der in Alleineigenthum ausgeprägten Vorhand des Vaters. Erst wo das Miteigenthum für sich, ohne Ueberordnung einer höheren Gemeinschaft, als Selbstzweck (ex societate), oder in unwillkürlicher Folge gemeinsamen Erbganges oder Vermächtnisses (s. g. communio incidens) platzgreift, werden partes, natürlich certae partes, im condominium so nothwendig, als im coheredium und in der societas[6]): als ein Ersatz nicht nur für die sonst fehlende Ordnung, sondern zugleich zur Mobilisirung der im Miteigenthume gebundenen Werthe.

Diese partes können keine körperlichen Theile der Sache (pro diviso) sein[7]), sind überhaupt nichts körperlich faßbares[8]), insofern „ideelle", „intellectuelle" (nicht unreelle) Theile, Theile die eine Getheiltheit bei ungetheilter Sache mit sich führen (par-

5) Rudorff, grom. Inst. S. 396.

6) l. 5 §. 15 cit. — nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere — l. 26 D. a. v. a. p. — certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi, nec capi potest cf. l. 32 §. 2 D. usurp. 41, 3 — incertam partem nemo possidere potest —

7) l. 5 §. 15 cit. — nec quemquam partis corporis dominum esse —

8) l. 5 pr. D. stip. 45, 3 — ut intellectu magis partes habeant, quam corpore — l. 66 §. 2 D. leg. II. — plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.

tes pro indiviso)[9], und näher besehen keine Theile der Sache sind oder sein können; denn gerade „gedacht" können sie daran nicht werden[10]; u. E. überhaupt keine Theile, weder der Sache, noch des Rechts oder Rechtsinhaltes[11], noch des Werthes[12]; wohl aber Theile, nach denen sich die Partner im Gebrauch und Fruchtbezug, in Auslagen und Einnahmen richten, und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich theilen oder sonst auseinandersetzen sollen[13], die somit in Wahrheit, obwohl partes rei geheißen[14], keinen Theil der Sache, wohl aber den Antheil bedeuten, den jeder an der Sache hat[15], indem ihm nach Maßgabe desselben alles was die Sache bietet und fordert, schließlich etwa sogar ein leibliches Stück von ihr zutheil werden muß. Nicht ein Theil von diesem oder jenem, sondern eine Betheiligung an allem was die Sache ist und mit sich führt, ist in der pars rei ausgedrückt[16]. Dieser Antheil ist denn auch der Theil, zu welchem die Sache für den Betheiligten frei veräußerlich[17], verpfändbar[18], verleihbar[19], vindicirbar[20] geworden ist, vermittelst dessen also bei fortwährender Ungetheiltheit der Sache von den Miteigenthümern Jeder selbständig und für sich verfügen[21] und aus der Gemeinschaft ausscheiden, die

9) l. 5 §. 15 cit. — Sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere — l. 5 pr. cit. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis —

10) s. dagegen Wächter, Arch. f. civ. Pr. Bd. 27 S. 166 Unger, östr. Privr. Bd. 1 S. 416.

11) vgl. hierüber Windscheid, P. §. 140 Anm. 4 §. 169 a. Anm. 5.

12) s. dagegen Windscheid, §. 140. Abs. 2 §. 169 a. Anm. 6. Ueberhaupt Arndts, P. §. 133. Anm. Eck, doppelseitige Klagen S. 96. Randa, Besitz §. 17.

13) z. B. l. 4 §. 3 §. 4 l. 6 pr. sqq. D. comm. div. 10, 3 §. 5 J. off. jud. 4, 15.

14) z. B. pars fundi quae Maevii est — l. 66 §. 1 D. leg. II.

15) vgl. Seuffert, P. §. 56. Anm. 1. Windscheid, a. a. O. Randa, S. 156. S. 167.

16) quidquid mei juris in eo fundo est (l. 26 D. a. v. a. p. 41, 2), wo nur die Unbestimmtheit (quidquid) fehlerhaft ist.

17) l. 3 C. de communium rer. alien. 4, 52.

18) l. 6 § 9 cf. §. 8 D. comm. div. 10, 3.

19) si partis fundi usufructus constituatur (l. 5 §. 2 D. si usfr. pet. 7, 6); l. 19 D. usu et hab. 7, 8. Usus pars legari non potest (wohl aber partis usus).

20) l. 8 l. 35 §. 3 l. 76 pr. §. 1 D. r. v. 6, 1.

21) l. 1 l. 2 l. 4 l. 5 C. de communium rerum alien. (4, 52).

Sache selbst aber ohne reelle Theilung zu bloßen Theilen ihres Werthes in Verkehr gesetzt werden kann [22]).

§. 132.

Eigenthumsbeschränkung.

Von Beschränkung des Eigenthums kann nur die Rede sein, wo das Eigenthum, nicht auch wo blos die Person des Eigenthümers eine Beschränkung erfährt. Die oratio D. Severi de rebus minorum non alienandis (D. 27, 9 C. 5, 71) beschränkt blos die Vollmacht der Vormundschaft, nicht das Eigenthum als solches. Obligirungen des Eigenthümers sind noch keine des Eigenthums, wenn sie gleich die Gestattung des Gebrauchs und der Nutzungen der Sache an Dritte nach sich ziehen, Beschränkungen etwa des Eigenthümers, aber nicht des Eigenthums [1]), für den Käufer also, wie für jeden der nur in das Eigenthum, nicht in jene Obligation succedirt, nicht vorhanden [2]), für denjenigen aber der in das Eigenthum und in die Obligation succedirt, oder sich neu obligirt, nur obligatorisch vorhanden [3]). Denkbar ist, daß eine Obligation des Eigenthümers mit einer Beschränkung des Eigenthums concurrire [4]); allein der Inhalt der Obligation und der Eigenthumsbeschränkung werden dann überall verschieden sein. Gemeiniglich aber werden sich Obligation und Eigenthumsbeschränkung ausschließen. Trifft es sich, daß der Beschränkung dort eine Berechtigung hier gegenüber steht, so scheint uns diese mit der Beschränkung zusammenfallende Berechtigung nirgends ein Forderungsrecht oder obligatio zu sein [5]). Die durch Interdict geschützte Berechtigung zum Eintritt in fremdes Gehege (s. unten §. 133 I. 2. 3. §. 134 Anm. 1.) ist kein Forderungsrecht [6]); das

22) vgl. l. 3 C. eod. Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso antequam communi div. judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

1) z. B. l. 9 pr. §. 1 l. 15 §. 1 §. 2 l. 24 §. 4 l. 33 D. loc. 19, 2.

2) „Kauf bricht Miethe": l. 25 §. 1 D. loc. 19, 2 l. 9 C. eod. 4, 65.

3) l. 9 cit. l. 16 D. lib. leg. 34, 3.

4) z. B. l. 9 §. 1 D. ad exh. 10, 4 cf. l. 1 pr. D. de glande leg. 10, 4.

5) wogegen Windscheid, P. §. 169 Anm. 1. 9. 21.

6) s. dagegen Windscheid a. a. O.

in der aquae pluviae arcendae actio enthaltene Zwangsrecht ist (wenn sie je Eigenthumsbeschränkung sein sollte), obwohl in personam concipirt, gleichwohl nichts obligatorisches [7]), so wenig als der Cautionszwang oder das Immissionsrecht in Ermänglung der damni infecti cautio und die Zwangsabtretung des Nothweges und unserer heutigen Zwangsveräußerung (§. 134).

Ferner ist von Eigenthumsbeschränkung nur da zu reden, wo ein Eigenthum an dem ihm generell zukommenden Inhalt einen Abbruch erleidet. Ein Gebrauch der Sache, welcher zugleich als unerlaubter Eingriff in fremde Personen und Sachen erscheint, ist von dem Inhalte des Eigenthums vornherein, generell, ausgeschlossen, seine Versagung keine Eigenthumsbeschränkung [8]). Daß ich mit meinem Messer Niemand tödten darf, ist keine Eigenthumsbeschränkung. Mit dem Satze neminem laedit qui suo jure utitur, kann man nicht sagen wollen, daß jedweder Gebrauch der eigenen Sache erlaubt sei, sondern nur, daß der innerhalb meines Rechtes erfolgende Gebrauch meiner Sache darum nicht aufhöre, erlaubt zu sein, weil ein anderer darunter leidet, oder daß nicht jedwede Beeinträchtigung fremder Personen und Sachen den Gebrauch unerlaubt mache. Auf eigenem Boden zu graben ist erlaubt, trotzdem darüber des Nachbars Quelle versiegt [9]); eine des Nachbarn Mauer anfressende Anlage meiner Dunggrube ist unerlaubt [10]); — die Verdunklung der Nachbarhäuser durch Neubau ist an sich erlaubt [11]), wogegen die Zustauung der Gewässer (flumina, stillicidia) vornherein unerlaubt ist [12]), aquae pluviae arcendae actio also keine nachträgliche Beschränkung des Eigenthums, sondern nur eine eigenthümlich bedingte und gestaltete Abwehr seines von Haus aus unerlaubten Gebrauchs [13]) ist; — eine stärkere,

7) arg. l. 6 §. 4 D. a. p. a. a. 39, 3: — eaque (actio) ad eum transibit, cujus ager esse coepit. Dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 11.

8) vgl. Bekker, die gesetzl. Eigenthumsbeschränkungen des röm. R.'s, Jahrb. d. gem. d. R.'s Bd. 5. S. 150 fgg.

9) l. 1 §. 12 cf. l. 2 §. 9 D. a. pl. a. 39, 3.

10) l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5 cf. l. 19 pr. D. s. p. u. 8, 2.

11) l. 10 D. s. p. u. 8, 2 Einschränkung l. 11 eod., unten §. 133 Nro. 8.

12) l. 1 §. 17 D. a. pl. a. 39, 3.

13) trotz l. 6 §. 6 eod. — quod si ante l. c. damnum contigit . . non sarciet —; arg. l. 1 §. 17 cit. l. 2 pr. eod. cf. l. 11 D. s.

über den gemeinen Hausgebrauch hinausgehende Belästigung des Nachbars durch Rauch ist unerlaubt [14]), und desgleichen wird es sich mit der Verpestung der Luft verhalten [15]). So wird von Fall zu Fall entschieden, was generell erlaubt oder unerlaubt sei, ein leitender Gedanke nicht ausgesprochen; außerdem aber, daß jeder Gebrauch, der zum Delicte wird, unerlaubt sein muß [16]), scheint theils die Unmittelbarkeit, theils die Stärke, theils die Ungewöhnlichkeit des Eingriffs zur Unerlaubtheit geführt zu haben. Wo immer nun aber diese Unerlaubtheit anfängt, hört das Eigenthumsrecht selbst und generell auf; man könnte von Eigenthumsbeschränkung ihrethalben nur reden, insoferne man die Definitionen der Rechte Rechtsbeschränkungen nennte. Erst wo der Eigenthumsgebrauch, trotzdem er Anderen schadet, an sich erlaubt ist, kann Eigenthumsbeschränkung platzgreifen; desgleichen umgekehrt eine Beschränkung des leidenden Eigenthums zu Gunsten des an sich unerlaubten Gebrauches auf der anderen Seite (Anm. 9. 10). — Erleidet dagegen ein Eigenthum einmal Abbruch im Vergleiche zu dem sonstigen Eigenthumsinhalte, so dürfte gleichmäßig von Eigenthumsbeschränkung zu reden sein, gleichviel was der Grund und die Quelle derselben sei, ob ihr das Recht eines Dritten correspondirt oder nicht, und ob dieses Recht Principale oder Folge [17]) sei.

Beschränkt werden kann das Eigenthum nur in seinem naturalen Inhalt (S. 471 unten); also nicht in dem ejus esse und dem davon untrennbaren Besitz- und Vindicationsrecht, sondern nur in der Gebrauchsbefugniß, in deren Ausschließlichkeit und Freiheit, sowie in der Verfügungs-Macht und Freiheit. Erstreckt man die Eigenthumsbeschränkungen auf das Vindicationsrecht, z. B. in Gestalt des Satzes, „daß der Eigenthümer das auf fremdem Grunde eingebaute Material nicht vindiciren darf", so wird verkannt, daß hier — und zwar nicht erst durch die XII. T. — einstweilen

p. u. 8, 2. Vgl. Bekker, S. 176 §. 6, insb. S. 178 fg.; zweifelnd Windscheid a. a. O. Anm. 11.

14) arg. l. 8 §. 5—7 D. si serv. 8, 5. vgl. Seuffert, P. §. 126. Anm. 6.

15) arg. l. 2 §. 29 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

16) vgl. auch l. 1 §. 12 D. a. p. a. 39, 3 — si non animo vicino nocendi —

17) wogegen Windscheid, a. a. O. Anm. 2.

nicht blos die Vindication, sondern das Eigenthum selbst ceſſirt [18]); nur daß das Eigenthum nicht ſchlechthin verloren ſei, kann Gajus [19]) ſagen wollen. Erſtreckt man dieſelben auf das Prohibitionsrecht, eine Eigenthumsbeſchränkung darin erblickend, daß etwa dem Nachbarn ein gewiſſer Eingriff in unſere Sache nicht gewehrt werden darf [20]), ſo muß bemerkt werden, daß das hier in Rede ſtehende Prohibitionsrecht ein bloßer Beſtandtheil des Gebrauchsrechtes, Realiſirung nämlich der ausſchließlichen Gebrauchsbefugniß [21]), mit dieſer ein bloßes Naturale, und alſo wohl beſchränkbar iſt; das im Vindicationsrechte dagegen mitenthaltene Prohibitionsrecht der Beſitzesvertheidigung iſt gleich jenem ein Eſſentiale des Eigenthums und unbeſchränkbar.

Die Quelle der Eigenthumsbeſchränkungen iſt theils Autonomie, indem dem Eigenthümer die dem ejus esse natürlicherweiſe entſpringende Verfügungsmacht namentlich auch zur Einſchränkung des Eigenthums, als eine diminuendi potestas, gewährt iſt [22]) — theils unmittelbar Recht, Geſetz oder Gewohnheit. Erſterenfalls liegt in der Eigenthumsbeſchränkung eine Selbſtbeſchränkung, die zu Gunſten beſtimmter dritter Perſonen oder Sachen erfolgt, und auf deren Seite als eigenes Recht, überdies, weil nicht bloß dieſe Perſon beſchränkt iſt, überall als dingliches Recht erſcheint (jura in re — ſ. unten 2) [23]). Letzterenfalls ſpricht man von geſetzlichen Eigenthumsbeſchränkungen. Auch ſie erfolgen weithin zu Gunſten beſtimmter dritter Perſonen oder Sachen, nur daß dieſe, der Natur des Geſetzes entſprechend, gattungsweiſe beſtimmt ſind. Inſoweit ſie nach den Umſtänden, worunter ſie platzgreifen und nach der Art wie ſie hier einſchränken, dort berechtigen, den (aus Selbſtbeſchränkung entſpringenden) Servituten gleichen, mögen ſie „Legalſervituten" heißen; daß nun aber umgekehrt dieſe Legalſervituten, weil nur unter gewiſſen Umſtänden oder Vorausſetzungen

18) l. 23 §. 6 D. r. v. 6, 1 l. 59 D. a. r. d. 41, 1.

19) — quia omne quod aedificatur, solo cedit. l. 7 §. 10 D. a. r. d. 41, 1 cf. §. 29 J. r. d. 2, 1 — ſ. dagegen Bekker, S. 159, anders Böcking, §. 140. S. 47, 5. Windſcheid a. a. O. Nro. 12.

20) z. B. interdd. de arboribus caedendis, de glande legenda D. 43, 27, 28. Perſonal- u. reale Gebrauchsſervituten —

21) S. 312, Alin. 1.

22) §. 130. Anm. 5.

23) Arndts P. §. 131.

platzgreifend, keine gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen mehr sein oder heißen sollen [24]), leuchtet nicht ein; gesetzliche Beschränkungen, die das Eigenthum „an sich", ohne weitere Voraussetzung oder Unterscheidung träfe, gibt es überhaupt nicht [25]). — Recht und Berechtigung entspricht auch der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung weithin; allein mitunter ist hier nurmehr die Obrigkeit berechtigt [26]), häufig ein Interdict, selten actio, denkbarerweise jedoch in rem actio gewährt; ohne Recht und Berechtigung auf dritter Seite wird das Eigenthum durch leges perfectae, z. B. perfecte Veräußerungsverbote beschränkt. Ob da, wo der Eigenthumsbeschränkung Rechte Dritter entsprechen, die Beschränkung oder das Recht „das Principale" bildet, wird nicht selten schwer zu bestimmen (z. B. actus, circumactus aratri, interdictum de glande legenda etc.), und selbst da, wo wir darüber sicher sein sollten, zur Einschränkung der „gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen" nicht ausreichend sein [27]).

Was endlich noch den Grund der Eigenthumsbeschränkungen anlangt, so beruhen von den gesetzlichen diejenigen, welche das Grundeigenthum betreffen, großentheils entweder geradezu in einem Ueberreste alten Gesamteigenthums, oder doch in einer Reaction gegen die Theilung desselben (s. g. Nachbarrechte); auch der s. g. usus fructus legalis, der sich von der servitus usus fructus in wesentlichen Punkten unterscheidet, und also keine „gesetzliche Servitut" zu nennen sein dürfte, wird sich als Ueberrest einer Art Gesamteigenthums, vielmehr Gesamtvermögens, oder als Product einer gesetzlichen Theilung zwischen Vater und Kind darstellen. Andere gesetzliche Beschränkungen sind gemeindlichen Interessen neueren Datums (der salus publica — Wohlfartspolizei) entsprungen. Die autonomen Eigenthumsbeschränkungen aber haben, weil aus Selbstbeschränkung hervorgegangen, sämtlich die

24) Bekker, Jahrb. d. gem. d. R. Bd. V. S. 154 oben S. 190 unten: „erst durch die Thatsache daß daneben ein Haus entstanden" — wornach auch Roth, bayr. Civilr. §. 121. Anm. 11 „Beschränkungen welche einem Grundstück nicht an sich, sondern nur in Berücksichtigung der besonderen Beschaffenheit eines anderen Grundstücks auferlegt sind".

25) vgl. Windscheid, P. §. 169. Anm. 2 a. E. Arndts a. a. O.

26) z. B. Expropriationsgesetze §. 134. Anm. 7; ferner das. Anm. 19.

27) s. dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 2 a. A.

natürliche Verfügungs-Freiheit des Eigenthums zur Grundlage, aus Freiheit kommt es zur Dienstbarkeit (servitus), „Bindung" der Sache (rei obligatio), überhaupt zum „Recht an fremder Sache". Das s. g. gesetzliche Pfandrecht ist auf freien Willen (tacita conventio) gestützt. Endlich entspringen jura in re wohl auch ohne Zuthun des Eigenthümers, aus Ersitzung; allein nicht wenn er nicht will, kann man sagen [28]); insofern entspringen auch sie nicht ohne den Willen des Eigenthümers.

§. 133.

Die s. g. Nachbarrechte.

Der Ausdruck „Eigenthumsbeschränkung" führt leicht zu der Vorstellung, als ob überall ein zuvor fertiges und vollkommenes Eigenthum erst nachträglich eingeschränkt worden sei, während wohl denkbar ist, daß es bei seiner ersten Schöpfung hinter der möglichen Vollkommenheit zurückblieb, und wo wir von Eigenthumsbeschränkung reden, mitunter eine Unvollständigkeit der Entwicklung oder ein Entwicklungsrückstand vorliegen kann. Namentlich mochte bei der Vertheilung des Gemeinlandes nicht überall vollständige Privatisirung der Lose angestrebt, vielmehr eine gewisse Gemeinschaftlichkeit unter denselben noch vorbehalten sein. Unzweifelhaft ist unser „Flurzwang" („Feldgemeinschaft") ein solcher Ueberrest alten Gesamteigenthums [1]); aber auch von den s. g. Nachbarrechten des römischen Rechtes können manche ebensowohl auf Vorbehalte in den leges agrorum, bei deren erster Theilung, als auf nachträgliche Abstumpfung der allzu schneidig ausgefallenen Privatisirung zurückgehen.

Auf solch einem ursprünglichen Vorbehalt oder nachträglichen Einspruch

I. gegen die der Theilung von Grund und Boden folgende

28) l. 28 D. v. s. 50, 16: — patitur usucapi —; ferner das remedium protestationis oben §. 119. Anm. 55, 56; — Erstreckung der »alienatio« auf usucapio: l. 28 D. v. s. 50, 16; — das Motiv der usucapio: Gaj. II, 44 und das der longi f. possessio oben §. 114. Anm. 18.

1) Löw, Markgenossenschaft 1829. S. 149. 151. 173 fg. L. v. Maurer, Einleitung zur Gesch. der Mark- ꝛc. Verf. S. 9—12 Thudichum, Gau- u. Markverf. S. 183 fg.

Ausſchließlichkeit des Gebrauchsrechtes beruht die dem Eigenthümer obliegende Duldung

1. des actus et circumactus aratri [2]) — mit dem quinquepedium des Grenzrains [3]) und der ehemaligen Unverjährbarkeit der controversia de fini zuſammenhängend, und inſoweit, aber auch nur inſoweit von unſeren Quellen berührt [4]), dagegen in deutſchen Rechten als „Anwende", „Tretrecht", „Pflugrecht" erſcheinend [5]); —

2. der Fällung und Wegnahme von auf Häuſer [6]), und das der Kappung von auf Fluren und Aecker [7]) überhangenden Bäumen, dieſer wie jener nicht etwa blos am Ueberhang, den der Nachbar ſchon in Conſequenz des eigenen Eigenthums negiren kann [8]); —

3. der Obſtleſe am „anderen Tage" [9]);

4. der Wandausbauchung bis auf ½ Fuß [10]); mäßiger (nicht aus Fabriken u. dgl. ſtammender) Rauch und vorübergehende Feuchtigkeit aus den Gebäuden und Anlagen des Nachbars ſcheinen gar nicht mehr als Eingriff in fremdes Eigenthum gefaßt, darum

---

2) von Rudorff aufgeklärt (Zeitſchr. f. geſch. R. W. Bd. 10 Nro. 7 grom. Inſt. S. 433) vgl. Böcking §. 140 Not. 35.

3) quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri. (Agrim. ed. Lachm. 126, 3.)

4) l. 5 l. 6 C. fin. reg. 3, 39 cf. c. 4. c. 5 C. Theod. fin. reg. 2, 26.

5) Züricher, Geſetzb. §. 577. Roth, bayr. Civilr. §. 128 Anm. 8.

6) l. 1 pr. D. arb. caed. 43, 27 — Si per te stat, quominus eam adimas, tunc quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto. §§. 1–6 eod.

7) l. 1 §. 7 eod. — Si per te stat quominus pedes 15 a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto §§. 8. 9. Ehemalige Controverſe über Anlegung des Maßſtabes: Hugo, RG. 11. Aufl. S. 204. Not. 2: vom 16. Fuß an — dagegen Dirkſen, Zeitſch. f. g. R. W. Bd. 2. S. 424. Vang. §. 297. Anm. 4.

8) arg. l. 2 D. h. t. Windſcheid, P. §. 169. Anm. 10.

9) l. 1 pr. D. de glande legenda 43, 28: — quominus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto — l. 9 §. 1 in fin. D. ad exh. 10, 4: — Si damni infecti cavero cf. l. 9 §. 1 D. damn. inf. 39, 2 — in Betreff des tertio quoque die ſ. Vang. a. a. O. 3.; — wider Bekker der in dieſem Eingriff in's Hausrecht keine Eigenthumsbeſchränkung ſehen will (S. 164) ſ. Windſcheid a. a. O. Anm. 9.

10) arg. l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

auch kein Gegenstand unserer Duldung mehr zu sein[11]); erst stärkeren Rauch und anhaltende Feuchtigkeit sind ein Eingriff, und aber nur vermittelst Servitut erlaubt[12]); wäre der mäßige Rauch als Eingriff und Gegenstand nachbarlicher Duldung gedacht, so müßte man ihn mittelst Servitut (fumum ei in vito se facere non licere) abbestellen können; nun soll man ihn aber so wenig als das Sedere, lavare in suo abbestellen oder bestellen können[13]). — Auf ursprünglichen Vorbehalten oder nachträgliche Einsprache,

II. gegen die der Theilung von Grund und Boden folgende Freiheit des Gebrauchsrechtes — beruht

5. das Gebot des Grenzabstandes bei Bauten in der Stadt[14]), bei der Anlegung von Mauern, Gräben, Gräbern, Brunnen auf dem Lande, Bäumen[15]), — ein Gebot, welches jedoch nicht blos in seinem römisch-griechischen Detail unpraktisch[16]), sondern gemeinrechtlich in sein Gegentheil, d. i. in das Recht der äußersten Ausnützung verkehrt sein soll[17]), trotzdem statutarisch ähnliche Einschränkungen vorkommen wie in l. 13 cit.; —

6. das Verbot, dem Nachbarn den Luftzug in dessen Tenne zu verbauen[18]);

dagegen können wir darin, daß man an alten Häusern nichts gegen das Licht der Nachbarn ändern dürfe, keine gesetzliche, sondern nur eine auf den alten Zustand des Hauses gestützte Eigenthumsbeschränkung durch Servitut erblicken[19]); und aquae p. a. a. ist nur die besondere Gestaltung ursprünglichen Prohibitionsrechtes

11) vgl. oben §. 132. Anm. 13 l. 8 §. 5 §. 6 §. 7 D. si serv. vind. 8, 5 l. 19 pr. D. s. p. u. 8, 2 — dagegen Windscheid, a. a. O. Anm. 7.

12) ll. citt. l. 17 §. 2 D. si serv. vind. 8, 5.

13) l. 8 §. 6 cit.

14) l. 14 D. s. p. u. 8, 2 l. 9 l. 12 §. 1 C. aedif. priv. 8, 10, weiteres Böcking §. 140. Anm. 18. 19.

15) l. 13 D. fin. reg. 10, 1.

16) Seuffert, P. §. 123, 9 Vangerow, a. a. O. 12.

17) Roth a. a. O. §. 125. III. §. 126, Anm. 2.

18) l. 14 §. 1 C. serv. et aq. 3, 34.

19) l. 11 pr. cf. l. 10 D. s. p. u 8, 2 l. 1 C. servv. 3, 34 — longi t. consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet. . l. 11 pr. cit. — formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere — l. 12 §. 1 C. aedif. priv. 8, 10 Nov. 63, c. 1 cf. l. 25 D. damni inf. 39, 2.

(§. 114 Anm. 13); richtiger dürfte man das Recht der damni infecti postulatio auf eine geſetzliche Beſchränkung der Gebrauchsfreiheit zurückführen [20]).

§. 134.

Anderweite geſetzliche Eigenthumsbeſchränkungen; inſonderheit Veräußerungsverbote.

Außerhalb des Bodenverbandes und der Nachbarſchaft erleidet das Eigenthum durch ſinguläres Recht Einſchränkungen nicht nur im Gebrauchs-, ſondern auch im Verfügungsrechte.

Von den außerhalb des Nachbarrechtes ſtehenden römiſchrechtlichen Gebrauchsbeſchränkungen können aber nur noch das Eintrittsrecht, das dem Eigenthümer zur Wegnahme ſeiner durch Zufall auf des Nachbars Grund gerathenen Sachen, und zwar nicht blos zu gewiſſen Zeiten, wie bei der Obſtleſe, zuſteht [1]), und die Lände am Ufer öffentlicher Flüſſe (§. 125 Anm. 15. 32.) als geltendes Recht bezeichnet werden; Schürfrecht [2]), Beſchränkungen des Eigenthums durch Bauordnungen [3]), Weg- und Waſſerpolizei [4]), Begräbnißordnungen [5]) gibt es auch heute, jedoch nicht mehr auf Grund oder nach Maßgabe des römiſchen Rechts [6]). Aber auch was wir an geſetzlichen Beſchränkungen des Verfügungsrechtes haben, fußt nicht mehr alles im römiſchen Recht, oder gilt nicht mehr alles wie in dieſem. Namentlich die gegen die Verfügungsfreiheit gerichteten Expropriationsgeſetze haben zwar im römiſchen Rechte ihre Vorläufer [7]), ſind aber in Betreff der Berechtigung zur Expropriation und ihres Verfahrens unabhängig vom römiſchen Rechte entwickelt. Nur be-

20) vgl. Windſcheid, Anm. 17, 18.

1) vgl. §. 133 I. 3; l. 9 §. 1 D. damni inf. 39, 2 l. 15 D. ad exhib. 10, 4. Böcking, S. 47, A. 1. „zufällig" — ohne dieſe Clauſel Windſcheid §. 169. 9.

2) l. 13 D. comm. praed. 8, 4 l. 3 cf. l. 6 C. metall. 11, 6.

3) über Höhe der Häuſer: l. 1 §. 17 D. o. n. n. 39, 1 l. 12 §. 4 C. aedif. priv. Nov. 63. Böcking S. 46. Anm. 20; —

4) Böcking, S. 45. Anm. 14.

5) Böcking, S. 44. 1. 3. 4.

6) vgl. Windſcheid, Anm. 3.

7) l. 14 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6 Böcking, S. 45 Anm. 15—17; Nothweg: l. 12 pr. D. relig. 11, 7 l. 14 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6 Böcking, S. 49. 7.

züglich des Nothweges stützt man sich lediglich auf römische Analogie [8]). Unmittelbarer haben wir noch römisches Recht in den die Veräußerungsmacht ausschließenden Veräußerungsverboten.

Soll das Veräußerungsverbot Eigenthumsbeschränkung sein, so muß das Eigenthum selbst um die ihm naturaliter innewohnende alienandi potestas ärmer werden (S. 479; S. 471, 5). Diese Macht über das Eigenthum hat kein Privatveräußerungsverbot [9]): weder ein vertragsmäßiges [10]), noch ein letztwilliges [11]). Durch Vertrag kann man Obligationen auf Rückgabe und Schadensersatz wegen vertragswidriger Veräußerung [12]), nicht aber Nichtigkeit der Veräußerung selbst (ne alienet) schaffen; vertragsmäßig mag man die Weiterveräußerung zur Resolutivbedingung einer Veräußerung setzen: da ist dann das Eigenthum selbst, nicht blos alienandi potestas in Frage gestellt [13]). Letztwillig mag man dem Veräußerungsverbot Wirksamkeit verschaffen, nicht blos dadurch, daß man es „mit Rücksicht auf eine gewisse Person" anordnet [14]), sondern entweder durch ebengenannte Bedachtnahme

8) s. die Anm. 7 citt. Stellen; ferner Seuffert, P. §. 123. Anm. 11 u. die dort Agff.

9) s. bes. Huschke's T. Fl. Syntrophi donationis instrumentum ined. 1838. p. 9—21.

10) l. 61 D. pact. 2, 14 Nemo paciscendo efficere potest . . . ne . . alienet cf. l. 3 C. cond. ob c. dat. 4, 6 — ut . . condictio . . si non fuerit conditio servata, quaeratur. l. 135 §. 3 D. v. o. 45, 1 — posse (agere) in id quod interest. l. 75 D. c. e. 18, 1 l. 21 §. 5 D. a. e. e. v. 19, 1. In Betreff der l. 7 §. 2 D. distr. p. 20, 5 jetzt nicht nur die Variante der Glosse (Puchta, P. §. 145. Note e), sondern auch die Mommsen'sche Conjectur: et certum est nullam esse, nec impediendam esse venditionem. Vgl. Böcking a. a. O. S. 139 fgg. Windscheid §. 172a. Anm. 8; — Ausnahme l. 5 C. si manc. ita fuerit alienatum ut manumittatur vel contra 4, 57.

11) l. 114 §. 14 D. leg. I. — quia talem legem testamento non possunt dicere — wogegen grundsätzlich Fitting, Archiv f. civ. Pr. Bd. 51. S. 270. Nro. 21.

12) s. oben Anm. 10 citt. l. 3 C. l. 135 §. 3 l. 75 l. 21 §. 5.

13) vgl. Arndts, P. §. 132.

14) l. 114 §. 14 citt. — nisi invenitur persona cujus respectu hoc a testatore dispositum est — vgl. z. B. Seuffert, P. §. 124 „ein letztwillig zur Sicherstellung einer Zuwendung an Dritte angeordnetes Verbot" — Windscheid, P. §. 172a. „mit Rücksicht darauf getroffen, daß die betr. Sache später an einen Anderen fallen soll" — z. B. l. 39 §. 3 D. leg. II. „ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur" —

auf dritte Personen, oder durch Beifügung der causa, um derentwillen das Verbot platzgreift [15]); dort wird das Verbot aus dem beigehenden Vermächtniß [16]), hier wird es aus dem Zwecke wirksam, der das Verbot nicht minder als ein Vermächtniß über das nudum praeceptum [17]) emporhebt. Denn nicht etwa blos Motiv oder allgemeiner Grund [18]), sondern ein Zweck (causa futura, res ob quam), den der Testator mit der Sache anstrebt und der durch das Veräußerungsverbot gesichert werden soll, der über das Interesse einer bestimmten einzelnen Person hinausgeht, also nicht zum Vermächtniß ausschlägt, aber triftig genug ist, um als maßgebender Wille (auctoritas scribentis) von der Obrigkeit wahrgenommen und ihrem Vollzug entgegengeführt zu werden [19]) — ist die causa propter quam [20]) id fieri velint. Durch beigehendes Vermächtniß mußte schon nach älterem Rechte Nichtigkeit wenigstens da die Folge der verbotswidrigen Veräußerung sein, wo der Legatar mit Existenz des Vermächtnisses Eigenthümer ward [21]); nach neuerem Rechte wird er (rem testatoris propriam vorausgesetzt [22]) ohne Rücksicht auf die Form des Vermächtnisses Eigenthümer, mit Eintritt der Bedingung (Veräußerung) also stets Eigenthümer [23]). Vielleicht aber ist der Gedanke, daß Erbe ꝛc. das Vermächtniß nicht vereiteln dürfe, lange vor l. 3 §. 2 §. 3 C. comm. de leg. 6, 43 mächtig gewesen und demzufolge die

15) l. 114 §. 14 — vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint —

16) l. 69 §. 3 cit. — Si non paruerit heres voluntati, omnes fideicommissum petent — l. 38 §. 3 D. leg. III. — Si adv. voluntatem . . . facere voluerit, fundum . . . ad fiscum pertinere —

17) l. 93 pr. in fin. D. leg. III.

18) geschweige die mit dem respectus personae zusammenfließende causa der Glosse: ut quia voluit in familia remanere —

19) l. 7 D. ann. leg. 33, 1 — et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo servanda est, sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

20) gegen l. 52 D. cond. ind. 12, 6 cf. l. 1 pr. D. cond. ob turp. 12, 5 wonach es propter rem heißen müßte, vgl. Rubr. D. 12, 4 z. B. l. 5 pr. eod. — non accepisse te ob hanc causam pecuniam —

21) l. 38 §. 3 cit. Vindicationslegat? — quoad viveret, alienare vel pignerare non posse — vgl. E. A. Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Singular- u. Univ. vv. nach r. R. 1854 §. 2. 1.

22) l. 1 l. 2 C. comm. de leg. et fc. 6, 43.

23) E. A. Seuffert, a. a. O. §. 5. S. 44 §. 11. S. 70. Anm. 1 u. S. 71.

zur Sicherung eines Vermächtnisses verbotene Veräußerung ohne Rücksicht auf die Vermächtnißform von frühe her nichtig gewesen [24]). Was aber zu Gunsten der Legatare, das mußte nicht minder zu Gunsten der Erben gelten, wenn einmal in ihrem Interesse die Veräußerung einer Sache verboten war [25]). — Auch durch s. g. richterliches, genauer magistratisches [26]) Veräußerungsverbot wird zwar der Person des Eigenthümers die Dispositionsbefugniß [27]), dagegen so weit wir sehen, nirgends dem Eigenthume selbst (das allenfalls durch Curatoren, Gläubiger ꝛc. veräußert werden kann (Anm. 26), die Veräußerlichkeit genommen [28]). Erst das Gesetz vermag durch perfektes Verbot das Eigenthum selbst unveräußerlich zu machen, und thut dies im Gebiete unserer Quellen neuerlich zur Sicherung der dos [29]), wohl auch der res litigiosa [30]),

24) vgl. Seuffert, P. a. a. O. Anm. 6 und insoweit Fitting, a. a. O.; arg. l. 77 §. 27 D. leg. II. — ceterorum partes integras petet . . . ut ab altero partem alienatam petat — ferner die vetus dispositio in l. 3 §. 2 C. comm. de leg. 6, 43.

25) So l. 2 C. usuc. pro emt. 7, 26 Si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Dagegen Windscheid: „testamentarische Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt" (§. 172a. Anm. 5), hinwider Fitting, Anm. 60. S. 272 u. fg.

26) l. 12 D. usurp. 41, 3 — quem praetor vetuit alienare — gloss. »ut prodigo«; l. 7 §. 5 D. pro emt. 41, 4 . . . quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit — cf. l. 31 pr. §. 4 D. reb. auct. jud. 42, 5 l. 8 D. pollic. 50, 12 — prohibebunt (judices) distrahere fundum — cf. ibid. »judicum cognitionem esse«, sowie daß l. 8 aus Paul. lib. 3 de officio Consulis —

27) vgl. oben.

28) vgl. Lauk, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 5. S. 3. Böcking §. 158. Not. 5; dagegen Puchta, P. §. 132 Not. d. Vang. §. 299. Anm. Nro. 2. Sell, dingl. R. §. 12 Nro. 2. Schmid, Handb. d. gem. bürg. R. §. 4 Anm. 12. Arndts, P. §. 132 Not. 2. Seuffert, P. 124. 2. Windscheid, a. a. O. Anm. 4. Fitting, a. a. O. S. 273 fg.

29) D. de fundo dotali 23, 5 C. eod. 5, 23. Bachofen, ausgew. Lehren, das Veräußerungsverbot des fundus dot. Nro. 3 u. 4 — neuerlich: arg. l. unic. §. 15 C. rei ux. 5, 13. cf. Gaj. 2, 63 l. 12 D. h. t. 23, 5. Näheres im Dotalrecht.

30) zweifelhaft selbst nach l. 4 §. 1 C. litig. 8, 37 pr. — compellendum rem redhibere — eher §. 1 irrita rei alienatione facta — cf. l. 2 eod. tanquam si nihil factum sit — imperfect das Verbot der XII. tab. in l. 3 D. h. t. 44, 6 Gaj. 4, 113 §. 8 fr. de jure fisci — umsomehr das praetorische in D. 4, 7 C. 2, 55 de alienatione judicii mutandi causa facta — Bachofen a. a. O. Nro. 2. Vang. §. 260 V. Ubbelohde, in Haimerl's Magazin Bd. 4. Hft. 2. S. 257. Nicht

und wofern nothwendig zur Sicherung des Vermächtnisses [31]). Ueberall hier währt die Unveräußerlichkeit nur eine Weile, nicht länger nämlich als die Dotalität, Litigiosität der Sache, oder als der gewisse Zwischenzustand des Vermächtnisses, und ist nur die freiwillige Veräußerung, damit von jetzt an die Usucapion ausgeschlossen [32]). Absolute Unveräußerlichkeit des Eigenthums läßt sich überhaupt nur im Interesse der Familie [33]), um ebendeswillen schwer bei reinem Personeneigenthum, vollauf erst an Sachen denken, die extra patrimonium nostrum (§. 125), und um des Zweckes willen, für den sie auf immer gehören, extra commercium sind (§. 126). Das einzig volle Veräußerungsverbot ist die Extracommercialität. Ein Gut, das unveräußerlich bei der Familie bleiben soll, ist schon um dieser seiner Bestimmung willen zum mindesten angrenzend an eine Stiftung, die von allen Familiengliedern keinem, wohl aber für Existenz und Wohlfart Aller gehört. — Die sonst noch in den Quellen vorkommenden s. g. Veräußerungsverbote sind bloße Dispositionserschwerungen oder Veräußerungsbeschränkungen (s. o. S. 479), z. B. Ausfuhrverbote [34]) — oder mehr gegen das Dasein [35]) oder gegen Zerstörung [36]) gewisser Sachen und des Eigenthums daran, als blos gegen die Veräußerung gerichtet.

Die streitige Frage betreffend, ob der Veräußerer selbst sich auf das Verbot und die Nichtigkeit der Veräußerung berufen und vindiciren könne, ist durch l. 42 D. usurp. 41, 3 und l. 17 D. fundo dot. 23, 5 nur so weit entschieden, daß er es nach eingetretener Confirmation der Veräußerung nicht könne, woneben

gegen Nichtigkeit ist die für die Praxis behauptete Erstreckung der Execution gegen den Erwerber (Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 35 Nro. 13. Bd. 36. Nro. 3. s. bes. S. 54 fgg.) Windscheid, P. §. 125. Anm. 7. §. 172a. Anm. 1a.

31) vgl. einstweilen l. 3 §. 2 C. comm. de leg. 6, 43. E. A. Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvv. §§. 8. 9.

32) l. 1 pr. D. fund. dot. 23, 5, l. 42 D. usurp. 41, 3; l. 28 D. v. s. 50, 16 l. 16 l. 4 D. fundo dot. 23, 5. vgl. oben §. 132, Anm. 28.

33) wie das angeblich romulische heredium, Rudorff, grom. Inst. S. 302. S. 381. 5.

34) l. 2 C. comm. et merc. 4, 63.

35) l. 2 C. eunuch. 4, 42. Vgl. oben §. 125 Anm. 42—46.

36) l. 2 C. aedif. priv. 8, 10 l. 52 C. c. e. 18, 1.

aber „ein späteres Wegfallen des Veräußerungsverbotes" noch keine Confirmation der während des Verbotes erfolgten Veräußerung ist [37]). Stoff zu einer Exception gegen den vindicirenden Veräußerer kann aber auch vor solcher Confirmation und ohne diese da sein [38]), und ist das Veräußerungsverbot gar nicht im Interesse des Veräußerers erlassen, wie z. B. das der lex Julia de fundo dotali nicht im Interesse des veräußernden Mannes, so wird es an einer Replik aus dem Veräußerungsverbote fehlen [39]).

Der Besitz.

§. 135.

Begriff.

Wie das Eigenthum die rechtliche, ist der Besitz (possessio) die factische Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person.

So versteht sich denn auch hier (vgl. §. 130), daß die Sache selbst und unmittelbar, ferner als etwas accessorisches, und endlich unter Ausschließung Anderer mit einer bestimmten Person verbunden ist; von einem ejus esse dagegen ist für gewöhnlich nicht mehr die Rede [1]); davon daß ager, fundus auch für possessio gestanden, findet sich wenigstens in unseren Quellen keine Spur; nur den Ausdruck habere, das ebensowohl körperlich, als rechtlich verstanden wird [1a]), hat diese factische Verbindung mit der rechtlichen gemein.

Nennen wir den Besitz eine factische Verbindung, so will damit negirt sein, daß er eine rechtliche im Sinne des ejus esse [2]),

37) l. 42 cit. — venditio non valet, quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit — s. hingegen Windscheid, §. 172a. Anm. 2.

38) l. 17 D. evict. 21, 2.

39) vgl. einstweilen Lauck, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Puchta, Vorl. §. 417 a. E. Bachofen, a. a. O. S. 108. Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 42. S. 167—172. Arndts, §. 132. Not. f.; hinwider Bechmann, Dotalr. Bd. 2. S. 457 fgg. Czyhlarz, Dotalr. S. 28. Windscheid, §. 172a. Anm. 2; — l. 13 §. 3 D. fund. dot. 23, 5 l. 77 §. 5 D. leg. II. haben nur Vindication von Seite der Frau vor Augen.

1) s. dagegen l. 28 D. a. v. a. p. 41, 2 cf. l. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 l. 2 C. ubi in rem 3, 19.

1a) l. 38 §. 9 D. v. o. 45, 1 cf. §. 6—8 eod. l. 49 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 18 D. acc. 46, 4.

2) l. 12 §. 1 D. h. t. 41, 2 Nihil commune habet proprietas cum possessione — l. 1 §. 2 D. uti poss. 43, 17 — separata esse debet possessio a proprietate, ut alter possessor sit, dominus non sit —

daß er rechtliche Zubehör der Sache, überhaupt ein Recht ſei [3]), — nicht auch geſetzt, daß dieſe Verbindung eine blos natürliche, körperliche, ſo denn auch lediglich durch die Natur beſtimmt ſei; vielmehr iſt der Beſitz in einem andern Sinne des Worts auch eine rechtliche Verbindung, inſoferne nämlich als für die Beſtimmung ihres Daſeins auch das Recht maßgebend iſt [4]). Auch ſonſt hat das Recht in den natürlichen Begriff der Dinge beſtimmend, modificirend eingegriffen [5]). Hier iſt es dazu gekommen, daß das einemal ein Beſitz beſteht, wo kein Auge etwas von ihm ſieht [6]), das anderemal ein ſolcher nicht beſteht, trotzdem wir die engſte und ausſchließlichſte Verbindung der Sache mit der Perſon vor uns ſehen [7]). Ein bloßes Faktum alſo, weil kein Recht, — kein bloßes Naturding aber, weil des näheren vom Rechte normirt, iſt unſere Verbindung „non tantum corporis, sed et juris“ [8]), hat ſie zwar ſehr viel von der Natur [9]), aber auch viel vom Rechte [10]), und iſt ſie Rechtsding ohne Recht zu ſein [11]).

Der Beſitz iſt ein gewiſſer Verband zwiſchen Sache und Perſon, nicht, wie man gemeiniglich annimmt [12]), factiſche Herrſchaft,

3) l. 52 l. 3 §. 5 D. h. t. — in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat — wogegen Puchta, P. §. 122 b. Lenz, das Recht d. Beſ. S. 86 und die bei Rudorff (zu Savigny, Beſitz, 7. Aufl. S. 575—592) Agff.; vgl. hinwider Randa, Recht d. Beſitzes nach öſterr. R. 1865 S. 4 und S. 22—30. Seuffert, P. §. 105 2.

4) Donellus, comm. j. c. lib. V. c. 6. §. 16. At enim hoc absurdum est, dixerit aliquis, eum dici corpore tenere, qui corpore exiit e fundo. Sane vero natura non tenet, sed tenet juris interpretatione — cf. Azonis Summa ad tit. C. acq. et ret. poss. 7, 32 (§. 22) – Possessio . . jus quoddam quo quis corporalem rem vere, vel interpretative, sibi habeat — Randa, a. a. O. S. 2.

5) ſ. oben S. 185. Bedenke ferner den Kalender und die Zeitrechnung.

6) z. B. l. 3 §. 11 D. h. t. — Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus — §. 5 J. interd. 4, 15.

7) z. B. l. 30 §. 1 D. h. t. — locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem, et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum.

8) l. 49 §. 1 D. h. t Arndts, §. 135. Alin. 2.

9) »plurimum facti habet« l. 19 D. quib. ex c. maj. 4, 6.

10) l. 49 pr. D. h. t.

11) — Longe aliud est, possessionem esse juris, aliud possessionem esse jus. Donellus, comm. j. c. l V. c. 6 §. 17.

12) Savigny, das Recht des Beſitzes 7. Aufl. S. 26 S. 27 oben. Bruns, d. Recht d. B. 1848. S. 2. „Das erſte (daß der Beſitz die

Gewalt oder Macht der Person über die Sache. Wenn er wirklich körperliche Verbindung ist, ist eine der Voraussetzungen oder Bedingungen, ist vielleicht die Grundlage für jene Herrschaft, nicht schon die Herrschaft, Gewalt, Macht selbst da. Nicht jeder Knabe, der mit dem Schwert umgürtet ist, vermag es auch zu schwingen; jung Siegfrieds Muth und Kraft gehören auch dazu. Wo der Besitz aber statt einer wirklich körperlichen eine nurmehr angenommene factische Verbindung ist, ist er auch nicht einmal mehr Grundlage physischer Macht oder Herrschaft. Längst hat auch hierin Wirth das Richtige gesehen [13]).

Natürlicherweise tritt diese Verbindung als Niederlassung, Ansiedelung [14]) auf Grundstücken, als Bewohnung von Häusern, als ein unmittelbares und buchstäbliches tenere, detinere, oder als ein mittelbares, das unmittelbare beliebig ermöglichende in Gestalt der Obhut oder des Gewahrsams (custodia) an Mobilien [15]) auf. Daß insonderheit die custodia an Mobilien nicht blos „Grundlage" des Besitzes, sondern körperlicher Besitz oder die körperliche Seite des Besitzes an Mobilien selbst ist, läßt sich nicht läugnen [16]); allein auch an Mobilien kommt der Besitz nicht blos

physische Herrschaft über eine körperliche Sache zur Grundlage habe) bezweifelt Niemand"; Puchta, P. §. 122. Arndts, P. §. 135. Seuffert, P. §. 104. Windscheid, P. §. 148. Lenz, a. a. O. S. 88. Baron, P. §. 112 u. f. f.; Randa, a. a. O. S. 16, der jedoch auf eine Macht ohne Bewußtsein zu sprechen kommt (S. 5. Anm. 11).

13) a. a. O. §. 24 S. 40. „Ist das Eigenthum wesentlich rechtliches Pertinenzverhältniß, so ist der Besitz das blos factische Pertinenzverhältniß einer körperlichen Sache." Weniger in die Gewalt vertieft als die Neueren Donellus, comm. j. c. lib. V. c. 56; zwar erit . . possessio detentio rei corporalis (§. 9); detentionem tamen sic accipiemus, ut satis sit ab initio rem corpore tenere, quo possideas (§. 3). Azo, Summa zu C. 7, 32 §. 1. Est . . possessio corporalis rei detento . . juris adminiculo concurrente — §. 6 — de juris adminiculo . . ponitur in definitione —

14) l. 1 pr. D. h. t. Possessio appellata est ut et Labeo ait a sedibus — Der possessor nach dem Urtheile eines Sachverständigen ein „Hintersasse", wozu pomoerium, pomeridianus. Vgl. übrigens Rudorff zu Savigny a. a. O. Nro. 29. S. 601.

15) l. 3 §. 13 D. h. t. Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, i e., quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. cf. l. 47 eod.

16) vgl. außer l. 3 § 13 cit. die bei Baron, zur L. vom Erwerb und Verlust des Besitzes (Iher. Jahrbb. Bd. 7 S. 84 fg.) weiter citirten ll. besonders l. 47 l. 51 eod. ferner l. 3 §. 2 D. a. r. d. 41, 1 l. 62 §. 1 D. usfr. 7, 1; dagegen Rudorff, zu Savigny Nro. 71.

als die ſichtbar natürliche, ſondern auch als die nurmehr vom Recht auf Grund gewiſſer Facta angenommene Verbindung, und alſo ohne custodia vor [17]); custodia iſt die natürliche körperliche, um eben deswillen aber nicht die einzige [18]) Form der factiſchen Verbindung von Mobilien mit Perſonen.

Nicht jede, wiewohl körperliche, Verbindung von Sachen mit Perſonen iſt Beſitz; nur zwiſchen Sachen und Perſonen, zwiſchen denen die rechtliche Verbindung des Eigenthums möglich iſt, kann die factiſche Beſitz ſein [19]); und die Aneignung, welche ſich im Eigenthume dem Rechte nach vollzieht, muß im Beſitze dem Willen nach vollzogen ſein (§ 137). Dieſer Aneignungswille iſt der animus und intellectus possidendi der Quellen [20]), ihr domini cogitatione, opinione possidere [21]), die ψυχὴ δεσπόζοντος bei Theophilus [22]), und der von den Unſrigen formulirte animus rem sibi habendi [23]). Wer die Sache lediglich für einen Anderen (wie der Procurator, Depoſitar), oder nur den Gebrauch, nicht die Sache ſelbſt für ſich hat (wie der Pächter, Commodatar, Precariſt, Uſufructuar, und ſelbſt der Superficiar und Emphyteuta), oder wer ſie nicht ſchlechthin ſondern nur zu Pfand oder peculiariter hat oder haben kann, der iſt nur „tenens“ „Detentor“, „naturaliter, corporaliter possidens“ „alieno nomine possidens“, „in possessione“ „peculiariter possidens“, nicht ſelbſt possessor; possessor ſelbſt iſt durch ihn der Andere, für den er beſitzt — es wäre denn daß er nicht blos die Sache, ſondern wie der Fiduciar bei Gaj. 2, 59 das Eigenthum, die possessio ſelbſt für einen Anderen hätte (ſ. g. „abgeleiteter“, u. E. „anvertrauter“ Beſitz). Wer dagegen für ſich und ſchlechthin für ſich hat iſt, ſo viel von ſeinem Willen abhängt, Beſitzer, mag er nun mit Recht

17) ſo vielleicht Javolenus in l. 51 cit. (vgl. §. 137 Anm. 33); ferner l. 14 D. peric. et comm. 18, 6 — videri (trabes) traditas, quas emtor signasset.

18) — worauf Baron a. a. O. hinaus kommt.

19) l. 30 §. 1 §. 3 l. 23 §. 2; — l. 49 §. 1 l. 30 §. 3 D. h. t. l. 38 §. 7 D. v. o. 45, 1. 1. Aufl. S. 58. Alin. 1. Der liber homo bona fide serviens wird nur als Sclave beſeſſen. Anm. 7.

20) l. 23 §. 2 l. 10 §. 1 l. 41 1 1 §. 9. eod.

21) l. 21 D. furt. 47, 2 l. 22 §. 1 D. nox. act. 9, 4.

22) zu §. 4 J. per quas pers. 2, 9 cf. deſſ. Paraphr. zu §. 2 J. per quas pers. oblig. 3, 29 u. §. 5 J. interd. 4, 15.

23) vgl. Böcking, Pand. d. h. r. Privr. §. 123. Anm. 7.

oder Unrecht haben, Eigenthümer, bonae oder malae fidei possessor, Dieb oder Räuber sein [24]).

Nur diese zwar blos factische, allein der Sache, der Person, und dem Willen nach eigenthumsartige Verbindung zwischen Sache und Person werden wir später mit Interdicten geschützt, als ein Mittel des Eigenthumserwerbs und als Grundlage der Ersitzung finden. Daß nur sie zur Vermittlung des Eigenthumserwerbs und zur Ersitzung geeignet ist, bedarf so wenig der Begründung, als daß derjenige, welcher eine Sache nicht für sich haben will, sie nicht in sein Eigenthum bringt; eher möchte man sich denken, daß auch die bloße Detention schutzesbedürftig sein oder machen könnte [25]); allein drängender als diese Frage ist die, warum der Besitz überhaupt (trotzdem er kein Recht) geschützt ist, und warum er (wiewohl nicht selbst Eigenthum) doch einen eigenthumsartigen Zuschnitt hat? Von diesen beiden Fragen hat uns aber vorderhand nur die letztere zu beschäftigen.

Wenigstens auf diesem Punkte möchten wir nun aber der Vorstellung, als ob das Eigenthum das Primäre, der Besitz das Secundäre, der Abschluß gegen gewisse Sachen und Personen dort vorgebildet und hier aus was immer für Gründen copirt worden sei, nicht Raum geben [26]), trotzdem sie von Jhering in bewegendster Weise motivirt wird [27]). Denn daß Besitz und Eigen begrifflich und rechtlich geschieden sind, ist zwar ein sicherer und allgemeingiltiger Satz des gewordenen Rechts [28]), aber in dieser seiner Allgemeingiltigkeit auch erst ein Product der historischen, also späterer Zeit; darauf daß Besitz und Eigenthum je nach Art der Sachen und des Erwerbes vordem noch ungetrennt beisammen gewesen, führt ein nothwendiger Rückschluß [29]); denkbar ist, daß es einmal überhaupt kein Eigenthum ohne Besitz gab [30]); allein

24) s. oben Anm. 3.

25) wie z. B. den Pächter gegen den Verpächter — Jhering, Beiträge zur L. v. Besitz, Jahrbb. f. d. Dogmatik d. h. r. u. d. Privr. Bd. 9. S. 8. Nro. 1.

26) vgl. oben §. 67 Anm. 5 u. 6 u. §. 130 S. 474.

27) a. a. O., bes. Nro. VI. S. 44 fgg.

28) l. 1 §. 2 D. uti poss. 43, 17 Anm. 2.

29) S. 474 Z. 3 u. fgg.

30) vgl. l. 1 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait —

genug, daß possessio einst jedenfalls einen großen Theil des nachmaligen nun von ihr emancipirten Eigenthums noch ungeschieden in sich barg: jene Charakterzüge, die Besitz und Eigenthum in der Zeit ihrer durchgeführten Trennung miteinander gemein haben, können in die Zeit ihres Beisammenseins zurückreichen und beiden in Einem, nicht einem nach dem anderen — dem Eigenthum im Besitze, nicht dem Besitze nach dem Eigenthume — eingeboren sein.

Wie das Eigenthum ist auch der Besitz je nur an Einer Sache möglich (S. 475). An einem körperlichen Theile für sich gibt es auch keinen Besitz [31]); es wäre denn daß was „Theil" heißt, in der That ein durch Theilung aus einem bisherigen Ganzen ausgeschiedenes neues Ganze geworden [32]), oder daß es trotz seiner nunmehrigen Verbindung mit anderen Sachen wegen Losigkeit der Verbindung das alte Ganze geblieben ist [33]). Eine Gemeinschaft zu gedachten Theilen dagegen kommt wiederum wie beim Eigenthum so auch beim Besitz vor (compossessio, Mitbesitz), und in solidum können Mehrere eine Sache so wenig besitzen als zu eigen haben [34]). Wie beim Eigenthum erwächst auch für den Besitz die Gemeinschaft und die Theilbestimmung von außen, aus Vertrag und Erbgang [35]) nebst Vermächtniß; die Theil-

31) — nunquam enim pro diviso (res mobilis) possideri potest — die pars pro diviso am fundus ist in Wahrheit nicht mehr pars — l. 8 D. r. v. 6, 1, l. 26 l. 30 pr. D. h. t.; Anwendungen: l. 8 cit. l. 59 D. r. v. 6, 1 l. 7 §. 11 D. a. r. d. 41, 1 l. 23 pr. — §. 2 D. usurp. 41, 3 l. 23 §. 7 D. r. v. 6, 1 l. 7 §. 1 §. 2 D. ad exh. 10, 4.

32) s. die vorige Anm. am Eingang — und »quae distinctio neque in re mobili, neque in h. petitione locum habet« (l. 8 cit.).

33) so l. 30 §. 1 D. usurp. 41, 3 jedenfalls im Schlusse, es sei nun daß auch Labeo's Entscheidung auf dieser Voraussetzung beruhte (Falk an Savigny, R. d. B. §. 22 S. 271 Anm. 1), oder daß Pomponius sie auf diese Voraussetzung zurückführt (— in quo verum est, quum utrumque maneat integrum). Vgl. Unterholzner Verj. Lehre §. 49. Randa. S. 177. Sintenis, Arch. f. civ. Pr. Bd. 20. Nro. 4. Kierulff, Theorie d. gem. Civilr. S. 375. Pape, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 4. S. 242. Stephan, civ. Arch. Bd. 31 S. 337 — Uebersicht der Erklärungsversuche: Vangerow, §. 204. Anm. 2. Windscheid, §. 152, 6; gegen die Puchta'sche Modification „wenn der Besitzer die von ihm vorher getrennt besessenen Theile erst eingefügt hat" (P. §. 128) s. namentlich, l. 23 pr. D. usurp. 41, 3 vgl. Rudorff zu Sav. S. 653.

34) l. 5 §. 15 D. commod. 13, 6 — duorum . . in solidum dominium vel possessionem esse non posse —; l. 26 D. h. t. — certa pars pro indiviso —

35) l. 26 cit. — certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa —

bestimmung auch gesetzlich[36]; während man aber Miteigenthum, das einzig im Rechte beruht, ohne Kenntniß des Theiles, ja des Eigenthums selbst haben und erwerben kann, ist mit dem Satze incertam partem possidere nemo potest[37] außer der objectiven auch die subjective Gewißheit gefordert[38]; denn den Besitz erwirbt man nicht ohne bestimmten, das Besitzesobject deckenden Willen; gleichwohl scheint je nach Umständen[39] von dieser Consequenz abgegangen zu sein[40]. Die Solidarität des Besitzes, d. h. daß nur Einer ihn ganz haben kann, blieb unangetastet[41]; eine gewisse Zweiung des Besitzes dagegen griff stark um sich, oder hielt lange nach. Anstatt justam und injustam possessionem nämlich als wesentlich[42] eine und dieselbe possessio, mithin justam possessionem ausgeschlossen zu denken wo injusta platzgreift, hielten nicht wenige, überdies maßgebende Juristen justam possessionem für eine darin von der injusta p. wesentlich verschiedene p., daß sie (corpore in contrarium acto) solo animo aufrecht bleiben[43] und also neben injusta p. fortbestehen könne[44]. In ihrem Sinne wurden justa und inj. p. aus Unterarten der Einen p. zu zweierlei Besitzen, Besitz und Besitz selbst verschieden, — u. E. nicht durch „Fiction“[45], sondern durch Vergeistigung des Besitzes, indem entgegen der (pre-

36) z. B. lex Falcidia: l. 76 D. r. v. 6, 1.

37) l. 32 §. 2 D. usurp. 41, 3 l. 3 §. 2 D. h. t.

38) l. 32 §. 2 cit. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit. l. 3 §. 2 D. h. t. — veluti si hac mente sit, ut quidquid T. possidet, tu quoque velis possidere —

39) wo selbst objectiv keine certa pars existirt, wie in dem Falle den Savigny in l. 32 §. 2 cit. sucht? l. 32 §. 2 setzt objective Bestimmtheit voraus. Vgl. im übrigen Windscheid §. 152. Anm. 12.

40) dagegen Rudorff, Nro. 79. 78. Randa, der Besitz nach östr. R. §. 17. u. Anm. 17.

41) l. 5 §. 15 cit. Anm. 35. l. 3 §. 5 D. h. t. — plures eandem rem in solidum habere non possunt —

42) l. 3 §. 5 D. h. t. — quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat (Labeo) —

43) l. 15 §. 4 D. prec. 43, 26 — quia non discesserit animo possessione —

44) l. 3 §. 5 cit. l. 15 §. 4 cit. l. 19 pr. D. prec. 43, 26 vgl. l. 17 pr. D. h. t. wo jedoch nur perinde haberi debet ac si possideret — cf. l. 3 pr. D. uti poss. 43, 17. Zur Veranschaulichung s. §. 137. Anm. 21.

45) Savigny, §. 11. S. 173.

cario, injuste) nur animo et corpore möglichen possessio eine solo animo mögliche p. ſtatuirt wurde. So ging denn auch ihre Meinung nicht dahin, daß überhaupt plures, ſondern nur daß duo in s. p. p., alius juste, alius injuste. Uebrigens kann nicht blos der Gegenſatz des justum und injustum, ſondern auch die Thatſache, daß man zuweilen wie das Eigenthum ſo auch den Beſitz zwar ſelbſt, aber für einen Anderen (fiduciariſch), der Eine mithin den Beſitz durch ſich, der Andere durch jenen hat, zu dem Satze duo in sol. p. possunt, geführt haben. So beim Precarium [46]). In der juſt. Compilation iſt dieſe Beſitzeszweiung im allgemeinen verworfen, im Einzelnen nicht überall ausgemerzt [47]).

§. 136.

Namen und Arten des Beſitzes.

Possessio ſchlechthin bedeutet den nach Perſon und Sache, Körperlichkeit und Geiſtigkeit der Verbindung vom Recht beſtimmten (§. 135) Beſitz. Qualificiren wir dieſelbe als „juriſtiſchen" Beſitz [1]), ſo findet dieſer Ausdruck bereits darin, daß wir es mit einem rechtlich definirten Begriffe zu thun haben, und nicht erſt in den durch ihn bedingten das „jus possessionis" [2]) bildenden Vortheilen (Beweis, Interdicten, Uſucapion) ſeine Begründung [3]).

Innerhalb dieſes (juriſtiſchen) Beſitzes ergeben ſich Arten 1. aus der Form des Erwerbes, je nachdem ſie, weil in Gewalt oder Trug beſtehend, widerrechtlich [4]), oder, weil friedlich und offen, rechtmäßig (justa, injusta possessio) iſt [5]) — mag es auch ſein, daß,

46) arg. l. 15 §. 4 cit. l. 19 pr. cit. vgl. unten §. 136.

47) l. 5 §. 15 D. comm. 13, 6 l. 3 §. 5 cit. »quod est verius« Savigny, §. 11. S. 185.

1) Savigny, §. 7 S. 109 oben.

2) Sintenis, Zeitſchr. f. Civilr. u. P. Bd. 5. S. 253 fgg. l. 44 D. h. t. l. 2 §. 38 D. ne quid in l. publ. 43, 8 l. 5 §. 1 D. ad leg. Jul. de vi 48, 6 l. 5 C. lib. caus. 7, 16 cf. l. 2 D. uti poss. 43, 17.

3) vgl. dagegen Savigny, §. 1 S. 27 §. 7. S. 89. 90. beſonders S. 109.

4) l. 19 pr. D. prec. 43, 26 — vi possidere aut clam . . . injustae possessiones —

5) l. 13 §. 1 D. Publ. 6, 2 — pigneratiae et precariae possessiones justae sunt —

wahrscheinlich ungenau [6]), auch eine bloße Detention einmal justa possessio heißt [7]); daß man zu dem Besitze „berechtiget" sein (das von dem „jus possessionis" zu unterscheidende jus possidendi haben) müsse, um „justus possessor" zu sein [8]), scheint kaum verlangt werden zu dürfen; denn sonst wäre man bei bloß putativem Titel injustus possessor; — 2. aus der Beschaffenheit des Willens, insoferne man den Besitz mit oder ohne animus domini, als eigenen oder anvertrauten (s. g. abgeleiteten) haben kann (§. 139).

Keine Art des Besitzes ist, weil weniger als Besitz, die Detention [9]); keine, weil mehr als Besitz, die b. f. possessio oder der Usucapionsbesitz [10]); eine Abart des Besitzes die juris quasi possessio.

In dem Gegensatze von naturalis und civilis possessio hat possessio eine weitere, die bloße Detention mitumfassende Bedeutung. Denn zwar die civilis possessio ist stets, die naturalis p. nur zum Theil juristischer Besitz [11]), sonst Detention und mit corporalis p. gleichbedeutend [12]). Wo es zum jur. Besitze an irgend einem Punkte fehlt [13]), fehlt es auch an civilem Besitze; nicht aber ist umgekehrt jeder juristische Besitz auch schon civilis p.; daß er unter magistratischem (Interdicten-) Schutze steht, macht ihn noch nicht zum civilen Besitze [14]); dazu muß etwas aus dem jus civile hinzukommen, eine Rechtmäßigkeit wahrscheinlich, wie sie zur justa causa der Usucapion, vielleicht auch für

---

6) arg. l. 3 §. 23 D. h. t.

7) l. 7 §. 8 D. comm. div. 10, 3 vgl. Savigny, §. 8 S. 102.

8) Savigny, a. a. O.

9) s. oben §. 135 S. 495.

10) D. de Publiciana in rem actione 6, 2 — quod ad fructus pene domini loco est, id jus habet quod domino praediorum tributum est — l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 l. 48 D. a. r. d. 41. l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7, 4. §. 143.

11) anvertrauter: l. 3 §. 15 D. ad exh. 10, 4; ohne Zweifel auch die injusta possessio — vgl. l. 13 §. 1 D. Publ. 6, 2 l. 1 §. 9 §. 10 D. de vi 43, 16. Arndts, §. 136a.

12) l. 3 §. 3 §. 13 l. 25 §. 2 D. h. t. l. 38 §. 10 D. usur. 22, 1 l. 38 §. 7 D. v. o. 45, 1.

13) z. B. an der Person: l. 38 §. 7 D. v. o. 45, 1; an der Sacheinheit: l. 7 §. 1 D. ad exh. 10, 4.

14) arg. l. 1 §. 9 cf. §. 10 D. de vi 43, 16. vgl. Seuffert, P. §. 106a. C. Arndts §. 136.

den vor dem Staat und der Gemeinde als solcher erscheinenden possessor gefordert ist. Wenigstens trifft zu, daß der blos anvertraute Besitz von dem Fiduciar nicht usucapirt werden kann, und ihn vor der Gemeinde nicht zum possessor macht (§. 139, Anm. 12), anderseits nur naturalis p. ist[15]; von dem durch Gewalt erlangten Besitze, der zwar Interdictenschutz genießt[16], aber zur Usucapion sich nicht eignet, darf man sicher annehmen, daß er keine civilis p. sei; von der injusta possessio des Gatten an dem Geschenkten ist sicher, daß sie nicht civilis, und außer Usucapion ist[17], unsicher ob oder inwiefern sie überhaupt noch (juristische) possessio sei[18]. Zuzugeben ist demnach daß civilis p. und Usucapionsbesitz zusammenhängen; daß sie identisch seien (Savigny), muß noch immer bezweifelt werden, da sich wohl denken läßt, daß man (als b. f. oder ex justa causa possessor) civilis possessor sein, und doch nicht usucapiren kann. Daß civiliter possidere und civilis possessio zwei verschiedene Begriffe seien, ja daß civiliter possidere selbst nicht überall eins und dasselbe, bald civilis p. sei, bald nicht[19] (Savigny), muß widersprochen bleiben[20].

§. 137.

Erwerb.

Der Besitzerwerb besteht in einer die Sache mit der Person factisch verbindenden und von dem Aneignungswillen[1] bald erfüllten, bald begleiteten[2] Handlung.

Angesichts dessen heißt es stichwörtlich, daß man den Besitz

15) l. 3 §. 15 D. ad exh. 10, 4.
16) l. 1 §. 30 D. de vi 43, 16.
17) l. 2 §. 1 D. pro her. 43, 5.
18) vgl. Rudorff zu Savigny Nro. 21.
19) nicht z. B. in l. 23 §. 2 in f. l. 24 D. h. t. — wohl in l. 7 §. 1 D. ad exh. 10, 4.
20) vgl. Burchardi, Arch. f. civ. P. Bd. 20 Nro. 2. S. 14. Bangerow, P. §. 199. Bruns, a. a. O. §. 4. — Ueber die so sehr streitige Bedeutung von nat. u. civ. p. überhaupt Savigny, §. 7. Thon, Rh. Mus. f. J. Bd. 4. S. 95. Puchta, de civil. p. disput. 1839. kleine, civ. Schr. Nro. 25. Arndts, P. §. 136. Windscheid, P. §. 148. Anm. 12.

1) s. oben §. 135 Anm. 20—23.
2) Savigny, a. a. O. §. 13 S. 205.

„mit Leib und Seele" erwerbe, und mit keinem ohne das andere [3]).

Der Aneignungswille muß wie jeder Wille nicht nur ein Begehren [4]), sondern auch das Bewußtsein des Begehrten [5]) enthalten. Möglicherweise gelangt er lediglich in der die Sache mit der Person factisch verbindenden — sagen wir in der Annexions-Handlung zum Ausdruck: wie namentlich da, wo einseitig zugegriffen, etwa occupirt, gestohlen, geraubt wird; hier erscheint der Aneignungswille lediglich in seiner Ausführung, in der That, als Werk; hier dürften animus und corpus allerdings nur die zweierlei Seiten Eines Dinges, der Besitzerwerb eine einfache Handlung [6]) und diese Handlung von dem Aneignungswillen erfüllt sein; — möglicherweise gelangt der Aneignungswille neben, vor, nach der Annexionshandlung zum Ausdruck, in Gestalt von Verträgen, Mandaten, Ratihabitionen: wie da, wo Besitz mittelst Tradition erworben wird [7]); hier erscheint der Aneignungswille stets als Willenserklärung (Wort), die Besitzerwerbung als eine aus Wort und Werk zusammengesetzte Handlung. Eine zur Annexionshandlung hinzukommende Art der Willenserklärung ist die für Deutschland nachweisbare (dem surculum defringere ähnliche) Besitzergreifungs-Symbolik [8]). Daß animus und cor-

3) l. 3 §. 1 D. h. t. (41, 2) — apiscimur possesionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore — §. 6 eod.

4) l. 1 §. 3 D. h. t. — affectionem tenendi — l. 3 C. eod. — licet animi plenus non fuisset affectus — l. 3 C. donat. 8, 54 — habere rei quae sibi donatur affectum; — l. 41 D. eod. — eo animo ingressus ut possideat — l. 23 §. 2 l. 10 §. 1 l. 3 §. 2 eod.

5) l. 1 §. 3 D. h. t. — si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant — l. 32 §. 2 eod. — sensus infantis . . accipiendi possessionem (Flor.) — argg. l. 44 §. 1 D. h. t. — scientiam . . domini esse necessariam und l. 3 §. 12 eod. quasdam res etiam ignorantes possidemus —

6) Lenz, das Recht d. B. S. 99 S. 168 fgg. — der freilich überall nur Einheit sieht, wogegen wieder unterschiedslos das Gegentheil bei Baron, zur L. v. Erwerb und Verlust d. B., Iher. Jahrbb. Bd. 7 S. 47 fgg. Randa, a. a. O. §. 11 Anm. 1.

7) Bedenke das pro emtore etc. possidere in l. 3 §. 21 D. h. t. das sich auf vorhergehenden oder gleichzeitigen Vertrag stützt — die nuda voluntas (bloße Willenserklärung) bei der b. manu traditio l. 9 §. 5 l. 21 §. 1 D. a. r. d. 41, 1; Mandat und Ratihabition z. B. l. 42 §. 1 D. h. t. l. 24 D. neg. g. 3, 5 Paul. R. S. V, 2 §. 2.

8) s. das Notariatsprotokoll in dem gräfl. Metz'schen Erbschaftspro-

pus von einander getrennt zur Erscheinung kommen können, deutet auch die Regel an, nach welcher keines für sich allein genügen soll. Daß insonderheit die Annexionshandlung ohne den Aneignungswillen möglich sei, zeigt die Möglichkeit einer bloßen Detention (S. 495). Nachlaß am Erfordernisse des Aneignungswillens tritt anomaler Weise beim Erwerb durch Dritte (§. 140), begrifflicherweise bei fiduciarischem Besitzerwerbe ein (§. 139).

Fraglicher aber ist in Ansehung unseres animus nichts, als was seit langem außer Frage steht: ob er nämlich so wie man heute gemeinhin und ohne weiteres annimmt, überall einseitig, für sich, als bloßer Wille des Erwerbers, ausreiche, oder ob er unter Umständen, nämlich da wo Besitz tradirt wird, nicht, wie vor alters gelehrt wurde, mit einem anderen Willen zusammentreffen, ein consensus sein, — ob der Aneignungswille nicht innerlich dem Entäußerungswillen entsprechen müsse, wo er äußerlich mit einem solchen zusammenhängt [9]). Durch jenes Stichwort animo et corpore ist nur ausgesprochen, daß der Besitzerwerb nicht ohne einen gewissen Willen des Erwerbers vor sich gehe, nicht festgestellt, von welcher Art dieser Wille sein müsse. So zweideutig ferner das Hauptzeugniß (l. 34 pr. D. h. t.) in anderen Punkten sein mag, so ausdrücklich verlegt es den Grund des Nichterwerbs in einen dissensus (in corpore) [10]); der nachher erwähnte error in corpore ist nur ein weitergefaßter Ausdruck für den vorher gegangenen dissensus in corpore [11]); auf Consens mit dem Tradenten wird der Besitzerwerb auch anderweitig gestützt [12]).

---

zesse, Acta commiss. des Amtes Dresden 1765. Lit. M. fol. 34. Vgl. Grimm, Rechtsalterth. S. 109 Kap. IV. S. 557. 6.

9) z. B. Jacobus Venentius zu l. 34 D. h. t. in Tractat. illustr. tom. VI. P. II. fol. 244 — corporalium rerum possessio acquiritur per concurrentiam animorum tradentis et recipientis — Bartolus, super prima parte Dig. novi ad h. t. — dissensus recipientis impedit traditionem possessionis. —

10) — nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus —

11) daß dissensus in corpore nur eine Species des error in corpore s. l. 9 pr. cf. §. 2 D. c. e. 18, 1 l. 15 D. jurisd. 2, 1 l. 2 pr. D. jud. 5, 1 l. 116 §. 2 D. r. j. 50, 17. S. übrigens meine possessionis traditio in Bekkers und Muther's Jahrb. Bd. 3 S. 21 fgg. Esmarch, vacuae poss. trad. 1873 S. 51 fgg. bes. S. 61.

12) l. 1 §. 21 D. h. t. — pro traditis eas haberi, si in re

Die Annexionshandlung mag allgemein Ergreifung der Sache (Apprehension) heißen [13]. Ist aber der den Besitz begründende factische Verband zwischen Person und Sache nicht überall sichtlich oder greifbar (§. 135 Anm. 6. 7), so braucht auch die Ergreifung nicht überall mit Hand und Fuß [14] vor sich zu gehen, sondern ist unter Umständen die bloße Anwesenheit des Erwerbers, ja sein Auge genügend, die Sache zu fassen und zu ergreifen [15]. Hiebei kommt alles theils auf die Natur der Sache, theils auf Ledigkeit des Besitzes (vacua possessio) [16] an.

Wie nämlich die den wilden Thieren angeborene Selbständigkeit und Freiheit deren Ergreifung erschwert, und dieselben erst gezähmt werden müssen, wenn sie ohne Tödtung oder Gefangenhaltung als factisch oder rechtlich zu uns gehörig betrachtet werden sollen [17], so steigert der Umstand, daß der zu erwerbende Besitz nicht ledig, d. h. daß die Sache bereits im Besitz, und ihr Besitzer nicht selbst denselben an uns zu ledigen (eröffnen, cediren, tradiren) willens ist, die Körperlichkeit der Ergreifung. Denn auch die todte Sache hat dadurch, daß sie zur Pertinenz einer Person geworden ist, an Widerstandskraft gegen fremde Aneignung gewonnen. So müssen bewegliche Sachen, wenn sie wider den Willen ihres Besitzers in Besitz genommen werden wollen, unmittelbar ergriffen und fortgenommen, geraubt, entwendet, oder

---

praesenti consenserint. l. 12 C. c. e. 4, 38 — secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet — zu „recte“ vgl. Esmarch a. a. O. S. 38.

13) z. B. l. 25 §. 5 D. her. pet. 5, 3 l. 1 §. 26 l. 38 §. 2 D. h. t. l. 4 §. 22 D. usurp. 41, 3 — Savigny, a. a. O. §. 14. Randa §. 11.

14) so noch l. 3 §. 1 D. h. t.: — sufficit quamlibet partem fundi introire —

15) l. 1 §. 21 D. h. t. — non est enim corpore et (t) actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam occulis et affectu — l. 18 §. 2 eod. — si . . demonstret . . — non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem —

16) l. 18 §. 2 cit. cf. l. 79 D. solut. 46, 3. Ueber vacua poss. überhaupt s. Brissonius, de formulis et solemn. verbis pop. Rom. 6, 55. Esmarch, vacuae poss. trad. Prag 1873. II. Bruns, Besitzklagen S. 129.

17) l. 3 §. 14 — 16 D. h. t. l. 3 §. 2 — l. 5 §. 6 l. 55 D. a. r. d. 41, 1.

wenn schon zuvor detinirt, unterschlagen oder sonst contrectirt werden [18]); wo nicht Irrthum, liegt hier Delict [19]), Raub, Diebstahl, Unterschlagung, verbotene Selbsthilfe vor [20]). An unbeweglichen Sachen erlangt man gegen den Willen des Besitzers Besitz gar nur mehr durch Gewalt — Dejection oder Prohibition [21]). Wo dagegen der Besitzer selbst den Besitz für uns lediget, eröffnet [22]), da liegt zwar schon darin, daß diese Eröffnung überall Tradition ist und heißt [23]), das Erforderniß irgend einer Körperlichkeit ausgesprochen; allein Gewalt oder unmittelbar körperliche Ergreifung ist hier nirgends mehr nöthig, woferne sie nicht durch die Natur der Sache [24]) bedingt wird; es ist eine gewisse Abspannung, zum Theil Vergeistigung der Körperlichkeit im Gefolge der Tradition. Namentlich zum Besitzerwerb an Immobilien bedarf es hier nicht erst der vollen Besetzung [25]), nicht einmal der theilweisen Betretung: man ergreift von weitem (longa manu traditio) [26]). Den Immobilien stehen die schwer beweglichen Mobilien gleich [27]); kommen hier nebst der Anwesenheit des Empfängers auch noch Markirungen vor [28]), so dürften diese mehr

18) l. 3 §. 18 D. h. t. Si rem apud te depositam . . . loco non moveris et inficiandi animum habeas . . . possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur cf. l. 1. §. 2 §. 3 l. 22 §. 1 D. furt. 47, 2.

19) l. 5 D. interd. 43, 1. Interdicta . . . quae ob delictum . . dantur, veluti cum vi dejecerunt —

20) Anm. 18; oben §. 82.

21) l. 3 §. 7 l. 6 §. 1 l. 25 §. 2 l. 46 D. h. t.

22) — in vacuam p. hortorum . . ire jussit . . seque inde excessisse desisseque possidere dixit — (don. Fl. Syntrophi) — s. oben §. 134 Anm. 9.) l. 78 §. 1 D. c. e. 18, 1 — decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris — Vat. f. 249 — non aliter vacua jure dantis res erit, quam ea vel ejus voluntate tradatur vel abscessu sui aedem novo domino patefecerit —

23) s. namentlich das „vacuam possessionem tradere" z. B. l. 2 §. 1 l. 3 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 17 §. 1 D. c. e. 18, 1 l. 75 §. 7 D. v. o. 45, 1.

24) z. B. des Vogels ohne Käfig. Vgl. l. 3 §. 15 D. h. t.

25) l. 3 §. 1 D. h. t. — sufficit, quamlibet partem fundi introire —

26) l. 18 §. 2 D. h. t. (Anm. 15) vgl. l. 79 D. solut. 46, 3.

27) l. 1 §. 21 D. h. t. — pro traditis (columnas) haberi, si in re praesenti consenserint —

28) l. 14 §. 1 D. peric. e. comm. 18, 6. — Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset — scil. eas quas —

zum Beweise was, als dazu, daß tradirt sei, dienen müssen. Sonst müssen Mobilien, um als ergriffen zu erscheinen, in das Gewahrsam (§. 135 S. 494 fg.) des Erwerbes kommen: es sei nun, daß dieses schon durch die bloße Anwesenheit des Erwerbers bei der Sache begründet ist [29]), oder daß es erst eigens begründet werden muß [30]); die Empfangnahme der Schlüssel zu den unter Verschluß befindlichen Waaren erscheint uns überall als eine zur Anwesenheit des Erwerbers hinzukommende Begründung der custodia [31]), auch in denjenigen Stellen und Fällen, wo die Anwesenheit nicht ausdrücklich gefordert ist [32]). Das Labeonische quarundam rerum animo possessionem apisci nos will nicht sagen, daß man unkörperlich erwerben könne, sondern daß man ohne unmittelbar körperliches Zugreifen erwerben könne, wie denn in dem gegebenen Falle (der Tradition eines Holzhaufens) Labeo selbst zu der Anwesenheit des Erwerbers noch eigene Begründung der custodia, Javolenus nur Anwesenheit fordert [33]). — Aehnlich wie bei vacuae possessionis traditio muß sich die Ergreifung verhalten, wo der Besitz (als ob er gleich dem Eigenthum zeitweilig ohne Herren [34]) bestehen könne), ledig heißt, weil er von seinem früheren Inhaber verloren und inzwischen nicht wiedererworben ist [35]), so wie da, wo die Sache noch ursprünglich frei ist — vorausgesetzt überall, daß nicht die Natur der Sache Bewältigung verlangt. Solo animo, d. h. nicht durch bloßen Affect, aber durch bloße Willenserklärungen geht die Tradition und der Erwerb des Besitzes nur vor sich, wo die Detention schon zuvor beim Erwerber ist (brevi manu possessio-

29) l. 79 D. solut. 46, 3 l. 1 §. 21 l. 3 §. 15 D. h. t. und so wohl auch Javolenus in l. 51 D. h. t. — utrum mihi an et cuilibet jusserim custodia tradatur —

30) so Labeo in l. 51 cit. — simulatque custodiam posuissem —

31) l. 74 D. c. e. 18, 1. — si claves apud horrea traditae sint —

32) l. 1 §. 21 cit. in fin. l. 9 §. 6 D. a. r. d. 4, 1 Savigny S. 225, Lenz S. 143 — wogegen Baron S. 128 §. 9; allein „si jusserim . . tradere" bedeutet keinen „Befehl".

33) l. 51 cit. wozu Savigny §. 16 S. 219 Anm. 2 u. S. 223.

34) l. 1 pr. D. succ. ed. 38, 9 — ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent —

35) l. 4 §. 22 §. 28 D. usurp. 41, 3; l. 37 §. 1 ead. vgl. Bruns, a. a. O. S. 129.

nis traditio)[36] oder wo sie nachher beim Tradenten bleiben soll (s. g. constitutum possessorium)[37]. „Nie — kann man sagen — erfolgt der Besitzerwerb solo animo, und in keinem einzigen Fall kann das corpus ganz entbehrt werden“[38].

§. 138.

Vacuae possessionis und possessionis traditio.

Nach dem bisherigen besteht vacuae p. t. lediglich darin, daß der Besitz (weil durch den Besitzer oder seinen Vollmachtträger selbst tradirt) im Momente der Tradition des bisherigen Besitzers ledig und dadurch für dem Empfänger eröffnet („offen und frei“) wird[1]. Weiter gehen nun aber zuvörderst die Quellen, insoforne sie Ledigkeit nicht nur von dem bisherigen Besitzer, sondern auch von jedem Detentor fordern, den der neue Besitzer nicht eigenmächtig ausweisen kann; mithin Ledigkeit von jeder obrigkeitlichen Immission, nicht von jeder Detention[2]. Indessen, einen bisherigen Besitzer setzt jede possessionis t. voraus, eine Immission entfernt nicht jede; Entledigung des bisherigen Besitzers ist also vacuae p. t. stets, Entledigung von einem immissus entfernt nicht immer; lediglich nach dem betrachtet, was sie immer und stets ist, ist vacuae p. t. die den Besitz von seinem bisherigen Inhaber ledigende Besitzestradition. Nicht mehr technisch dürfte die Verwendung der „vacua p.“ für den zeitweilig von seinem Inhaber verlassenen Besitz sein[3]. — Weiter geht ferner

---

36) l. 3 §. 3 D. h. t. — solo animo non posse nos acquirere poss., si non antecedat naturalis p. — l. 9 §. 5 D. a. r. d. 41, 1 l. 62 pr. D. evict. 21, 2 l. 9 §. 9 D. r. cr. 12, 1 — im Gegensatze zu b. m. dominii traditio: l. 21 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 Savigny §. 19.

37) l. 18 pr. D. h. t. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere — desino possidere et alium ministerio meo possessorem facio. z. B. l. 77 D. r. v. 6, 1 l. 28 l. 35 §. 5 C. donat. 8, 54. Savigny §. 27 l. 21 pr. D. h. t.?

38) Kierulff, Theorie d. Civilr. S. 379 l. 30 §. 5 D. h. t. — retinere enim animo possessionem possumus. apisci non possumus —

1) Vat. fr. 249 l. 17 D. c. e. 18, 1. Bruns, Besitzklagen S. 129 —131.

2) l. 2 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 cf. l. 18 D. vi 43, 16.

3) l. 11 C. unde vi 8, 4.

die Definition, nach welcher vacuae p. t. nicht mehr traditio gewöhnlichen Sinnes, d. i. keine auf körperlicher Uebergabe beruhende Tradition, sondern nurmehr Willenserklärung, und zwar eine zweiseitige, vacuam p. offerirende und acceptirende Willenserklärung ist [4]). Und in der That ist sicher, daß neben den Mancipationsurkunden eigene Verbriefungen der vacuae p. t. vorkamen (diplomata vacualia) [5]), daß Laien diese für nothwendig hielten [6]), — darnach möglich, daß in ähnlicher Weise wie Stipulationsurkunden die Stipulation, so diese Traditionsurkunden späterhin die Tradition entbehrlich gemacht haben [7]), daß also v. p. t. wenn auch nicht einfach als bloße Willenserklärung, so doch als bloßes Document einer Willenserklärung [8]) vorgekommen sein mag. Allein wie die Stipulation selbst um deswillen, weil sie durch Stipulationsurkunden entbehrlich werden konnte, noch nicht ausstarb, sondern in ihrer alten Mündlichkeit nebenher fort und fort vorkam, so dürfte auch vacuae p. t. zu keiner Zeit blos in Gestalt jener Verbriefungen, sondern immerhin auch in der in der Verbriefung vorausgesetzten und bezeugten leibhaftigen Traditionsgestalt vorgekommen sein [9]).

Eine bemerkenswerthe Seite der v. p. t. ist endlich, daß ihre Tradition als kein „bloßes Faktum," sondern als ein „causam bonorum" enthaltendes Ding bezeichnet wird [10]). Das ist nur denkbar, wenn die vacua p. selbst causam bonorum mit sich führt. Sie führt aber solche mit sich, in sofern sie etwas ihrem Inhaber *gehörendes* ist [11]), von denjenigen Personen

4) Esmarch, vacuae p. t. S. 49 §. 8 „ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches darin besteht, daß der Tradent dem Empfänger erklärt, possessio sei für ihn vacua, der Empfänger aber die Erklärung annimmt." Vgl. Denselben S. 23 unten u. S. 32 §. 4.

5) Rudorff, Pfandklagen Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 13 S. 189 fg. Esmarch, a. a. O. S. 24. Anm.; instrumenta testationis vacuae p. namentlich auch in l. 12 C. c. e. 4, 38 l. 12 C. probat. 4, 19 l. 2 C. h. t. vgl. l. 48 D. h. t. — und deren Testirung in den Donationsurkunden bei Bruns, fontes, ed. alt. p. 132 a—c.

6) l. 2 C. h. t l. 12 C. c. e. 4, 38.

7) aber noch nicht zur Zeit der l. 12 C. probat. 4, 19 a. 299.

8) l. 12 C. cit. Cum res non instrumentis *gerantur*, sed in haec rei gestae *testimonium* conferatur —

9) vgl. Anm. 6.

10) l. 52 §. 1 D. v. o. 45, 1 Esmarch §. 3.

11) s. besonders l. 28 D. h. t. — sciens (rem) *meam* esse, utrum

also, die nichts für sich eigen haben können, nicht für sich stipulirt und erworben werden kann [12]), Gegenstand von Veräußerungen und Condictionen [13]), und mit der nackten Thatsache, daß eine Sache aus- und eingehändiget wird — wie sich zeigen soll — noch nicht da ist.

Vergleichen wir mit dieser vacua p. und vacuae p. traditio die possessio und possessionis traditio schlechthin, so sind sie darin, daß zur vacua p. Ledigkeit auch von obrigkeitlicher Immission gehört, immerhin verschieden; denn possessio schlechthin besteht trotz missio [14]). Dagegen treffen alle die Merkmale, um derentwillen wir vacuam p. als etwas bonitarisches denken, auch bei der possessio schlechthin zu [15]), und ohne Entledigung der Sache von ihrem bisherigen Besitzer ist auch an die gemeine possessionis traditio nicht zu denken. Also führt jede possessionis traditio eine Evacuirung (Apertur) mit sich, und ist darum wohl erklärlich, daß anstatt vacuae p. t. abwechselnd auch blos possessionis t. steht [16]). Insonderheit aber dürfte zu behaupten sein, daß die Evacuirung von dem bisherigen Besitzer und der Erwerb durch den neuen bei der possessionis traditio überhaupt nicht anders erfolgt, als von der vacua p. t. geschrieben steht [17]): nur dadurch, daß der bisherige Besitzer selbst, oder wer für ihn Vollmacht hat, tradirt. Jedenfalls an Grundstücken wird man nicht Besitzer durch Tradition von Seite desjenigen, der in den Besitz eingedrungen, aber noch nicht Besitzer geworden

---

quasi proprietatis respectu, an possessionis tantum — dann das »dominium possessionis« in l. 7 D. incendio 47, 9 l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 c. 2 C. Th. 8, 18; ausweichend Savigny, Bes. §. 5 S. 43 Anm. 1 — ferner die alienae res et possessiones l. 11 C. unde vi 8, 4 l. 18 pr. D. h. t. überhaupt oben §. 135. Anm. 1.

12) l. 38 §§. 6—8 D. v. o. 45, 1.

13) l. 11 D. a. r. d. 41, 1 l. 46 D. don. i. v. e. u. 24, 1 l. 2 D. cond. trit. 13, 3 l. 15 §. 1 D. cond. ind. 12, 6 l. 25 §. 1 D. furt. 47, 2.

14) z. B. ex primo decreto damni inf. nom.: l. 15 §. 20 §. 21 l. 4 §. 1 cf. l. 15 §. 21 §. 22 §. 33 D. h. t. 39, 2.

15) s. die Anm. 10—13 citt. Stellen.

16) z. B. l. 33 D. l. 2 C. h. t. l. 68 §. 2 D. c. e. 18, 1 l. 4 pr. D. usur. 22, 1 vgl. Savigny, §. 11 S. 188 fgg. und die das. Agff.

17) §. 137 Anm. 21; besonders Vat. fr. 249 l. 33 D. h. t.

ist (§. 137 Anm. 21), oder desjenigen der in fremdem Namen besitzt, aber zur Tradition keine Vollmacht hat[18]), oder desjenigen, der eine Vollmacht hatte, sie dagegen jetzt, zur Zeit der Tradition, wissentlich nicht mehr hat[19]) — während unwissentlicher Verlust der Vollmacht durch Tod des Mandanten auch hier ignorirt wird[20]). Ob man an Mobilien durch einen Anderen als den Besitzer oder seinen Vollmachtträger Besitz tradirt erhalten und also Besitzer werden könne, hängt davon ab, ob wir durch denjenigen, welcher sich irrthümlich für den Besitzer einer solchen Sache hält, oder irrthümlich zur Traditon derselben ermächtigt zu sein glaubt, durch Tradition zum Besitzer werden können. Denn nur ein derartiger Nichtbesitzer contrectirt nicht, und macht sich nicht zum Besitzer, indem er tradirt, während bei demjenigen der wissentlich eine fremde Sache und ohne Vollmacht tradirt, das Gegentheil der Fall ist[21]). Käme nun vor, daß Jemand in gedachtem Irrthum „den Besitz" einer beweglichen[22]) Sache tradiren wollte, so müßte in Consequenz des Traditionsbegriffes[23]) die Tradition des vermeintlichen Besitzers, auf Grund der l. 33 l. 17 §. 1 D. h. t. die des vermeintlichen Vollmachtträgers, erfolglos sein. Sollte nichtsdestoweniger auf der einen

18) l. 12 C. h. t., Ex libris Sabinianis quaestionem . . relatam tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus vel quispiam alius per quem licentia nobis est possidere, corporaliter nactam possessionem dereliquerit . vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur — wozu nun namentlich Bruns, a. a. O. S. 109 fgg.: von proditio statt traditio nur die Rede, weil „eine eigentliche Tradition „vom Vertreter, da er ja selbst keinen Besitz hat . . . rechtlich gar nicht „möglich ist". S. auch l. 17 D. c. e. 18, 1.

19) l. 33 cit. — si id fecerit cum sciret, dominum mortuum, aut cum sciret heredes id facere nolle, contra erit (scil. possessio non recte tradita erit); zu dem »non recte« s. Esmarch, a. a. O. S. 38.

20) vgl. l. 33 cit. mit l. 26 pr. §. 1 l. 58 pr. D. mand. 17, 1.

21) l. 52 §. 17 l. 54 §. 1 cf. l. 67 D. furt. 47, 2 l. 4 §. 10 l. 33 §. 4 D. usurp. 41, 3 l. 3 §. 18 l. 47 D. h. t. vgl. oben §. 137 Anm. 18—20.

22) z. B. l. 39 D. h. t. l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3 — ununterschieden res mobilis und immobilis in l. 13 D. distr. pign. 20, 5.

23) Traditio nihil amplius transferre . . . potest, quam est apud eum qui tradit — l. 20 D. a. r. d. 41, 1.

Seite dem wirklichen Besitzer (weil er custodiam verliert) der Besitz verloren gehen [24]), auf der anderen Seite Besitz erworben werden, (weil der Empfänger nun doch einmal will und zugreift), so könnte doch von keiner Cession oder Tradition des Besitzes dort, von keinem Erwerbe des Besitzes aus Tradition hier die Rede sein; der Erwerber würde „nicht in der besonderen Eigenschaft des Empfängers einer tradirten Sache, sondern in der allgemeinen eines Apprehendenten [25])" erwerben. Allein daß derjenige, welcher den Besitz aus des Besitzers Hand haben will, ihn überall zugleich einseitig, auf eigene Faust, dem Besitzer zum Trotz, haben will, leuchtet nicht ein; dieser einseitige Aneignungswille ist nicht das Genus, das den consensualen als Species in sich schließt [26]), sondern selbst Species einer Gattung, die hier wie sonst nirgends als solche, sondern nur in ihren Arten zur Erscheinung kommt. Darum scheint in unserem Traditionsfalle der Besitz zwar für den bisherigen Besitzer verloren zu gehen [27]), mit nichten aber für den Empfänger der Sache auch schon erworben zu werden. Mit dem interdictum utrubi der alten Fassung wäre der wirkliche Besitzer aber selbst für den Fall geschützt gewesen, daß der Empfänger der Sache den Besitz sofort erworben hätte [28]).

Sieht man indessen von den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes (§. 139) ab, so kommt der speciell auf possessio gerichtete Aneignungswille [29]), mithin possessionis traditio [30]) bei Mo-

---

24) l. 47 D. h. t. — rerum mobilium neglecta atque omissa custodia quamvis eam nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit —

25) Windscheid, P. §. 153 Anm. 6. Hölder, krit. Viertelj. Bd. 16 über Esmarchs vacuae p. t. S. 538. Vgl. übrigens l. 5 D. h. t. — Si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem . . praedo es —

26) wie Hölder a. a. O. S. 538 annimmt, obwohl er zuvor (S. 535) bemerkt, daß „der auf Erwerb durch Tradition gerichtete Wille . . ein anderer (ist) als der auf Occupation gerichtete."

27) vgl. den wahrscheinlich accursischen Zusatz zu der Glosse »dominii« l. 5 C. h. t. — licet eam (possessionem) dominus amisisset traditione facta, ut dixi.

28) Gaj. 4, 151; D. utrubi 43, 31.

29) vgl. den specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus in l. 28 D. h. t.

30) deren Gegensatz zu Mancipationen ꝛc. bei Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 12 S. 189.

bilien in unseren Quellen selten vor[31]). Gemeiniglich erscheint hier res als Gegenstand der Tradition[32]); und wenn nun gleich rei traditio eben so oft possessionem, als possessionis traditio rem (Eigenthum oder doch Usucapionsbesitz) für den Empfänger zur Folge hat[33]), und wohl um deswillen die beiden Ausdrücke sich für einen und denselben Traditionsfall ablösen können[34]), so kommen dieselben doch auch im schärfsten Gegensatze vor[35]), und müssen demnach von verschiedener Bedeutung wenigstens sein können[36]). In der That können Gegenstand und Folge hier und dort durchaus verschieden sein. Nach blos natürlicher Auffassung nämlich bildet (von juris quasi traditio abgesehen) überall die Sache (fundus, servus u. s. f.) den Gegenstand der Tradition[37]); wird man durch dieselbe Besitzer, Eigenthümer, so waren Besitz, Eigenthum der Zweck und die Folge, nicht der Gegenstand der Tradition, die Tradition der Sache Mittel zum Zweck[38]); bei bildlicher Verwendung der „traditio" dagegen ist nicht die bloße Sache, sondern das Recht oder Rechtsding, welches an der Sache haftet, und durch den Tradenten dem Empfänger gewirkt werden soll — ist Eigenthum oder Besitz Gegenstand der Tradition und also von possessionis und dominii traditio die Rede. Aber wie res, fundus, ager anstatt Eigenthum[39]), so steht rei traditio oft, ja meistens[40])

31) von den unterschiedslos redenden l. 28 cit. l. 9 §. 6 D. Publ. 6, 2 etc. abgesehen s. l. 74 D. c. e. 18, 1. Esmarch, S. 16, Alin. 3.

32) z. B. l. 1 §. 21 D. h. t. l. 9 §. 1 D. Publ. 6, 2 l. 9 §. 5 D. a. r. d. 41, 1 l. 14 §. 1 D. peric. 18, 6.

33) Esmarch, a. a. O. S. 16.

34) l. 9 §. 6 D. Publ. 6, 2 l. 7 §. 2 D. pro emt. 41, 4 l. 1 §. 5 D. exc. r. v. 21, 3. Esmarch, a. a, O. Windscheid §. 153 Anm. 6, meine poss. trad. S. 52.

35) l. 38 §. 1 D. h. t. — possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur — wozu der Gegensatz von dominii und possessionis translatio in l. 4 §. 2 D. alien. jud. mut. 4, 7 und wohl auch in l. 11 D. a. r. d. 41, 1 l. 46 D. don. i. v. e. u. 24, 1. — u. oben §. 130 Anm. 3.

36) s. dagegen Witte, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 18 S. 237 fgg.; Windscheid a. a. O.; Exner, Trad. S. 11 Anm. 23 und die das. Agff.; abweichend Esmarch a. a. O. S. 17 Alin. 1.

37) Gaj. 2, 8 Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.

38) Ulp. 19, 7 — harum (nec mancipi rerum dominium ipsa traditione adprehendimus — Exner, Trad. S. 11 „Rechtserwerb ist also der Zweck, Besitzerwerb das Mittel."

39) §. 130 Anm. 3.

40) nicht immer: z. B. die von Windscheid citt. l. 22 §. 1 D.

für dominii traditio. Da gibt es denn Fälle, in denen etwas anderes oder mehr als possessio Gegenstand der Tradition gar nicht sein kann: wie heute noch an der dem Legatar, Erben bereits gehörigen, an der dem Käufer mit Eigenthumswirkung verbrieften, aber erst noch zu extradirenden Sache [41]), — gleichwie Fälle, in denen etwas anderes als Eigenthum nicht beschafft werden kann [42]). Jedenfalls in diesen Fällen sind possessionis und rei traditio zweierlei, nach Gegenstand und Folge verschiedene Traditionen. In den anderen Fällen treffen sie der Folge nach zusammen, indem hier mit dem Besitze das Eigenthum, dort mit dem Eigenthum der Besitz erworben wird [43]); allein ob sie auch denselben Gegenstand haben, ist wenigstens zweifelhaft. Wird res (Eigenthum) tradirt, so läßt sich zwar denken, daß damit zugleich Besitz, — Besitz im Eigenthum — tradirt werde [44]); allein denken läßt sich auch, daß hier lediglich das Eigenthum Gegenstand der Tradition, der Besitz aber, vielmehr die Besitzergreifung nur das Mittel zur dominii traditio (Anm. 38) und ähnlich wie die Handanlegung beim Eigenthumserwerb an Mobilien durch mancipatio [45]) etwas Einseitiges [46]), daß sie zwar voluntate des Tradenten, und sofern nicht räuberisch, allein nicht als Objekt der Tradition erworben sei. Wird „Besitz" tradirt, so läßt sich zwar wiederum denken, daß damit zugleich Eigenthum tradirt werde — Eigenthum in Besitzesgestalt; allein denkbar ist auch und dem Worte sowie der Antithese von possessionis und rei (dominii) traditio gerechter, daß hier lediglich possessio der Gegenstand, das Eigenthum aber Endziel und Folge der Tradition, — oder

pign. act. 13, 7 l. 36 D. h. t. l. 238 §. 2 D. v. s. 50, 16 vgl. Esmarch, S. 16; meistens: s. die oben Anm. 34. 35 und 31 citt. ll. dann l. 9 §. 3 D. a. r. d. 41, 1; §. 130 Anm. 3.

41) älteres röm. R. oben Anm. 5; meine poss. trad. S. 52.

42) brevi manu dominii traditio: §. 137 Anm. 36.

43) Anm. 33.

44) vgl. l. 3 §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1 — qui fundum dari stipulatur, vacuam quoque p. t. oportere stipulari intelligitur.

45) Gaj. 1, 121 — adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur —

46) l. 5 D. h. t. — si non voluntate mea nactus sis possessionem . . praedo es —

daß possessionis traditio Mittel zum Zwecke des Eigenthumserwerbes sei, der durch den Eigenthumserwerbsgrund fundirt und durch possessionis traditio nur ausgeführt wird [47]).

Davon nun, daß Tradent selbst Besitzer sein oder vom Besitzer ermächtiget sein müße, damit der Empfänger Besitz „empfange", kann nur die Rede sein, wo die Tradition den Besitz zum Gegenstande hat oder Besitzes-Tradition (poss. trad.) ist. Wo sie, wie bei Mobilien gewöhnlich, als rei traditio auftritt, kann nicht behauptet werden, daß possessio ihr Gegenstand sei. Ist aber einmal, gleichviel, ob bei Mobilien oder Immobilien, possessio Gegenstand der Tradition, so müßte die Sprache lügen, wenn nicht ebensowohl possessionis, als vacuae p. traditio [48]) der durch Savigny begründeten und heute allenthalben herrschenden Lehre entgegen, ein derivativer Erwerbsact wäre. Denn traditio ist derivatio. Zur derivativen (durch Dasein des Tradirten in der Person des Tradenten oder seines Prinzipals bedingten) Natur der Besitzestradition haben sich vor Zeiten Irnerius [49]) und Cujacius [50]) bekannt, wonach ihre Behauptung leidenschaftsloser Würdigung [51]) werth war. Den noch übrigen, vom Vf. selbst erhobenen Einwand, daß in den Quellen des öfteren ersessen wird, wo von einem Nichtbesitzer und Nichtbefugten tradirt wurde [52]), hat Cujacius [53]) durch Erstreckung des Putativtitels auf einen Putativbesitz zu beseitigen versucht; wir möchten noch immer entgegnen, daß in keiner von diesen Stellen „possessionis" traditio vorkommt, bei rei traditio überall ein-

47) z. B. l. 48 D. h. t. Praedia . . . donavit eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit — l. 77 D. r. v. 6, 1.

48) Esmarch S. 33 Nro. 1—3.

49) Gloss. zu »dominii« in l. 5 C. h. t. — Sed numquid emtor iste, qui emit a colono, poterit usucapere? Quidam dixerit, ut Irnerius, quod non, arg. l. 29 D. usurp. Colonus enim non potuit dare possessionem, quam non habebat —

50) Comment. in h. t. l. 29.

51) die sie bei Bangerow, Pand. 7. Ausg. §. 202 Anm. S. 361 nicht gefunden hat. Vgl. Esmarch, a. a. O. S. 12.

52) meine poss. trad. S. 40 fg.; argg. l. 2 C. ne rei dom. 7, 38 l. 1 l. 2 l. 5 C. de reb. al. non al. 4, 51 l. 3 C. praescr. 10 v. 20. ann. 7, 33.

53) a. a. O. — Justus error emtoris possessionis et usucapionis occasionem praebet, quamvis et ipso jure nulla translata possessio in emtorem fuerit sine t. auctoritate —

seitig Besitz erworben sein konnte [54]), in l. 1 C. cit. aber bewegliche Sachen tradirt werden, deren Besitz leicht der Tradent selbst (durch contrectatio) hatte [55]). Zur Ergänzung und Bestärkung aber dient, daß auch die übrigen Erfordernisse, welche der Begriff derivativen Erwerbes mit sich führt [56]) zutreffen: daß der animus possidendi im Falle des Erwerbes aus Tradition sich zum consensus erweitert [57]), daß wie von Tradition so auch von Veräußerung des Besitzes die Rede, und zu dieser nicht minder als zu der des Eigenthums Handlungsfähigkeit und Dispositionsmacht [58]), so wie Abwesenheit eines perfecten Veräußerungsverbotes [59]) nothwendig ist. Um diese beiden letzteren Erscheinungen und Stellen umzudeuten, sagt man, daß mit der Nichtigkeit der Besitzveräußerung nicht der Erwerb des Besitzes, sondern nur der Erwerb des Besitzes durch Veräußerung (Succession) abgesprochen sei [60]), nimmt hiemit für den Fall giltiger Besitzesveräußerung Erwerb durch Veräußerung (Succession) an, und gibt also derivativen Besitzerwerb zu, indem man ihn läugnet. Aber auch, daß bei nichtiger Besitzesveräußerung Besitz erworben werde, kann nicht allgemein, sondern nur für den Fall zugegeben werden, daß derjenige, an welchen veräußert werden soll, die Nichtigkeit der Veräußerung kennt, und trotzdem — unter dem Scheine zweiseitigen Erwerbes in Wahrheit und geflissentlich einseitig — zugreift. So erwirbt der Gatte, dem die Nichtigkeit der Schenkung bekannt sein muß, einseitig [61]); wer ohne Ahnung von der Nichtigkeit der Veräußer-

54) vgl. oben Anm. 22—28; 45—46.

55) s. oben Anm. 21.

56) vgl. Esmarch S. 33.

57) s. oben §. 137 Anm. 9—12.

58) l. 29 D. h. t. und dazu l. 11 D. a. r. d. (41, 1): Pupillus . . alienare . . nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore; et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est; quae sententia vera est. Vat. fr. §. 1 — mulier s. t. a. possessionem alienare potest. —

59) l. 46 D. don. i. v. e. u. 24, 1. Inter virum et unorem nec possessionis ulla donatio est.

60) Savigny §. 32 Anm. 4 S. 356 §. 7 S. 80 Anm. 1. Windscheid §. 153 Anm. 10. S. dagegen Rudorff zu Savigny Nro. 112. Keine omissio in nichtiger alienatio, darum keine „ähnliche Unterscheidung" (Sav.) enthält l. 119 D. r. j. 50, 17 l. 4 §, 1 §. 2 D. alienat. jud. mut. c. 4, 7.

61) also nicht civiliter: l. 26 pr. D. don. i. v. e. u. 24, 1 l. 16

ung zweiseitig erwerben wollte, wollte nicht zugleich einseitig erwerben, würde den Besitz nicht erwerben [62]). — Zur Probe dient endlich die Thatsache, daß die Tradition des Besitzes gleich der des Eigenthums eine bedingte sein kann [63]); läßt sich der Erwerb des Besitzes bei bedingter Tradition nicht ohne den Willen des Tradenten denken, so kann er auch bei unbedingter Tradition nicht einseitig auf dem Willen des Erwerbers beruhen.

Erklären aber läßt sich das Vorkommniß derivativen Besitzerwerbs daraus, daß der Besitz nicht bloße res facti, sondern auch juris, und daß er unter der Zubehör der Person (causam bonorum continens) [64]) ist. Derivirbarkeit einmal angenommen, ist auch nicht abzusehen, warum diese res juris nicht eben so direct, wie das parallellaufende Eigenthum, sondern nur gebrochen, mit Novation, wie die Obligationen, tradirbar sein solle [65]); der directen (Singular-) Succession in die Obligation stund die Person des Dritten (Schuldners), die bei der Tradition des Besitzes so wenig existirt als bei der des Eigenthums, im Wege (S. 242). Folgerecht ist der Beweis des Besitzerwerbes durch Besitzestradition nicht blos auf die nackte Handbewegung der Hingabe und Ergreifung der Sache, sondern auch auf Zugehörigkeit des Besitzes an den Tradenten oder seinen Principal gerichtet; das entspricht dem bonitarischen Elemente im Besitze [66]), so wie der üblichen Documentirung der Besitzesfolge wenigstens bei Grundstücken [67]). Konnte man ja doch zweifeln, ob possessio ohne instrumentum (testationis vacuae p.) tradirt sei [68]).

D. h. t. Quod uxor viro aut vir uxori donat, pro possessore possidetur l. 1 §. 2 D. pro donat. 41, 6 l. 1 §. 4 D. h. t.

62) s. oben Anm. 24—28.

63) l. 38 §. 1 D. h. t. — possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit.

64) s. oben Anm. 10.

65) Rudorff, zu Savignys Bes. Nro. 15.

66) vgl. das in bonis esse der Serviana entgegen dem factum des interd. Salv., Rudorff, Pfandklagen, Bd. 13, S. 230 fg.

67) vgl. oben Anm. 5—8 und dazu weiter c. 5 C. Th. sine censu.. fundum comparari non posse 11, 3 cf. l. 4 §. 4 C. cens. 50, 15 Spangenberg, j. R. tab. negg. soll. p. 172.

68) l. 12 C. h. t. l. 12 C. c. e. 4, 38.

§. 139.

S. g. abgeleiteter Beſitz.

Ein abgeleiteter iſt nach §. 138 jeder durch Tradition erworbene Beſitz. Auf Grund der Anſicht, daß aller Beſitzerwerb einſeitig oder originär ſei, wird jener Ausdruck aber ſeit Savigny (§§. 20. 24. 25) mit Einſchränkung auf nur einige wenige, nämlich für diejenigen Fälle der tradita p. gebraucht, in denen man denn doch eine „Veräußerung" oder „Uebertragung", alſo der vermeintlichen Regel entgegen ausnahmsweiſe eine „Ableitung", und ſo ſehr man ſich gegen das eigene Wort ſträubt [1]), eine Derivation oder Succeſſion des Beſitzes, und zwar um deswillen annimmt [2]), weil hier der Erwerber ohne den animus domini Beſitzer wird, er den Beſitz alſo nicht aus ſich haben könne, ſondern von wo anders her haben müſſe. Und gewiß iſt, daß in der Depoſition beim Fauſtpfandgläubiger possessio ſtets [3]), beim Sequeſter möglicherweiſe [4]), und in der Hingabe an den Precariſten vermuthlich [5]) übergeht, und daß ſie ſämtlich doch den animus domini nicht haben [6]). Nichtsdeſtoweniger verrathen die Quellen keinen Gedanken an eine Anomalie; als etwas fingirtes [7]) zumal erſcheint wohl einmal der Umſtand, daß in einem gewiſſen Sinne der Verpfänder fortbeſitze [8]), nirgends dagegen die possessio des

1) Savigny §. 9 S. 132. Anm. 2.

2) Savigny §. 20 vgl. Rudorff zu Sav. Nro. 89 „Uebertragung des Beſitzes;" — manche denken nur an „Uebertragung des jus possessionis" z. B. Seuffert § 106 oder an „Uebertragung des Rechtsſchutzes" z. B. Arndts, P. §. 135 a. E.; eine Summa der literariſchen Bewegung, daſelbſt Anm. 8.

3) arg. l. 37 D. pign. act. 13, 7 l. 13 D. distr. pign. 20, 5 cf. l, 36 l. 1 §. 15 D. h. t. l. 16 D. usurp. 41, 3.

4) l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3 l, 39 D. h. t.

5) l. 4 §. 1 D. prec. 43, 26 vgl. mit l. 6 §. 2 D. eod. und l. 10 §. 1 D. h. t.

6) l. 22 §. 1 D. nox. act. 9, 4 — licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident — l. 13 pr. D. usurp. 41, 3. Pignori rem acceptam usu non capimus: quia pro alieno possidemus — l. 13 §. 1 D. Publ. 6, 2 — neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse —

7) Windſcheid, §. 149 Anm. 7.

8) l. 36 D. h. t. »intelligitur possidere« vgl. l. 1 §. 15 eod. l. 16 D. usurp. 41, 3.

Gläubigers. Das ganze Vorkommen hat denn auch nur sein Eigenes, nichts Anomales; sein Eigenes aber nicht darin, daß possessio „abgeleitet", sondern darin, daß sie auf Einen übertragen wird, der sie doch nicht als sein eigen haben will. Dieselbe Besonderheit kommt aber auch beim Eigenthum, in Gestalt der fiducia [9]) vor, und ist durch die Thatsache und den Begriff der Anvertrauung erklärt und gerechtfertigt. Nichts hindert denn auch anzunehmen, daß der Faustpfand-Verpfänder, Deponent, und precaristische Verleiher ebenso wie vordem Eigenthum, nunmehr Besitz anvertrauen [10]) oder anvertrauen können; daß der Verpfänder trotz Aushändigung der possessio an den Gläubiger zu usucapiren fortfährt [11]), und daß dem Staat und der Gemeinde gegenüber an Grundstücken er, nicht der Gläubiger als possessor gilt [12]), rechtfertiget sich dadurch, daß Gläubiger zwar den Besitz selbst, aber gleichwohl nur für den Verpfänder, dieser den Besitz also durch den Gläubiger hat; gibt er ihn weiter, so hört die Usucapion des Verpfänders auf [13]). Darnach bietet sich an Stelle des „abgeleiteten" Besitzes noch immer der „anvertraute" dar [14]).

§. 140.

Besitzerwerb durch Dritte.

Den Aneignungswillen sollen wir, um Besitz zu erwerben, selbst haben, während die Annexionshandlung durch einen Dritten erfolgen kann [1]). Ausnahmsweise braucht der Erwerber nicht einmal selbst zu wollen: wenn der Dritte in seiner hausherrlichen

9) Gaj. 2, 60.

10) vgl. Unterholzner, die L. v. d. Verjährung 1815 S. 169. Anm. d. — dagegen Savigny, §. 24 S. 296 Anm. 1 und in den „sog. abgeleiteten Besitz" übergleitend Unterholzner selbst in der „Ausf. Entwicklung der Verj. Lehre". 2. Aufl. Bd. 2 S. 104.

11) l. 33 §. 4 D. usurp. 41, 3.

12) l. 15 §. 2 D. qui satisd. 2, 8. Rudorff, Pfandkl. a. a. O. S. 190.

13) l. 33 §. 4 cit. — si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio —

14) s. dagegen Rudorff, zu Savigny, Nro. 39. S. 609.

1) Paul. R. S. V. 2 §. 1. „Possessionem acquirimus animo et corpore, animo nostro, corpore etiam alieno. l. 3 §. 12 D. h. t. — animo nostro, corpore etiam alieno possidemus — l. 53 D. a. r. d. 41, 1 — per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.

Gewalt ist und peculiariter erwirbt [2]), wenn der Dritte sein Tutor oder Curator [3]), oder wenn er Syndicus, Actor und der Erwerber in Wahrheit gar keine Person mehr ist [4]). Diesen Ausnahmen würde sich auch der Besitzerwerb durch den procurator omnium bonorum anzureihen haben, wenn derselbe ohne specielle [5]) Weisung oder Genehmigung von Seite des Principals vor sich ginge [6]); denn einen Aneignungswillen des Principals in Betreff der wirklich in Besitz genommenen Sachen vermögen wir in der generellen Erwerbs- und Verwaltungsvollmacht [7]) nicht mehr zu erblicken [8]); sollte man durch den Verwalter des gesamten Vermögens je „ohne weiteres" Besitz erwerben, so wäre damit ausgesprochen, daß ein solcher procurator dem Tutor und Syndicus gleichgestellt, nicht, daß der animus possidendi in einem Generalmandat enthalten ist. Das Generalmandat ist wohl eine voluntas, wie sie von Seite des Dominus z. B. zu peculium und Peculiarerwerb vorliegen muß [9]), mit nichten aber auch die durch die affectio tenendi bedingte Specialität des animus rem sibi habendi. Sofort aber liegt dazu, daß wer ein Generalmandat ertheilen kann, dem infans, Pupillen, dem unpersönlichen Wesen einer Gemeinde u. s. f. gleichgestellt werde, vor allem kein innerer Grund vor; erscheint der procurator gleichwohl

---

2) l. 3 §. 12 cit. l. 44 §. 1 D. h. t. — utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. Vgl. übrigens Maudry, Begriff und Wesen des Pek. (1869) S, 48 fgg. Arndts §. 141 Anm.

3) l. 13 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 l. 3 in fin. C. h. t.: vgl. l. 1 §. 20 D. h. t.

4) l. 1 §. ult. l. 2. D. h. t.

5) z. B. l. 1 §. 10 D. h. t. — si . . servum miseris ut possideas —

6) wie nach Bremer, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 11, 7. Bd, 17, 8. Arndts P. §. 140 Anm. 2. Randa §. 20 c. Windscheid P. §. 155 und die das. citt. (Sintenis, Rudorff, Exner, Goldschmidt, Hauser) annehmen; s. dagegen Seuffert §. 109 Anm. 9. Schirmer (Anm. 8).

7) z. B. l. 60 D. mand. 17, 1.

8) vgl. Schirmer, Besitzerwerb durch einen procurator o. b. Zeitsch. f. Civilr. und P. Bd. 14 S. 175 und dessen Opposition gegen Bremer überhaupt, a. a. O. S. 138—196. Windscheid selbst: „Allerdings ist . . hier . . der Vertreter . . . auch zugleich Vermittler des Willensmoments."

9) l. 1 §. 5 D. h. t.

äußerlich neben dem tutor und curator, so erklärt sich dieses systematisch, indem die freien Mittelspersonen den unfreien (in potestate) gegenübergestellt werden [10]; ihrer Gleichstellung untereinander aber wird durch meist unmittelbar vorhergehende oder nachfolgende Corrective vorgebeugt [11]. Selbst ein Specialmandat zum Erwerbe des Besitzes an der und der bestimmten Sache mag ursprünglich nicht genügt haben [12]; ordentlicherweise sollte der animus possidendi im Momente der Handlung selbst da, der Prinzipal also bei dieser zugegen sein [13]; der Singularität [14] war es genug, daß man den Erwerb in Abwesenheit der Prinzipale zuließ [15]; ihn auch noch von dem Erforderniß einer speciellen Weisung oder Ratihabition freizusprechen, ging über das Bedürfniß (utilitas) hinaus.

Die Mittelsperson muß bei ihrer Handlung natürlicherweise auch einen Willen haben [16], und zwar für den Prinzipal erwerben wollen [17]. Strenge genommen sollte denn auch im Falle der Tradition, trotzdem Tradent für den Principal tradirt haben will, von diesem nicht erworben werden, wenn die Mittelsperson für sich oder sonst wen haben will; und so l. 37 §. 6 D. a. r. d. 41, 1 [18]; allein nach l. 13 D. don. 39, 5 Ulp. schlägt hier

10) l. 1 §. 20 entgegen der l. 1 §§. 5—19 D. h. t.

11) der in l. 1 §. 20 cit. durch §. 21 eod.; der in l. 13 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 durch l. 13 pr. eod. (ex mandato meo) cf. l. 42 §. 1 D. h. t. (Si sua sponte emerit, non nisi ratam h. dominus emtionem); der in Paul. R. S. V, 2 §. 2 ab init. die Fortsetzung (absente autem domino comparata non aliter ei quam si rata sit quaeritur) cf. l. 24 D. neg. g. 3, 5.

12) wofür jedoch l. 59 D. a. r. d. 41, 1 l. 2 C. de his qui a non dom. manum. 7, 10 nicht anzuführen sein dürften: §. 141 Anm. 26, 27.

13) vgl. Paul. R. S. cit. — absente autem domino comparata —

14) Paul. R. S. cit. utilitatis causa receptum cf. §. 5 J. per quas pers. 2, 9 — secundum D. Severi constitutionem — l. 1 l. 8 C. h. t.; cf. l. 11 §. 6 D. pign. act. 13, 7.

15) §. 5 J. cit. — non solum scientibus, sed et ignorantibus — l. 13 pr. D. a. r. d. 41, 1 l. 1 C. h. t. Savigny §. 26 B. Anders Windscheid, §. 155 Anm. 10.

16) l. 1 §. 9 D. h. t. — per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi — §. 10 eod.

17) l. 1 §. 19 §. 20 eod. — cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtuxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere —

18) — Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.

der Wille des Tradenten durch [19]). Die Donell-Bremer'sche Vermittlung durch voluntas aperta und obscura procuratoris (Anm. 19) hat die Schwierigkeit einer Tradition bei offenem Dissense gegen sich [20]), und die wesentlich gleiche Sprachweise beider Stellen nicht für sich. Stehen wir aber vor einer Antinomie, so dürfte die Ulpian'sche l. 13 den Vorzug verdienen [21]); denn billiger ist es, dem übereinstimmenden Willen der Hauptpersonen zu folgen, als durch den der Mittelsperson alles verderben zu lassen [22]). In der gleichfalls Ulpian'schen l. 43 §. 1 D. furt. 47, 2 geschieht zwar auch „nichts"; allein da die Mittelsperson ein falsus procurator ist, fehlt es an dem Willen der Einen Hauptperson.

Sollte die Preisgebung von Sachen an unbestimmte Personen [23]) überhaupt noch „Tradition" sein [24]), so muß man im Zweifel doch annehmen, daß wenn die Tradition leiblich an eine bestimmte Person erfolgt, Tradent auch an diese habe tradiren wollen. Diesen Willen kann Tradent haben, trotzdem ihm ein bloßer Mandatar gegenüber steht; braucht er ja doch von dessen

---

Exner, Tradition, S. 136 Anm. 39. Dagegen 1) Savigny §. 26 S. 306 Anm. 3: nihil agetur = id non agetur (ut suam faceret), wogegen id agetur ut rem domini faceret — 2) Donellus comm. V. 10 §. 6 — in voluntate aperta procuratoris (während l. 13 D. don. 39, 5 in voluntate obscura proc.), und so seit Bremer a. a. O. S. 249 fgg. die Meisten (vgl. Windscheid §. 155 Anm. 7. Seuffert §. 110 Anm. 7. Exner a. a. O.); getheilt Arndts §. 140 Anm. 4.

19) so noch Savigny, S. 306, Puchta, Vorl. §. 148 S. 329, fg. zu l. 13 cit. — Nam etsi procuratori meo hoc animo rem traditerit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit, wogegen heute fast Alle der Donellus-Bremer'schen Ansicht, daß hier der Tradent ausdrücklich für den Principal, der Procurator stillschweigend für sich handle; so auch noch die 1. Auflage.

20) Vangerow §. 205. Exner a. a. O.; hinwider Arndts, a. a. O.

21) dagegen Exner a. a. O.

22) vgl. l. 2. §. 12 D. pro emt. 41, 3 — in his quae nomine domini possideantur, domini potius, quam servi voluntatem spectandam ait.

23) §. 46 J. r. d. 2. 1 l. 9 §. 7 D. a. r. d. 41, 1.

24) wie gemeiniglich angenommen wird: Puchta, Vorll. §. 148, 3 a. E. Scheurl, Beitr. S. 205—208. Exner, a. a. O. S. 53 fg. S. 138 — dagegen Göschen, Vorll. Bd. 2 §. 277 S. 170.

Mandat weder durch ihn selbst, noch von dem Prinzipal zu erfahren. Will hier der Procurator ꝛc. gleichfalls zunächst für sich erwerben, so wird der Prinzipal selbstverständlich nicht sofort Besitzer [25]). Einige Stellen (in denen zwar nicht gesagt, wohl aber gemeint ist, daß an den Mandatar tradirt worden sei) nehmen dieses Resultat aber ohne Unterscheidung, ob der Mandatar für sich oder für den Prinzipal erwerben wollte, an [26]). Da würde also (daß Mandatar seine gegentheilige Absicht nicht offenbare vorausgesetzt) der Wille des Tradenten einseitig durchgreifen — ein Satz der nur der Feststellung, nicht der Erklärung bedarf, und in dem Falle da der Tradent den Mandanten zum Besitzer machen will (Anm. 19) sein Seitenstück hat [27]).

§. 141.

Veräußerung und Verlust des Besitzes.

Verloren geht der Besitz, indem entweder der Besitzeswille, oder die factische Verbindung der Person mit der Sache, oder beides zumal in das Gegentheil umschlägt [1]).

Das Gegentheil des Besitzes- oder Aneignungswillens ist der Entäußerungswille. Wie der Aneignungswille zum Theil nur in der Aneignungs- (Annexions-) Handlung selbst seinen Ausdruck findet (§. 137 Anm. 6), so kann umgekehrt

25) arg. e contr. aus l. 13 pr. D. a. r. d. 41, 1. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi . . acquiritur etiam ignoranti — wo jedoch Puchta nur den Procurator für mich wollen läßt (Vorl. S. 330).

26) arg. l. 59 D. a. r. d. 41, 1. Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. l. 2 C. his, qui a non dom. manum. 7, 10 — si dominium servi nondum ad te transtulerat —

27) wogegen Puchta a. a. O. l. 59 für falsch oder nichtsbeweisend erklärt, l. 2 aber nicht berücksichtigt. Vgl. übrigens Windscheid §. 155 Anm. 7, 2 und die dort Agff. Savigny S. 307 Anm. 3 c.

1) l. 153 D. r. j. 50, 17 — in qua utrumque in contrarium actum est — zu »utrumque« l. 10 §. 13 D. grad. 38, 10: — per utrumque parentem accipitur . . aut per matrem, aut per patrem, aut per utrumque — l. 44 §. 2 D. h. t. — vel animo, vel etiam corpore — l. 3 §. 6 eod. — amitti vel solo animo potest — Savigny §. 30.

auch der Entäußerungswille einzig in der Entäußerungshandlung enthalten, Wille und Handlung Eins sein [2]). Anstatt in Werken tritt er aber auch in Worten, als Willenserklärung, und zwar möglicherweise lediglich als solche, ohne Zuthat einer Entäußerungshandlung auf; und durch solch bloßes Wort kann man sich des Besitzes entledigen [3]). — Wo die Entäußerung zur Veräußerung (traditio, alienatio possessionis) wird, liegt im Veräußerungs- oder Uebertragungswillen zugleich der Entäußerungs- oder Entsagungswille [4]). Es ist der Veräußerungswille aber als Willenserklärung neben, vor, oder nach der Uebertragungshandlung [5]) und in Verbindung mit dem animus des Erwerbers als Consens [6]) zu denken. Besteht dieser nur scheinbar [7]), so kommt die Uebertragung nicht zu Stande (§. 138, Anm. 21—27, 56); ob eben so wenig die Entsagung? Celsus und Ulpian widersprechen sich [8]). Gewiß nun ist richtig, daß der Entsagungs-

2) z. B. in dem nostra voluntate discedere: l. 23 pr. §. 1 D. h. t. l. 44 §. 3 l. 15 pr. D. usucap. 41, 3. — Wegwerfen der Sache: arg. l. 1 D. pro derel. 43, 7 l. 3 §. 6 D. h. t.

3) l. 17 §. 1 D. h. t. Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod d. nihilo minus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere — l. 3 §. 6 eod. — si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Manumission: l. 30 §. 3 D. h. t.

4) l. 18 §. 1 D. h. t. — immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

5) z. B. die Traditionsurkunde in §. 137 Anm. 22. — ferner brevi m. trad. §. 137. Anm. 36.

6) §. 137 Anm. 9—12 §. 138 Anm. 56.

7) mangels Handlungsfähigkeit auf Seite des Empfängers: l. 18 §. 1 D. h. t., — wegen error (dissensus) in corpore: l. 34 pr. D. h. t.

8) l. 18 §. 1 D. h. t. Celsus — sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim est ridiculum dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; immo vult dimittere, quia existimat se transferre — l. 34 pr. cit. Ulp. — non puto errantem acquirere, ergo nec amittet, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Keinen Widerspruch sieht Böcking, Einl. in d. P. §. 125 Anm. 15. Auch Esmarch S. 60—62 bezieht Ulpians Entscheidung auf einen anderen Fall: aber wiederholt sich für das constitutum possessorium nicht dieselbe Frage? Jhering beschränkt l. 34 pr. auf Immobilien (Separatausgabe der Beitr. z. L. v. B. Anm. 151b.) dagegen Arndts §. 142 Anm. 4. a. E. — Einen Widerspruch nimmt man zumeist an: z. B. Scheurl, Beitr. I. S. 204. Windscheid §. 156. Anm. 5. — Einen anderen

wille bei der Tradition im Dienste des Zuwendungswillens steht, daß Tradent nicht überhaupt, sondern nur zu diesem Zwecke (der Zuwendung an X) entsagt haben will [9]); allein sicher ist auch, daß Tradent im Augenblicke der Uebertragungshandlung zu dem gedachten Zwecke wirklich entsagt hat, und daß eine Willenserklärung nach sonst geltenden Grundsätzen um deswillen, weil ihr Zweck unerreicht bleibt, noch nicht nichtig ist [10]). Celsus hat nichts „zerhackt" und nichts „auseinandergerissen", indem er aus dem Glauben an die Uebertragung und im Dienste derselben die definitive Entsagung erwachsen und wirken läßt (imo vult dimittere quia existimat se transferre); psychologisch zwar ist das negative Moment (der Entsagung) und das positive (der Zuwendung) „unzertrennlich" beisammen; allein ihrer rechtlichen Wirkung nach können, ja müssen sie auseinander gehen, indem der Zweck, die Zuwendung, mangels Consenses fehlschlägt, das Mittel dagegen, die keines Consenses bedürfende Entsagung, einmal aufgeboten, bleibt und wirkt. Allerdings ist was der Tradent will, „nur in der bestimmten Beziehung und in dem beschränkten Sinne gewollt, welchen er gleich anfangs in das körperliche Faktum der Tradition legt" (Kierulff); allein die „Beschränkungen" des Willens halten den Willen selbst nicht auf [11]), außer so ferne sie Beschränkungen seines Gegenstandes, oder in Wahrheit Bedingungen sind. Eine Beschränkung im Gegenstande der Entsagung (Besitze) liegt nicht vor; eine Bedingung — als ob nur entsagt sein wolle, wenn übertragen wäre — trägt zwar Ulpian in die Entsagung hinein (qui quodammodo sub conditione recessit de possessione), liegt in Wirklichkeit aber nicht vor. Denn ist die von der Zuwendung unzertrennliche Entsagung eine bedingte, dann ist die Tradition selbst, und zwar jede Tradition eine bedingte — was denn doch nicht acceptirt wird [12])

Fall (da es zur Uebertragungshandlung gar nicht gekommen ist) bespricht Papinian; dagegen Windscheid §. 156. Anm. 10 Kierulff, Theorie d. Civilr. S. 392 Anm. *** a. E. Lenz, Bes. S. 236.

9) Kierulff, Theorie d. Civilr. S. 392 unten; Scheurl, a. a. O. Exner S. 12 Anm. 3 und S. 13 Anm. 30.

10) z. B. datum ob causam etc.

11) vgl. Randa, Besitz S. 216.

12) Exner a. a. O.

und Ulpian selbst gescheut zu haben scheint (quodammodo). So muß der gemeinen Meinung entgegen darauf bestanden werden, daß Celsus hier wie sonst [13]) regelrecht entschieden [14]), und Ulpian eine bloße Utilität logisch zu begründen versucht hat [15]).

Das Gegentheil der factischen Verbindung ist die factische Trennung, welche wie die factische Verbindung oder Annexionshandlung (S. 493. 504) folgerecht sich nicht nach blos leiblichen Gesichtspunkten bestimmt. Die factische Verbindung mit einem Grundstücke geräth durch eine der üblichen zeitweiligen Entfernungen des Besitzers noch nicht ins Gegentheil [16]), selbst dann nicht, wenn inzwischen ein Dritter in den Besitz eingedrungen ist [17]); wohl aber durch Dejection und die der Dejection gleichgestellten Fälle der Flucht [18]) und Prohibition [19]), so wie die ihr gleichzustellende Verdrängung durch Immission [20]). Kommt überdies Vernachlässigung des Besitzes als Grund des Besitzesverlustes für unbewegliche [21]) wie bewegliche [22]) Sachen vor [23]), so fragt sich, ob dieselbe als Gegenstück der körperlichen Aneignung gedacht, oder wie die lange Abwesenheit dem Entäußerungswillen gleichgestellt [24]) sei; denn daß sie weder dies, noch das, sondern

13) z. B. l. 16 D. cond. causa data 12, 4 gegen l. 5 §. 1 D. praescr. 19, 5 l. 10 C. cond. ob c. 4, 6.

14) vgl. Bruns, Bekker und Muthers Jahrb. Bd. 4 S. 42 „nach einfacher Consequenz"; Randa S. 216: „prinzipiell für den Besitzesverlust der Erwerb gleichgiltig"; Lenz, a. a. O. S. 237 desgl. Esmarch, in Ansehung, der l. 18 §. 1 S. 62.

15) vgl. denselben oben §. 140 Anm. 19. 22; l. 18 D. r. cr. 12, 1 gegen l. 36 D. a. r. d. 41, 1; überhaupt den Zwiespalt zwischen §. 3 J. usfr. 2, 4 Gaj. 2, 30 einer-, und l. 66 D. j. d. 23, 3 anderseits.

16) l. 3 §. 11 D. h. t. Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus — l. 1 §. 25 D. de vi 43, 16 — ex omnibus praediis ea quibus non hac mente recedimus ut omisisse (amittere) possessionem vellemus, idem est.

17) l. 3 §. 7 §. 8 l. 6 §. 1 l. 7 l. 18 §. 3 §. 4 l. 25 §. 2 D. h. t. Savigny §. 31 S. 348—354 vgl. oben §. 137 Anm. 21.

18) l. 9 pr. D. quod met. 4, 2 l. 1 §. 29 D. de vi 43, 16 cf. l. 3 §. 6 eod. l. 33 §. 2 D. usurp. 41, 3.

19) l. 1 §. 24 D. de vi 43, 16.

20) behufs possessio: l. 30 §. 2 D. h. t. (41, 2).

21) l. 40 §. 1 l. 47 D. h. t. l. 37 §. 1 D. usurp. 41, 3 cf. l. 4 C. h. t. Gaj. 2, 51.

22) l. 47 cf. l. 3 §. 10 D. h. t.

23) Jhering, Beiträge zur L. v. Bes. Jahrbb. f. d. Dogm. Bd. 9 S. 182 — Arndts §. 142 a. E.

24) l. 15 §. 21 D. damn. inf. 39, 2 — quod aut pro derelicto

ein drittes, das Gegenstück der „Thatsächlichkeit des Eigenthums", und daraum Aufhebung des Besitzes sei [25]), unterliegt mehrfachen Bedenken. — Besteht der körperliche Verband mit Mobilien im Gewahrsam [26]), so ist die bloße „Verlegung" [27]) noch nicht ihr Gegentheil [28]), wohl das „Verlieren" [29]) — ein Ding das im Besitzer selbst [30]), oder in der Sache [31]), in ihrer Specification [31a]), im Zufall oder in den Elementen [32]) gelegen ist; die Verlegung geht aber oft in Verlorensein über, nicht blos durch Aufhören des „Suchens" [33]), sondern auch mit der Zeit [34]); denn denkbarerweise sucht man noch was längst verloren ist. Das Aufhören des Suchens grenzt an das Aufgeben, das Aufgeben an die Vernachläßigung und Dereliction des Besitzes. Im engsten Sinne „verlieren" wir Sachen nur durch uns, durch unsere Schuld, Schwäche u. s. f. (Anm. 30);

aedes longo silentio dominus videatur habuisse — Gaj. 2, 51 Arndts §. 142 a. E. „mit dem Eigenthumswillen nicht verträglich" —

25) Jhering, a. a. O. S. 182—196, vgl. Arndts §. 142 Anm. 2, 5 §. 139 Anm. 2 §. 135 Anm. 1.

26) s. oben §. 135 Anm. 15—18 §. 137 Anm. 28—32.

27) — si sub custodia mea sit, nec inveniatur — l. 3 §. 13 D. h. t.; — cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret — l. 44 pr. eod.

28) l. 3 §. 13 cit. — quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio — l. 44 pr. cit. — nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum quos non viderimus interire possessionem.

29) — quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci (non) possimus l. 3 §. 13 cit.; — si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit —

30) Unvorsichtigkeit, Unordnung, Vergeßlichkeit l. 44 pr. cit. — infirmitas memoriae in Verbindung mit Vergeblichkeit der diligens inquisitio (l. 3 §. 13) —

31) l. 3 §. 13 D. h. t. — pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit ut non inveniatur — Entweichung der ferae bestiae u. volucres (recipere libertatem): vgl. l. 3 §. 14—16 mit l. 3 §. 2 — l. 5 pr. D. a. r. d. 41. l. l. 13 pr. D. h. t. — nec est simile fugitivo; namque fugitivus ideirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione —

31a) l. 30 §. 4 D h. t.

32) l. 13 pr. D. h. t. — cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio — l. 3 §. 17 eod. — desinere me possidere eum locum quem flumen aut mare occupaverit — l. 30 §. 3 eod.

33) im Gegensatze zu bloßer Unterbrechung: cessat interim diligens inquisitio l. 3 §. 13 cit.

34) l. 13 pr. cit. — cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti . . . . dominium me retinere puto, possessionem non puto —

wo ſich die Sache ſelbſt unſerem Beſitze entzieht (fera bestia), oder demſelben durch Gewalt der Elemente entzogen wird, liegt bereits ein Eingriff von außen, der Uebergang zu Raub, Entwendung, Unterſchlagung, überhaupt Vergreifung (contrectatio) an unſerem Beſitze, und damit eine weitere Art des Gegentheils der custodia vor [35]), wobei wir nicht mehr blos „verlieren".

Ein Gegentheil der körperlichen Verbindung bringt auch der Tod [36]) mit ſich. Denn hier löst ſich nicht blos das Band, durch welches, ſondern auch die Perſon, mit welcher die Sache verbunden iſt, auf. Aus demſelben Grunde tritt hier aber auch das Gegentheil des Beſitzeswillens ein, wenn man unter dem Gegentheil anders nicht blos ein ſo und ſo beſchaffenes Wollen (animus non habendi), ſondern auch das Unvermögen überhaupt zu wollen verſteht [37]). Ein gleiches iſt von der römiſchen Kriegsgefangenſchaft zu ſagen [38]), während ſonſtige Gefangenſchaft [39]) weder den Willen, noch nothwendig den körperlichen Verband des Beſitzers mit den außer dem Gefängniß befindlichen Sachen aufhebt [40]). Wie die gemeine Gefangenſchaft iſt der Wahnſinn zu behandeln [41]). Ein gleiches dagegen wie beim Tode gilt von den Fällen, wo ſtatt der Perſon die Sache ſich auflöst, was ſich nicht blos durch deren natürlichen Untergang [42]), ſondern auch durch deren eintretende Extracommercialität ergibt [43]). Außerdem verlieren wir animo et corpore den Beſitz noch durch gefliſſent-

35) l. 15 D. h. t. u. oben §. 137 Anm. 18—20.

36) Gegen Pfeiffers pract. Ausſf. I, 15 wornach possessio mit dem Tode gar nicht aufhört (ſo auch Zrodlowski, Unterſſ. aus dem öſterr. Civilr. S. 65 fgg.) und das allerdings bewegliche Argument in l. 30 pr. D. ex q. c. maj. 4, 6 ſiehe l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47, 4 l. 23 pr. D. h. t. l. 44 §. 3 D. usurp. 41, 3 — und die Meiſten.

37) vgl. Köppen, die Erbſchaft, eine civ. Abh. S. 62 Anm. 5, inſonderheit gegen die Anſichten wornach der Tod nur corpore, oder nur animo aufhebe.

38) l. 23 §. 1 D. h. t. l. 15 pr. D. usurp. 41, 3.

39) vgl. l. 23 §. 2 D. h. t.

40) l. 3 §. 12 D. h. t. — animo nostro, corpore etiam alieno possidemus —

41) vgl. die freilich nicht beweiſende l. 25 §. 1 D. h. t.

42) vgl. l. 30 §. 3 D. h. t.

43) l. 30 §. 1 D. h. t.

liche und definitive Verlassung desselben [44]), durch den Beschluß des Wegbleibens [45]), durch Auflassung (Tradition) an Andere.

§. 142.

Besitzesverlust durch Mittelspersonen.

Da wir durch Andere Besitz nicht nur erwerben (§. 140), sondern auch haben und behalten können [1]), fragt sich, ob und wie wir denselben aus der Person Dritter verlieren. Erhalten wir uns aber den Besitz durch Andere so wie wir ihn durch diese erwerben: dadurch, daß sie mit dem Willen für uns zu besitzen im factischen Verbande mit der Sache bleiben — so müßte folgerecht aus ihrer Person der Besitz für uns dadurch untergehen, daß entweder dieser ihr Wille, oder dieser ihr factischer Verband mit der Sache, oder beides zumal ins Gegentheil umschlägt. Allein die „Utilität" [2]), daß man durch Dritte den Besitz haben und erhalten kann, würde durch Nachtheile aufgewogen, wenn dieselbe Person, die zur Erhaltung unseres Besitzes berufen und zugelassen ist, diesen in der besagten Folgerichtigkeit überall aufzuheben vermöchte und also die Möglichkeiten des Besitzverlustes, anstatt sie zu mindern, vermehrte. So finden wir denn die „alte Regel", daß „der Sclave die Lage des Herren (nur verbessern) nicht verschlechtern könne", insonderheit auf den Besitzverlust durch Mittelspersonen überhaupt angewandt [3]). Denn was im einzelnen

1) den Willen, und zwar a) den Fall anlangt, da der Dritte den animus alieno nomine possidendi in den animus (sibi)

---

44) l. 44 §. 2 D. h. t. — si . . eo animo digressi fuissemus, ne possideremus — l. 3 §. 9 D. h. t. — possidere nos, donec nostra voluntate discesserimus — Flucht ohne Dejection: l. 9 D. quod met. 4, 2 — qui dejici non expectavi, sed profugi —

45) l. 7 D. h. t. — si nolit . . reverti —

1) l. 3 §. 12 D. h. t. §. 5 J. interd. 4, 15 — animo nostro, corpore alieno — l. 25 §. 1 eod. Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus l. 40 §. 1 l. 44 §. 2 eod. l. 18 pr. eod. — nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium.

2) l. 40 §. 1 D. h. t.

3) l. 12 C. h. t.

possidendi [4]) verwandelt, so enthält letzterer offenbar das Gegentheil des ersteren; nichtsdestoweniger bringt er für sich allein den Verlust des Besitzes noch nicht mit sich; vielmehr muß hinzukommen, daß die Mittelsperson auch zugleich Besitzer wird [5]) — was beim Mobiliarbesitze der Fall ist [6]), beim Grundbesitze nicht [7]). Würden wir den Grundbesitz durch bloße Willensänderung der Mittelsperson verlieren, so wäre das ein Fall des Besitzesverlustes, wie wir ihn an Immobilien sonst durch Dritte nicht erleiden, unsere Lage durch die Mittelsperson also verschlimmert; verlieren wir dagegen den Besitz erst durch Besitzerwerb der Mittelsperson, so ist das ein Verlust wie wir ihn durch jeden Dritten erleiden können; die Mittelsperson macht sich selbst zum extraneus, der uns den Besitz einseitig entziehen kann. — Scheinen übrigens manche Stellen zu sagen, daß die Mittelsperson auch an Mobilien nicht schon durch den Entschluß für sich haben zu wollen Besitzer werde, sondern erst durch eine gewisse Bethätigung dieses Willens (loco movere), so löst sich das bei näherem Betracht in die Bemerkung auf, daß der und der Wille noch nicht animus (sibi) possidendi sei [8]). — Die Behauptung, daß „der Repräsentant nur dann als Besitzer gelte, wenn er zugleich ein furtum begangen habe" [9]), ist zu eng [10]), und die, daß er, um

4) l. 18 pr. cit. — nec idem est possidere et alieno nomine possidere —

5) was nicht hervorgehoben zu werden pflegt.

6) l. 47 D. h. t. Si rem mobilem apud te depositam . . . tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me p. vel ignorantem responsum est —

7) argg. der §. 137 Anm. 21 citt. ll. ferner arg. l. 18 D. de vi 43, 16 Savigny, S. 364 unten.

8) l. 67 pr. D. furt. 47, 2 Infitiando depositum nemo facit furtum — l. 3 §. 18 D. h. t. — Si eam loco non moveris et infitiando animum habeas . . possessorem me manere — l. 1 §. 2 D. furt. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur. Schirmer a. a. O. S. 472 fgg. Windscheid §. 157 Anm. 6. Baron, Jher. Jahrbb. Bd. 7 S. 149; ferner zu dem neque reddere constitueris in l. 47 D. h. t. (Anm. 6) das alias und alias in l. 20 D. h. t. — quid enim si alia quaepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem interverteret? z. B. Retention: Baron, Jher. Jahrbb. Bd. 7 S. 147; — beim depositum irregulare der animus possidendi.

9) Savigny, S. 365.

10) s. das depositum irregulare in den Anm. 16 referirten l. 9 §. 9 §. 10 D. r. cr. 12, 1.

ein furtum zu begehen, die Sache erst körperlich berühren müsse [11]), gleichfalls; dazu muß er wohl „contrectiren" [12]), aber nicht berühren [13]). — Mit dem Satze: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, hat unsere Frage nichts zu thun [14]); nicht als ob derselbe nicht auch gegen den Detentor gehe, und l. 2 §. 1 D. pro her. 41, 5 interpolirt sei [15]), sondern weil der Detentor in der einen Hälfte von Fällen die causae mutatio nicht „selbst", sondern in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Besitzer [16]) — in der anderen Hälfte dagegen (als Contrectant) die causa seines Besitzverhältnisses in Anbetracht desjenigen Besitzesvortheils, bei dem auf die causa possessionis ankommt (Usucapion) nicht verbessert [17]). Wie könnte, wenn der Satz auf den Contrectanten Anwendung fände, Depositar überhaupt stehlen? — Sagt man endlich, daß die Willensänderung „rechtlich" nicht in Betracht komme, wenn sie nicht geäußert worden [18]), so ist das zweifelsohne richtig, erweckt aber die Vorstellung, als ob eine solche Willensänderung sonstwie in Betracht komme. — b) Der bloße Entschluß, überhaupt nicht mehr haben zu wollen, wäre zugleich Aufgebung der naturalis possessio [19]), fiele darum bereits in die Dereliction des Besitzes (Trennung von der Sache — 2. b.). Was

2) den factischen Verband der Mittelsperson mit der Sache anlangt, so wirkt a) ihr Tod (decedere) das Gegentheil desselben, sollte mithin den Besitz aufheben; allein hier litte der Prinzipal durch seinen Helfer; es tritt Aufschub des Verlustes ein,

---

11) Savigny a. a. O.

12) — quia furtum sine contrectatione fieri non potest — l. 3 §. 18 D. h. t.

13) arg. das neque reddere in l. 47. l. 20 citt., in l. 44 in fin. D. a. r. d. 41, 1; und von den Agff. besonders Baron S. 149 fgg.

14) trotz Fortsetzung der l. 3 §. 18 D. h. t. durch §. 19 cf. §. 20; wogegen Savigny S. 364 unten, Schirmer S. 433 fgg.

15) Baron, S. 157.

16) l. 9 §. 9 cit. permisi tibi uti — l. 10 cit. quodsi . . uti tibi permiserim —

17) vgl. l. 2 §. 1 cit. — neque colonum, neque apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

18) Windscheid §. 157 a. E.

19) arg. §. 141, Anm. 3.

bis entweder ein Dritter die Sache an sich bringt, oder die Thatsache, daß der Prinzipal dieses selber nicht thut, als Vernachläßigung des Besitzes (§. 141 Anm. 21 fgg.) erscheint [20]). Die Forterhaltung geschieht hier solo animo: der natürliche Verband ist aufgelöst [21]). b) Freiwillige, aber gleichfalls auf immer erfolgende Trennung von der Sache (discedere, sponte discedere, Wegwerfen) ist gleich der unfreiwilligen durch den Tod Auflösung des körperlichen Verbandes, würde folgerecht also wiederum den Prinzipal seines Besitzes berauben. Allein wenn in älterer Zeit je gezweifelt wurde, so spricht doch der Grundsatz, den Prinzipal durch die Mittelsperson nicht leiden zu lassen, — sprechen ausdrückliche Entscheidungen noch aus classischer Zeit [22]) und spricht endlich Justinian selbst [23]) dafür, daß für den Fall der freiwilligen Trennung „idem" gelten solle, was für den Tod, während für ein aliud nur der diplomatisch nicht unzweifelhafte Text der l. 40 §. 1 D. h. t. und das unsichere argum. e contrario aus l. 31 D. h. t. eintritt. Gilt nun aber für die freiwillige Trennung dasselbe, was für den Tod, so muß auch bei Grundstücken der alte Besitzer zuvor wieder in den Besitz eingetreten sein, wenn ihm der Besitz durch den Eintritt eines Dritten nicht sofort verloren gehen soll. Und dies wird bestättigt durch l. 44 §. 2 cit. in fin. [24]). Hiegegen ist auch in l. 12 C. cit. nichts anders oder neu entschieden; denn nur daß aus der Dereliction, nicht daß aus der Besitzergreifung eines Dritten dem bisherigen Besitzer „kein Präjudiz erwachse", ist entschieden [25]). c) Von einer Tradition der possessio durch den Detentor, der weder selbst

20) l. 40 §. 1 cit. — non statim . . eam (possessionem) interpellari, sed tunc demum cum dominus apisci possessionem (scil. naturalem) neglexerit . . . si nemo extraneus eam rem interim possederit — l. 3 §. 8 D. h. t. — animo retinebo pm. l. 25 §. 1 eod.

21) ll. citt. — apisci (naturalem) possessioem — animo retinebo pm. —

22) l. 3 §. 8 l. 44 §. 2 D. h. t. l. 31 D. dol. malo 4, 3.

23) l. 12 C. h. t.

24) — non aliter amitti pm., quam si alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. vgl. Bruns, Besitzkl. S. 123 Alin. 1.

25) s. dagegen Windscheid §. 157 Anm. 4.

possessor, noch durch den possessor ermächtiget ist [26]), kann strenge genommen keine Rede sein (§. 138 Anm. 18). Aber der Faustpfandgläubiger ist possessor und tradirt possessionem; der Depositar, Commodatar, reißt indem er ohne Wissen und Willen des Besitzers rem (mobilem) tradirt, possessionem an sich, und macht den Empfänger zum Besitzer [27]); die Mittelsperson wird hier wieder zum extraneus, durch den der Prinzipal den Besitz verliert. Der Pächter, Miether, Verwalter eines Grundstückes macht sich durch Ueberlassung desselben an Dritte nicht zum Besitzer [28]), übergibt, verräth (prodit) nur corporalem possessionem [29]). Gleichwohl müßte consequent der Besitz für den Prinzipal verloren sein; denn da der Empfänger die erlangte corporalis p. nicht für den Prinzipal fortsetzen, sondern für sich haben will, ist das körperliche Besitzverhältniß für jenen ins Gegentheil verkehrt. Damit wäre nun aber dem Prinzipal so recht durch die Mittelsperson geschadet, oder, wie l. 12 cit. sich ausdrückt, präjudicirt; denn hätte ein Dritter ohne Zuthun der Mittelsperson Besitz ergriffen, so hätte der Prinzipal den Besitz nicht verloren [30]). Also ward ihm geholfen; aber unmöglich so, wie beim Tode oder bei der Desertion der Mittelsperson: daß der Besitz bis zum Eintritt eines Dritten erhalten würde; denn der Dritte war hier vornherein da; sondern so, wie wenn der Dritte ohne Zuthun einer Mittelsperson und in Abwesenheit des Besitzers occupirt hätte: durch Aufschub des Besitzverlustes bis zur Prohibition, oder eigenen Aufgebung, oder Vernachlässigung des Besitzes [31]). d) Dejection der Mittelsperson ist nicht nur Gegentheil der corporalis p., sondern auch kein

26) l. 9 § 4 D. a. r. d. 41, 1.
27) l. 33 §. 4 D. usurp. 41, 3 vgl. oben §. 138 Anm. 21.
28) arg. 137 Anm. 21.
29) l. 12 C. cit. — corporaliter nactam possessionem . . alii prodiderit — s. oben §. 138 Anm. 18.
30) §. 141 Anm. 17.
31) vgl. Savigny S. 372 Bruns, Besitzklagen S. 117. Windscheid in der dritten Aufl. §. 157 Anm. 3: „Da hier der Vertreter sich nicht als Vertreter gerirt, so muß das Gleiche gelten als wenn gar kein Vertreter da wäre". Arndts §. 143 Anm. 1. Seuffert, §. 112 Anm. 3. Randa §. 23 Anm. 7.

Präjudiz, das dem Prinzipal durch die Mittelsperson widerfährt, also Aufhebung des Besitzes [32]). e) Weiterbegebung der Detention durch Weiterverpachtung u. s. f. ist bloße Fortpflanzung der Besitzesvermittlung, keine Besitzesaufhebung [33]); kein Gegentheil der corporalis p. liegt in blos zeitweiliger Abwesenheit, oder in eintretendem Wahnsinn der Mittelsperson [34]).

Bonae fidei possessio.

§. 143.

Ein Mittelding zwischen possessio und Eigenthum ist b. f. possessio, d. i. der aus rechtmäßigem Grunde und ohne (wissentliche) Gefährdung fremden Rechtes erlangte Besitz an fremder Sache [1]). Dessen (ejus) der b. f. besitzt schlechthin ist hier die Sache nicht; denn durchweg erscheint der b. f. possessor als Besitzer einer „fremden" Sache [2]). Schlechthin blos Besitzer ist der b. f. p. aber auch nicht; nicht etwa blos darum, daß seinem Besitze sich „guter Glaube" zugesellt; sonst müßte auch der malae fidei possessor und der praedo, weil ihnen ein „schlechter" oder weil ihnen gar kein Glaube, aber ein gewisser positiver Unternehmungsgeist beiwohnt nicht blos Besitzer sein, während wenigstens der letztere lediglich pro possessore besitzt [3]); sondern darum, weil die Sache des b. f. possessor nicht schlechthin nicht ist. Nicht etwa blos nach antejustinianischem [4]) Rechte, sondern nach unseren Quellen selbst ist die Sache in bonis ejus [5]). Noch nach neuestem Rechte erscheint die b. f. p. mitten unter Eigen-

32) l. 1 §. 22 D. de vi 43, 16.

33) l. 25 §. 1 D. h. t. — si . . alii locent, retinere nos pm. —

34) l. 31 D. h. t.; — §. 141 Anm. 16.

1) s. einstweilen l. 109 D. v. s. 50, 16. l. 7 §. 6 D. pro emt. 41, 4. l. 44 §. 4 D. usurp. 41, 3.

2) z. B. nur l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 l. 48 pr. D. a. r. d. 41, 1 Gaj. 2, 45; typisch: l. 2 §. 1 D. relig. 11, 7 cf. l. 1 §. 8 D. quaest. 48, 18 l. 1 §. 2 D. ad SC. Silan. 29, 5.

3) l. 11 §. 1 D. her. pet. 5, 3.

4) vgl. Windscheid §. 186 Anm. 12 „— aber jedenfalls ist damit für die Zeit wo man jene beiden Verhältnisse (bonit. E. u. b. f. p.) wirklich schied, gar nichts erklärt."

5) l. 49 D. v. s. 50, 16 cf. l. 52 D. a. r. d. 41, 1 l. 10 D. fam. h. 10, 2 l. 6 §. 1 D. j. d. 23, 3 cf. l. 5 §. 5 eod. l. 16 §. 2 D. evict. 21, 2 l. 5 §. 2 D. reb. eor. 27, 9 (§. 124 Anm. 3).

thum, dinglichen und persönlichen Rechten, überhaupt unter Rechten (l. 49 cit.), während die possessio nicht darunter erscheint, die b. f. possesio also doch wohl selbst eine Art Recht, und also mehr sein muß als possessio die kein Recht ist (S. 446. 1; §. 135 Anm. 2). Unter allen in die bona einer Person zählenden Rechten stund aber b. f. possessio dem von den Unsrigen sogenannten bonitarischen Eigenthum [6]) am nächsten. Bei beiden war eine Sache in bonis der Person; beiden stund Usucapion zur Verwandlung in ein potenzirtes ejus esse [7]), beiden Publiciana in rem actio zur Geltendmachung ihres Rechtes wider dritte Besitzer zur Verfügung [8]). Sollte nichtsdestoweniger Zweifel bestehen, ob denn in der That auch unsere b. f. possessio als ein in bonis esse neben dem s. g. bonitarischen Eigenthum zu denken sei [9]), so verschwindet er vor der Thatsache, daß auch unser b. f. possessor nach vollendeter Usucapion plenum jus incipit habere [10]); denn das ist derselbe Ausdruck, mit dem der Uebertritt des s. g. bonitarischen in quiritisches Eigenthum bezeichnet wird [11]). Gewinnt es doch den Anschein, als ob umgekehrt auch der s. g. bon. Eigenthümer unter der Bezeichnung b. f. possessor mitbegriffen worden sei [12]).

I. Hiernach ist b. f. possessio bereits ein Recht, auch keine bloße Befugniß [13]), sondern eine rechtliche, auf Recht-

---

Jhering, Abhh. aus dem r. R. Nro. 2 die Consolidation der b. f. p. und der dingl. Rechte durch die Analogie des Eigenthums. S. 103 unten.

6) daß wenigstens dieses ein ejus, meum esse, dominium ist, s. Mayer, duplex dominium, Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 8, S. 3—14.

7) Gaj. 2, 41, 43.

8) Gaj. 4, 36; D. Publ. 6, 2 Huschke, das Recht der Publicianischen Klage in Bez. auf das in Aussicht stehende allg. d. Civilgb., 1874 S. 7 S 9 unten.

9) Bachofen, Pfandrecht S. 114 oben: „der Ausdruck in bonis „wurde in den verschiedenen Theilen des Edicts verschieden ausgelegt" — l. 18 gegenüber von l. 11 l. 13 §. 9 D. damn. inf. 39, 2. Burckhard, Forts d. Gl. Comm., damni inf. c. S. 310.

10) l. 17 §. 1 D. r. v. 6, 1 Ulp.; nicht entgegen das nihil juris in l. 49 D. h. p. 5, 3.

11) Gaj. 2, 41 — impleta usucapione pleno jure incipit ejus esse, —

12) l. 14 §. 1 D. relig. 11, 7 l. 45 D. usur. 22, 1 und dazu Gaj. 3, 80; l. 3 D. si ususfr. pet.7, 6 l. 8 D. pro emt. 41, 4; l. 7 §. 11 D. Publ. 6, 2. »sufficit. me b. f. emtorem fuisse, quamvis a non domino emerim.«

13) etwa „Verzehrungsbefugniß" — Windscheid a. a. O. S. 592

lichkeit des Erwerbes (bona fides, justa causa) geſtützte Verbindung zwiſchen Perſon und Sache, — zwar immer noch nicht Eigenthum ſchlechthin, ſondern ein Mittelding zwiſchen Beſitz und Eigenthum, jedoch ein näher dem Eigenthume als dem Beſitze [14]) ſtehendes Ding, ja bis auf ein gewiſſes, nach der Nutzungsſeite nämlich, das Eigenthum ſelbſt. Wie beim bonorum possessor, wenn er es cum re iſt, wie beim Univerſalfideicommiſſar, wenn an ihn reſtituirt, wie beim Käufer der res mancipi, wenn ihm blos tradirt iſt, die Erbſchaft und das Eigenthum ſich in ſo weit befinden, als ſie von materiellem Werth („gut") ſind, beim heres, dominus aber nur der Name und Titel des Rechtes und gewiſſe, an dieſen anknüpfende Folgen zurückbleiben [15]), ſo iſt auch bei unſerem b. f. possessor das Eigenthum nicht etwa ficticiſch [16]), ſondern umgekehrt materiell, in ſeiner „Guthaftigkeit," wir können ſagen als Nutzeigenthum, trotzdem das ihm entgegen verbleibende Recht des Dominus von ganz anderem Belang oder Erfolg iſt oder ſein kann, als das des heres oder des nudum jus Quiritium dort (II.). Dies bewährt ſich vornehmlich

1) in dem Fruchtrechte, da die natürlichen Früchte der Sache ihrem redlichen Beſitzer nach der durch Bake [17]) gegen Savigny zur verdienten Herrſchaft gelangten [18]) Anſicht genau ſo anfallen, wie ſonſt dem dominus [19]) — eine Erſcheinung, welche man bis-

---

oben; derſelbe über das Recht d. redl. Beſitzers Zeitſchr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 4 S. 121 Nro. 17. Hingegen Köppen, Fruchterwerb des b. f. p. 1872 S. 47 „— die Conſumtionsbefugniß als ſolche konnte man ihm nicht geben, weil ſie kein ſelbſtſtändiges Recht iſt." —

14) vgl. l. 7 §. 6 D. Publ. 6, 2 Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. —

15) jura sepulcrorum apud heredem remanent l. 42 l. 55 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1; formales auf dem meum esse ajo ex j. Q. beruhendes Vindicationsrecht. —

16) Bangerow, P. §. 326 Anm. 2. 2 a.

17) B. f. possessor quemadmodum fructus suos faciat. Ex jure civ. diss. inaug. Berol. 1825.

18) Huſchke, in der Recenſion von Bake (Tüb. Zeitſchr. Bd. 2 S. 203) „— ſo daß ſich in Zukunft Niemand mehr, es ſei denn dolo oder culpa zu ihr (Sav. Anſicht) bekennen kann."

19) l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 — b. f. possessor in percipiendis fructibus idem jus habet, quod dominis praediorum tributum est — l. 13 D. quib. mod, usfr. am. 7, 4 — b. f. possessoris (fructus

her ebenso wenig zu beseitigen, als anderweitig zu erklären vermocht hat [20]), welche sich aber nach unserer Voraussetzung von selbst versteht (§. 145); —

2) daß Actionen, welche zur Geltendmachung, zur Theilung und zum Schutze des Eigenthums aufgestellt sind, in entsprechender Fassung auch zur Geltendmachung, zur Theilung, und zum Schutze der b. f. p. vorkommen [21]); —

3) daß umgekehrt auch die im Eigenthume liegende Verantwortlichkeit auf dem b. f. possessor lastet [22]); —

4) daß woferne keine positive Ausnahme besteht, überhaupt alles was dem Eigenthümer das Eigenthum, dem b. f. possessor die b. f. p. sein soll [23]);

5) daß einmal entstanden b. f. possessio weiterhin von dem Gewissen des Erwerbers (mala fides superveniens) unabhängig ist [24]), was unbegreiflich bleibt, so lange man b. f. p. als einen

---

fieri) mox quam a solo separati sint; den Erwerb durch Sclaven betr. s. §. 4 J. per quas pers. 2, 9 Gaj. 2, 92; 3, 166.

20) Windscheid, P. §. 186 Anm. 12. „— Gegen die herrschende Ansicht (daß die Früchte dem b. f. p. ohne weiteres anfallen) spricht, daß sie nicht zu erklären vermag, warum das r. R. dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben habe ꝛc. ꝛc.", Huschke a. a. O. S. 197 nennt Bake's Erklärungsversuch scharfsinnig, aber doch nicht befriedigend — u. S. 205 „tappen wir immer noch im Finsteren." Vgl. auch meine Besprechung von Köppens Fruchterwerb, Viertelj. Bd. 15 S. 272.

21) Geltendmachung: Publiciana in rem actio D. 6, 2, besonders l. 7 §. 6 h. t. »ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit« — §. 8 eod. — omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus. — Theilung: l. 7 § 2 D. comm. div. 10, 3. Schutz: leg. Aq. actio (in factum): l. 11 §. 8 l. 17 pr. cf. l. 7 §. 1 D. h. t. 9, 2; ob damni inf. postulatio? vgl. l. 18 pr. gegen l. 11 l. 13 §. 9 h. t. 39, 2. Jhering, a. a. O. S. 104. Burchard, Forts. d. Glück'schen Comm. damni inf. S. 306—319; actio furti: l. 20 §. 1 D. furt. 47, 2.

22) promissio (aber auch nur promissio) damni inf.: l. 13 pr. D. damni inf. 39, 2 cf. l. 7 pr. eod. „damni inf. suo nomine promitti — —; — adjectitiche Klagen aus dem Besitze von Sclaven: actio de peculio: l. 1 §. 6 D. h. t. 15, 1; tributoria a.: l. 1 §. 5 D. h. t. 14, 4; exercitoria u. institoria: arg. l. 1 §. 19 D. h. t. 14, 1 cf. l. 1 §. 4 §. 5 D. trib. 14, 4 l. 1 §. 5 §. 6 D. pec. 15, 1; noxalis a.: l. 21 C. furt 6, 2 cf. l. 11 D. h. t. l. 38 D. ad l. Aq. 9, 2 l. 2 §. 14 D. vi bon. r. 47, 8 gegen l. 27 §. 2 D. ad l. Aq. 9, 2. Jhering, S. 99. 6.

23) l. 136 D. r. j. 50, 17 B. fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

24) l. 25 §. 2 D. usur. 22, 1 (Julian): B. f. emtor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse; an per-

bloßen Thatbeſtand (Factum) denkt, dagegen zur Nothwendigkeit wird, wenn b. f. p. ein Recht, bonitariſches Eigenthum iſt[25]), ſo denn u. E. im römiſchen Rechte niemals aufgegeben worden iſt[26]), nur im Officium Judicis eine gewiſſe Reaction[27]), und erſt nach den Decretalen[28]) im Rechte ſelbſt Abbruch erfahren hat.

Alſo treffen wir darin, daß die b. f. p. bonitariſches Eigenthum ſei, mit Jhering[29]) zuſammen, weichen dagegen darin von ihm ab, daß er es als Wirkung der Publiciana und der nach Analogie derſelben allmälig aufgeſtellten übrigen Actionen und anderer rechtlicher Attribute der b. f. p. betrachtet, während wir es umgekehrt als Grund, und die Actionen ſammt Publiciana und übrigen rechtlichen Erſcheinungen der b. f. p. als Wirkungen oder Folgen desſelben denken. Davon, daß uns im Bereiche des bonitariſchen Eigenthums der Proprietar ausgeſchloſſen, der Proprietät alſo durch Exiſtenz der b. f. p. die ſonſt mit ihr verbun-

ceptione fructus suos faciat, quaeritur. Respondi: b. f. emtor quod ad fructus percipiendos intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit — l. unic. C. usuc. transf. 7, 31.

25) vgl. Scheurl, Beitr. Heft 2 S. 220: „Der b. f. gemachte Erwerb enthält einen Keim werdenden Eigenthums (!?), der eine ähnlich „ſelbſtändige Kraft, wie das durch die vollendete Uſucapion erworbene Eigenthum ſelbſt hat; ſo wenig dieſes dadurch beeinträchtiget wird, daß der „Eigenthümer inne wird ꝛc. ꝛc.“; anders Jhering, Geiſt d. r. R. Bd. 3 S. 168 (Präſenz des Thatbeſtandes der Rechtsgeſchäfte).

26) arg. l. unic. C. cit. — ut ab initio eam b. fide capiat — Scheurl, Beitr. Bd. I. S. 297 unten. Dagegen Windſcheid P. §. 186 a. E. Hinwider die Gloſſe zu l. 25 §. ult. cit.

27) Hieher des Pomponius l. 48 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — verendum ne non sit b. f. possessor (in Betreff der Reſtitutionsfrage); ferner l. 40 l. 23 §. 1 eod. cf. §. 2 J. off. jud. 4, 17. Unten S. 549 Anm. 30. S. übrigens Göppert, orgg. Erzeugniſſe S. 367—370 Köppen, S. 85—88.

28) c. 5 c. 20 X. praescr. 2, 26 — ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae —

29) Abhh. S. 103, „daß die b. f. beſeſſene Sache zu den bonis gehört“ — „ein bereits exiſtentes, wenn gleich prekäres Recht . ., ein anticipirtes Eigenthum“ — S. 117 „gilt Dritten gegenüber als Eigenthümer.“ Die herrſchende Anſicht entgegen: z. B. Mayer a. a. O. S. 3. „Ich will hier nicht fragen, was denn jenes in bonis esse eigentlich ſei . . . vielleicht gar eine b. f. possessio?“ vgl. S. 71; Demelius, gegen Janke (Fruchtrecht des redl. Beſitzers und des Pfandläubigers 1862), der gleich uns in der b. f. p. ein in bonis habere erblickt: „Wäre die Unhaltbarkeit dieſer Identificirung nach den Ausführungen von Mayer . . . noch beſonders zu beweiſen ꝛc. ꝛc.“ (krit. Vierteljſ. Bd. 4 S. 294); befreundeter Pagenſtecher, L. vom Eigenthum, Bd. 2, S. 108.

dene Nutzseite entzogen scheint[30]), weicht Jhering nur halb ab, wenn er Ansprüche Beider, des b. f. possessor und dominus, zwar nebeneinander, aber auf verschiedene Werthe oder Interessen, aufstellt[31]).

II. Das bonitarische Eigenthum unseres b. f. possessor ist rechtlich unvollständiger, als es das von den Unsrigen allein so genannte bonitarische Eigenthum war. Der Umstand, daß letzteres von dem wirklichen Eigenthümer, und nur nicht in der legitimen Form erworben war, brachte mit sich, daß der Vindication von Seite des legitimen Eigenthümers, wenn nicht von jeher, so doch von der Zeit an da das bon. Eigenthum selbst vindicirbar geworden war, stets eine exceptio (doli — rei venditae et traditae —) entgegenstund[32]). War so der wesentliche Inhalt des legitimen Eigenthums, das Vindicationsrecht (S. 472), im Gegenhalte zum bonit. Eigen auf einen leeren Namen hinabgedrückt, so blieb für eine wesenhafte Bedeutung desselben kein Raum mehr; dem bonitarischen Eigenthümer der Sache steht zwar nicht alles und jedes Recht des legitimen Eigenthums zu[33]), allein gleichwohl steht etwas, das von materiellem und definitivem Belange wäre, dem nunmehr quiritarischen Eigenthümer nicht zu[34]), während hinwiderum dem bonitarischen Eigenthümer von all dem was zur Erhaltung im Besitz und Genuß der Sache sowie zur wirksamen Verfügung über dieselbe dient, nichts gefehlt zu haben scheint[35]). — Unserem b. f. possessor dagegen steht, weil er von einem Nichteigenthümer erworben hat, ein Eigenthümer von ungebeugtem Vindicationsrecht, mithin ein in

30) idem jus quod dominis . . tributum est (Anm. 19) kann nur exclusiv gemeint sein: arg. z. B. l. 13 D. cit. eod.; arg. ferner l. 1 §. 1 D. servo corr. 11, 3 — eveniet ut duobus actio servi corrupti competat, quod est absurdum — besonders: l. 20 §. 1 D. furt. 47, 2 l. 17 pr. D. ad l. Aq. 9, 2 Si dominus servum suum occiderit, b. f. possessori vel ei qui pignori accepit, in factum actione tenebitur — aber wie hiemit l. 38 eod. vereinbar? s. Jhering, a. a. O. S. 116.

31) S. 112—119, z. B. l. 17 l. 38 in der vorigen Note.

32) vgl. Mayer, a. a. O. S. 35.

33) s. u. a. Gaj. 1, 17; 2, 196.

34) Gaj. 2, 88; 3, 166 — nam placet ex nulla causa ei (per servum) acquiri posse — Gaj. 1, 54 — potestatem habere non intelligitur —

35) ll. citt.

seinem Wesen unverkümmertes und selbst des gegenwärtigen Nutzens nicht völlig entledigtes [36]) Eigenthum gegenüber; folgerecht ist sein bonitarisches Eigenthum an der Sache selbst und sein „Volleigen" [37]) an den von derselben gefallenen Früchten — nicht in incerto oder in pendenti [38]), wohl aber — dem Officium eines künftigen Richters, und damit einer zwar rücksichtsvollen [39]), aber nur gegen Ersatz ausweichlichen Restitution unterworfen [40]). Hieraus erklärt sich, warum eine Thatsache, welche hier wie dort vorlag — daß man eines Anderen Sache hatte — doch nur hier zum ständigen Ausdruck gelangte, daß nachweislich nur unser b. f. possessor als eine „fremde" Sache besitzend bezeichnet wird (Anm. 1), daß nur er die Sache nicht zur „Sache eines Anderen machen" kann [41]), und daß bei Gajus 2, 40, 41 nur der andere, stärkere „Bonitarier" [42]) als Dominus dem Dominus entgegengesetzt, nur sein Eigenthumsantheil als Dominium, nur dieser als das Eine Eigenthum im dominium duplex oder divisum genannt ist. So scheint der Erfolg — daß man hier seine Habe von Rechtswegen wieder verlieren konnte, dort nicht — auf deren rechtlichen Begriff selbst reagirt zu haben.

Nichtsdestoweniger ist das bonitarische Eigenthum unseres b. f. possessor in den justinianischen wie antejustinianischen Quellen nur zurückgedrängt, nicht verdrängt. Hauptsächlich in den justinianischen Quellen sind die Beweise für sein in bonis

36) §. 4 J. per quas pers. 2, 9 — quod vero extra eas causas (ex re vestra vel ex operibus suis) persecuti sunt (servi b. f. servientes), id ad dominum proprietatis pertineat — idem placet et de eo etc. l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 l. 23 §. 2 l. 40 D. a. r. d. 41, 1.

37) l. 28 pr. D. usur 22, 1 — fructus statim pleno jure sunt b. f. possessoris —

38) wie bei Köppen, Fruchterwerb des b. f. p. S. 50 S. 76 fgg. Huschke a. a. O. S. 210 (der die Sache mit einem Kriegsgefangenen vergleicht und jus postlim. anzieht). S. dagegen Vangerow §. 326. Anm. 2. 2 b.

39) fructus consumtos suos facit, lucratur, de fructibus ab eo consumtis agere non potest: l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10, 1 l. 40 in f. D. a. r. d. 41, 1 §. 35 J. r. d. 2, 1.

40) §. 2 J. off. jud. 2, 17.

41) z. B. l. 11 D. nox. act. 9, 4.

42) Theophilus zu §. 4 J. libert. 1, 5. Briss. sub. v. bona §. 3.

habere, sein Nichtvolleigen enthalten (Anm. 5. 10—12). Einen Augenblick zwar gewinnt es den Anschein, als ob der Gegensatz eines vollen und unvollständigen Eigenthums innerhalb unserer b. f. p. dem eines wahren und vermeintlichen Platz gemacht, unsere bfp. also in der That den Begriff eines irgendwie wirklichen Eigenthums eingebüßt habe [43]), und reden darnach die Unsrigen denn auch von einem „putativen Eigenthum" [44]); allein näher betrachtet bleibt der Gegensatz des vollen und unvollständigen von dem des vermeintlichen und wirklichen Eigenthums unberührt, indem nur das Volleigen ein vermeintliches des b. f. possessor sein, und ein Nichtvolleigen desselben daneben in voller Wirklichkeit bestehen kann. — Bedeutender wäre der Einwand, daß in noch classischer Zeit die b. f. possessio zu bloßem Faktum degradirt, darum älterer Anschauung entgegen von mala fides superveniens abhängig, und also seines alten Charakters als Halbeigens entkleidet worden sei (Anm. 27). Allein trotz aller Scheinbarkeit ist doch auch dieser Einwand nicht haltbar. Denn in Ansehung der Usucapion ist b. f. p. bis zuletzt von m. fides superveniens unabhängig geblieben [45]); unmöglich konnte in irgend einer anderen Richtung das Gegentheil gelten. Dagegen das, daß zwar b. f. possessio selbst nach wie vor von mala f. superveniens unabhängig blieb, bezüglich ihres Inhabers dagegen gleichwohl in Betracht gezogen werden konnte, ob er fort und fort in bona fide verblieben oder nicht, läßt sich wohl denken, nämlich vom Officium Judicis aus, im Vindicationsprozeß, bei der Restitutionsfrage; und nur darauf kann des Pomponius Neuerung gegangen sein [46]). — Ist endlich der eine, stärkere Bonitarier durch die l. unic. C. de nudo jure quiritium toll. 7, 25 zum alleinigen „vollen und legitimen" Eigenthümer erhoben worden, so war damit das Halbeigen des anderen nicht aufgehoben; jetzt, und erst jetzt waren sie beide von einander „ge-

43) l. 136 D. r. j. 50, 16 (Anm. 23).

44) z. B. Jhering, a. a. O. S. 91. I. „Parallelismus zwischen dem wirklichen und putativen Eigenthum." Aeltere, wie z. B. Lauterbach, Coll. Pand. ad D. 41, 1 Nr. V.: von dom. fictum u. verum —

45) l. unic. C. usuc. transf. 7, 31.

46) — verendum ne non sit. b. f. possessor, nicht b. f. possessio. Anm. 27.

ſchieden" (Anm. 4), während ſie bis dahin blos unterſchieden waren; der eine, dem es am Volleigen nur fehlte, weil es ihm an Legitimität fehlte [47]), ſtieg zur Vollendung empor; der andere, dem es an aller Abkunft von dem bisherigen Eigenthümer fehlte, blieb was er war. Wenn es am Schluſſe der Conſtitution heißt, daß Jeder plenissimus et legitimus dominus ſein ſolle, ſo kann das nur in Anſehung der Erwerbsart gemeint ſein (Anm. 11) — Eine Art Bonitarier des ſtärkeren Schlages gibt es übrigens noch heute trotz der l. unica cit. [48]).

Ueber dem Fruchtrecht des b. f. possessor liegt kein Dunkel mehr, wenn b. f. p. bonitariſches Eigenthum iſt; ſtatt deſſen bleibt oder beginnt die Frage, wie man den Beſitzer einer „fremden" Sache als irgend einen Eigenthümer denken mag? Das fällt uns heute, da wir keinen Eigenthümer ohne Vindication mehr denken können, nun freilich ſchwer; in einer Zeit dagegen, wo man noch in Erinnerung an einen Rechtszuſtand lebte, in welchem vieles Eigen mit dem Beſitz unvindicirbar verloren ging, vieles Eigen mithin in und auf dem Beſitze beruhte [49]), bedurfte es vielmehr der Rechtfertigung und Gewöhnung, daß der b. f. possessor die Sache wieder herausgeben müſſe, als daß er ſie haben und dem Seinigen zuzählen dürfe.

Vervielfältigung, Erweiterung, Vergemeinſamung von Beſitz und Eigenthum.

§. 144.

Sacheinheiten.

Fallen Einheit der Sache und Einheit von Beſitz und Eigenthum zuſammen [1]), ſo kann einerſeits die Zerlegung und die Vereinigung von Sachen nicht ohne Rückwirkung auf Beſitz und Eigenthum bleiben, und muß anderſeits feſtgeſtellt ſein, wann Einheit, wann Mehrheit der Sachen da ſei.

47) Varro r. r. 2, 10 »legitimus dominus« l. unic. C. nudo j. q. toll. 7, 25 Theoph. zu I, 5, 4 ἔννομος δεσποτεία —
48) S. 473 am Ende des erſten Abſatzes.
49) S. 496. Alin, 2. S. 474. Z. 3 u. fgg.
1) §. 130 S. 475; §. 135 S. 497.

Kommt es aus Anlaß der Zerlegung und der Vereinigung etwa zur Vervielfältigung, Erweiterung, Vergemeinsamung bisherigen Eigenthums und Besitzes, so liegt um eben deswillen kein „Erwerb" von Besitz und Eigenthum vor [2]).

Die selbst von der Glosse außerhalb des Corpus Juris gesuchte, seitdem mit aller Bestimmtheit und Gründlichkeit auf die Stoa zurückgeführte [3]) Eintheilung in l. 30 pr. D. usurp. 41, 3 [4]) ist allerdings eine Eintheilung nur der Sachen im engeren Sinne, d. i. der körperlichen Sachen [5]); allein eine Eintheilung derselben lediglich nach der Einheit, oder eine Eintheilung von Sacheinheiten. Nur so kann es kommen, daß einerseits nur Körper in Frage stehen, anderseits aber das dritte Glied jener Dreitheilung (s. g. univ. rer. distantium) gleichwohl kein Körper, sondern eine Mehrheit von Körpern [6]) ist; denn diese Mehrheit ist eine Einheit [7]).

Nach der Einheit besehen sind also den Stoikern die (körperlichen) Sachen je Eine Eins, oder je Mehrere Eins. Entschieden als Ein Körper Eins ist ihnen das corpus unitum (ἡνωμένον); entschieden als eine Mehrheit von Körpern Eins ist ihnen die Heerde u. s. f.; unsicher dagegen ist, ob ihnen das connexum (συνημμένον — unsere s. g. universitas rerum cohaerentium) als Ein Körper, oder als eine Mehrheit von Körpern Eins sei. Die lingua philosophorum, insonderheit daß das connexum einheitlich σῶμα heißt, entscheidet nicht, weil auch die aus entschieden mehreren Körpern bestehende Einheit und

2) Gegen die Gewohnheit, hier Eigenthumserwerbsarten anzunehmen s. Bechmann, zur L. vom Eigenthumserwerb durch Accession u. v. d. Sachgesamtheiten, Kiel, 1867. I. u. II. Göppert, über die organischen Erzeugnisse, Halle 1869 S. 87. Anm. 1; S. 93 fgg.; — entschuldigend Windscheid §. 189 a.

3) Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach r. R., Halle 1871. Einl. und Abschn. I.

4) s. oben S. 475. Anm. 18—20.

5) Göppert a. a. O. III. Abschn. §. 1.

6) l. 30 pr. cit. — corpora plura (non) soluta — zu non s. Göppert S. 53. Anm. 10.

7) l. 30 pr. cit. — corpora plura . . . uni nomini (nicht homini S. 475. Anm. 20) subjecta —

überhaupt manches Körperliche σῶμα heißt [8]). Nach Seneca [9]) freilich wäre das connexum nur als Mehrheit von Körpern Eins; denn die Einheit der Materie (unitas) liegt ihm in der Continuität, d. i. Fugenloſigkeit (sine commissura — Cohäſion), während er für ein bloßes Gefüge zuvörderſt den (mit dem connexum des Pomponius identiſchen) Ausdruck nexus, auch das Schiff als Beiſpiel, und neben ſolchem Gefüge überdies auch noch den bloßen Haufen, der entſchieden eine Mehrheit von Körpern iſt, der Einheit gegenüberſtellt. Damit ſtimmt überein, daß nur das unitum Eine ἕξις (Halt, tenor, πνεῦμα, spiritus, Seele), das connexum dagegen ihrer mehrere, und zwar ſo viele als Bretter, Steine ꝛc. hat [10]). Hinwider heißen anderſeits nur die Glieder der getrennten Einheit (des σῶμα ἐκ διεστώτων, rerum distantium) ſelbſtändig, oder für ſich ſeiend [11]), ſo daß man nur dieſe als je Eins gedacht denken möchte.

Indeſſen wie immer die Philoſophen hierüber dachten, ſo ſcheinen die übrigen Fakultäten ſich diesfalls freie Hand behalten zu haben. Schon bei den Mathematikern finden ſich unita und connexa (hier ἀλληλούμενα) als Einheiten (Größen) nebeneinander entgegen der Vielheit (πλῆθος) der Heerde u. ſ. f. [12]); daß die Juriſten im connexum nicht ſchlechthin eine Mehrheit von Sachen annahmen, zeigt ſofort die Weiterentwicklung der l. 30 cit. [13]). Ihre für Einheit der Sache allem Anſchein nach entſcheidende Seeleneinheit (μία ἕξις) ſcheinen die Philoſophen nur in Naturproducten, die Juriſten dagegen auch in Geſchöpfen aus Menſchenhand, an dem in ihnen zum Ausdruck gelangten Form-

8) die Stellen bei Göppert S. 10—13; σῶμα weiteren Sinnes, ſ. daſelbſt S. 34 fg.

9) a. a. O. S. 12.

10) z. B. Achilles Tatius (a. a. O. S. 13) — συνημμένα δὲ ὅσα οὐχ ὑπὸ μιᾶς ἕξεως δέδεται: τὸ μὲν γὰρ (πλοῖον etc.) ἐκ πολλῶν σανίδων . . . σύγκειται —

11) Lentus Empiricus, a. a. O. S. 12 oben: ἐκ κεχωρισμένων καὶ καθ' αὑτὰ ὑποκειμένων συγκείμενα, ὡς στρατιαὶ καὶ ποίμναι καὶ χοροί.

12) vgl. die damit zuſammenhängende Cujaciſche Darſtellung a. a. O. S. 17.

13) l. 30 §. 1 cit. — in quo (annulo) verum est, et aurum et gemmam possideri, cum utrumque maneat integrum vgl. oben S. 497 Anm. 33.

oder Zweckgedanken, erkannt zu haben; und wie die dem Naturdinge eingepflanzte Naturseele je Eine ist gegenüber den in ihm natürlicherweise vorhandenen Theilen [14]), so ist die dem Menschenwerk eingepflanzte Menschenseele Eine [15]) gegenüber den in ihm menschlich, gleichviel ob chemisch oder mechanisch [16]), verbundenen Theilen. So werden wir diejenigen connexa, welche sich als menschlich beseelt bezeichnen lassen, bei den Juristen so sicher als Einheiten gedacht sehen (§. 146), als sie bei den Philosophen das Gegentheil sein mögen. Auch connexa, die keinem Gedanken unterworfen scheinen, werden wir in unseren Quellen als Einheiten kennen lernen: es sei nun, daß man den Mathematikern, oder daß man dem Auge folgte; nur wenn die jetzt verbundenen Sachen zuvor verschiedene Herren gehabt, und die Verbindung löslich ist, soll die Sachen-Mehrheit durch die bloße Thatsache der Verbindung nicht überwunden werden [17]). Der Unterschied der Lösbarkeit und Unlösbarkeit hängt mit den von der „Schule" gemachten Verbindungsarten (*μίξις, κρᾶσις, σύγχυσις*) [18]) leicht zusammen; allein daß um der Lösbarkeit willen die Einheit unterbleiben könne, ist ein nur den Juristen entnehmbarer Satz. Mit der Spiritualität der uno spiritu zusammengehaltenen connexa hängt eine gewisse Ueber- und Unterordnung der Theile, der den Juristen so bedeutsame Gegensatz des Principalen und Accessorischen enge zusammen; ob ihn die Philosophen vorgezeichnet haben, ist unsicher [19]).

Auch das (bis in die „Sterne und Gestirne" hinaufra-

14) Seneca, natural. quaest. c. 2 §. 2. quoniam dixi de partibus, in quas omnis rerum natura dividitur — (a. a. O. S. 12); — Plutarch. praecogn. conjug. c. 34 (a. a. O. S. 10): *τὰ δὲ ἡνωμένα καὶ συμφυῆ* —

15) vgl. den unus spiritus durch den die statua samt angefügtem Arm „zusammengehalten" wird (l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1) mit dem unus spiritus des Naturdinges in l. 30 pr. cit.

16) s. dagegen Bechmann, a. a. O. S. 43 oben.

17) l. 5 §. 1 D. r. v. 6, 1 l. 12 §. 1 l. 27 §. 2 in fin. D. a. r. d. 41, 1.

18) Göppert, a. a. O. S. 46.

19) in dem *ἐκ συναπτομένων δὲ . . ἐκ τε παρακειμένων καὶ πρὸς ἕν τι κεφάλαιον νευόντων*? Göppert: „mehrere zu gemeinschaftlichem Zweck mechanisch verbundene Dinge" S. 48 vgl. S. 47 „Zweckmäßigkeit."

gende)[20]) *σῶμα ἐκ διεστώτων* iſt in l. 30 pr. §. 3 cit. als corpus, tertium genus corporum, als corpus ex distantibus constans aufgenommen; allein nur damit ſofort angemerkt werde, nicht blos daß dieſes corpus kein Einzelkörper ſei wie das Thier und der Sklave — denn das war es auch den Philoſophen nicht —, ſondern daß es auch als Einigung mehrerer Körperindividuen juriſtiſch — in Beſitz und Uſucapion — nicht Eins ſei[21]). Inwieferne ſie gleichwohl als Eins in Betracht kommt, wird ſich in der Lehre von der rei vindicatio zeigen; denn keinesfalls außer der Vindication beſteht ein Grund, dieſen Einheiten ſachliche, d. h. mehr als ſprachliche (in der einheitlichen Zuſammenfaſſung des Manigfaltigen und Veränderlichen wurzelnde) Bedeutung beizulegen[22]). Aber exiſtirte auch nur ein Punkt, auf dem dieſe von den Unſrigen ſo genannte universitatis facti[23]) (univ. corporum distantium) als Eine Sache in Betracht käme, ſo müßte entſchieden werden, was alles für Sachencomplexe unter dieſe Einheit fallen: ob etwa jede ſprachlich collectiv gefaßte Mehrheit von Sachen[24]), oder nur ſolche Mehrheiten, welche den Grund und Zug zur Vereinigung in ſich ſelber haben, alſo „Vereinigungen von Menſchen und von Thieren“[25]), „Heerden und andere Naturganze“[26]), Sachgeſamtheiten, welche ſich „aus ſich ſelbſt ergänzen“[27]). Dieſe letztere, einſchränkende Definirung würde ſich aber ſchon um deswillen empfehlen, weil die Behandlung dieſer Mehrheiten als Sacheinheit immerhin eine Singularität wären. —

Möglich, daß die Stoiker analytiſch, durch Zergliederung der Sachen und Einheiten, wie ſie vorlagen, zu unſerer Eintheilung gelangten; allein möglich auch, daß ſie den inductiv-genetiſchen

20) Göppert a. a. O. S. 16. Anm. 6.

21) — non autem grex universus sic capiatur usu, quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes; . . . non . . universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio . . . singulae (oves) suam causam habebunt.

22) vgl. einſtweilen Göppert a. a. O. Abſchn. III. §. 4. S. 49. Abſchn. IV. §. 3 S. 94—114. Windſcheid §. 137 Anm. 5. 6—8.

23) vgl. übrigens die universitas, als welche grex, armentum, equitium in l. 70 §. 3 D. urfr. 7, 1 erſcheint. Göppert S. 55 unten.

24) wie vordem gewöhnlich, z. B. noch Windſcheid 3. Aufl. §. 137, 1.

25) Göppert, S. 56.

26) Windſcheid, 4. Aufl. §. 137 Anm. 6. 7.

27) Jhering, Geiſt d. r. R. III. S. 38. Anm. 22.

Weg gingen. Denn ihre Weltseele (oberste, allgemeinste ἕξις) steht der Materie nicht blos zusammenhaltend, sondern auch theilend [28]) gegenüber, die Materie in Elemente und einzelne Körper scheidend, selbst in Einzelseelen die den Einzelkörper erfüllen, zerfallend. So ergaben sich Sacheinheiten, welche aus dem Weltganzen heraus, gewissermassen vereinzelt oder vereinsamt sind (S. 475 — ἡνωμένα, unita) — im Gegensatze zu den Einheiten, die umgekehrt durch Verbindung entstehen — (συνημμένα).

§. 145.

Fruchtgewinn.

Eine Sacheinheit, welche durch Theilung, Trennung (Geburt, Abfall, Schnitt) aus einem Ganzen, dessen Theil sie bisher selbst war [1]), heraus entsteht, ist die Frucht. Mit ihrer Lostrennung von der fruchttragenden Sache ist diese selbst, und das Eigenthum an ihr, vervielfältiget. Wenn nichts dazwischen tritt bleibt sie nach ihrer Lostrennung dessen, in dessen Eigenthum sie zuvor, als Theil des Ganzen, gewesen ist [2]); denn nicht etwa das Recht des Samens, sondern das des Mutterschoßes — nicht Vater-, sondern Mutterrecht — ist, wie nie bezweifelt worden, entscheidend für das Recht der Frucht [3]). Einen Eigenthums-Erwerb enthält diese Eigenthumsvervielfältigung so wenig, wie die, da der Eigenthümer seinen Bogen Papier oder seinen Laib Brod zerschneidet [4]).

Dieses aus dem Eigenthum an der fruchttragenden Sache erwachsende Eigenthum an den Früchten kann nun aber dem Eigenthümer der Sache entgehen: entweder durch Perception, insofern

---

28) Göppert, S. 21 Al. 2.

1) l. 44 D. r. v. 6, 1 Fructus pendentes pars fundi videntur. l. 61 §. 8 D. furt. 47, 2 — fructus quamdiu solo cohaerent, fundi esse — l. 1 §. 1 D. insp. ventre 25, 4 — partus enim antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum — und hiezu, betreffs abweichender philosophischer Ansichten, Noodt, Jul. Paulus sive de partus expositione lib. sing. cap. 2, in opp. omn. Lugd. Bat. 1724 tom. I. p. 569 links unten.

2) l. 5 §. 2 D. r. v. 6, 1 l. 2 l. 6 D. a. r. d. 41, 1.

3) l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 — et ideo nemo unquam dubitavit —

4) vgl. §. 144 Anm. 2. Fitting, Arch. f. c. P. 48 S. 12 Nr. 13.

einem Dritten, es sei blos precaristisch, oder forderungsweise, oder dinglich ein Recht auf Gewinnung der Frucht zusteht, — oder ohne weiteres (quoquomodo fructus sint separati), insofern ein Dritter an der fruchttragenden Sache eine bonae fidei possessio, oder eine Emphyteuse hat. Aber all dieses Fruchtrecht Dritter führt nicht minder als das des Eigenthümers auf Eigenthum an der fruchttragenden Sache selbst zurück.

Aus widerruflicher Concession des Eigenthümers leitet der Precarist [5]), aus obligatorisch gedeckter der Pächter [6]) oder wer sonst aus Contracten, genannten oder ungenannten [7]), aus Haupt- oder Nebenverträgen [8]) einen Anspruch auf Früchte erworben hat, die Befugniß zur Perception und darnach das Eigenthum an der percipirten Frucht ab. Auch Usufructuare und, so weit ihnen überhaupt Früchte vergönnt sind, Usuare haben eine bloße Befugniß zur Perception, diese aber kraft dinglichen Rechtes [9]), welches jedoch seinerseits abermals aus dem Eigenthum an der fruchttragenden Sache herrührt (S. 243, 2). Alle diese Percipienten schließen, wenn die Frucht erst durch ihre Perception losgetrennt wird [10]), den Eigenthümer völlig aus [11]); erfolgt die Trennung zuvor, dann ist die Frucht einstweilen noch beim Eigenthümer [12]).

---

5) l. 1 pr. D. prec. 43, 26 — utendum conceditur — l. 15 pr. eod. — ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus —

6) l. 61 §. 8 D. furt. 47, 2 — ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere — l. 25 §. 1 D. loc. 19, 2 — curare debet (dominus) ut . . colono frui liceat — das concedendi jus in l. 163 D. r. j. 50, 17. Puchta, P. §. 150.

7) z. B. l. 16 D. praescr. v. 19, 5 Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo — Vat. fr. §. 1. Qui a muliere sine t. a sciens rem m. emit . . . fructus suos facit, quia . . voluntate dominae percipit —

8) z. B. pactum antichreticum l. 17 C. usur. 4. 32.

9) Arndts, zur L. v. d. Emphyteuse, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 3 S. 389—396; l. 1. D. usufr. 7, 1 l. 12 §. 1 D. usu. 7, 8.

10) vgl. l. 13 D. quib. m. usfr. v. u. am. 7, 4 — fructumque percipi spica aut foeno caeso aut uva ademta, aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum vel vindemia coacta sit — l. 78 D. r. v. 6, 1.

11) arg. l. 13 cit. — fructuarii fructus tunc fieri, cum perceperit — §. 36 J. r. d. 2, 1.

12) l. 13 cit. — aliter observandum de ea olea quae per se deciderit — l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 — cum fructuarii ante non

Besteht an der fruchttragenden Sache b. f. possessio, so fällt das Eigenthum an den Früchten im Augenblicke der Trennung an den b. f. possessor [13]). Die noch immer nicht aufgegebene, von Windscheid [14]) genährte, von Göppert [15]) restaurirte Savigny'sche Opposition gegen diesen ausdrücklichst bezeugten [16]), seit Bake [17]) zur Herrschaft gelangten, so denn auch neuestens wieder von Köppen [18]) und Fitting [19]) in Schutz genommenen Satz hat ihren Grund vornehmlich darin, daß man die b. f. possessio schlechthin als Nichteigenthum zu denken gewohnt ist; denn aus dem Nichteigenthum an der Sache führt kein Weg zum Eigenthum an den Früchten [19a]). Insoweit folgerichtig suchte man das Recht des gutgläubigen Besitzers an den Früchten mit dem an der Hauptsache in Uebereinstimmung zu bringen, mithin auf Usucapionsbesitz herabzusetzen [20]), trotzdem diesem Versuch die Quellen im Allgemeinen und nach Puchta's Schlagwort in aller Besonderheit [21]) widerstreben. Allein dem Römer ist nicht blos

---

fiant, quam percipiantur. Anwendung: l. 12 §. 5 D. usfr. 7, 1; nicht entgegen das statim in l. 28 pr. D. usur. 22, 1; denn siehe l. 4 §. 19 D. usurp. 41, 3.

13) l. 25 §. 1 cit. l, 48 D. a. r. d. 41, 1 l. 13 cit. l. 1 §. 2 D. pign. 20, 1 §. 35 J. r. d. 2, 1.

14) Ueber die Rechte des redlichen Besitzers an den Früchten, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 4 Nro. 3 S. 58—74 und Pandekten §. 186. Anm. 7—18; bes. 12. Uebrigens Windscheid selbst: „Ich . . . habe mich überzeugen müssen, daß es Stellen gibt, welche ich wenigstens mich unmöglich fühle so zu deuten, daß sie dem redlichen Besitzer nur die consumirten Früchte zuschreiben". (Ueber die Rechte ꝛc. S. 105).

15) Die organischen Erzeugnisse, Abschn. V. S. 320 fgg.

16) s. von den oben Anm. 13 citt. Stellen besonders l. 13 in f. und l. 48 pr. cit. »interim.«

17) F. G. Bake, b. f. possessor quemadm. fructus suos faciat, Berol. 1825.

18) Fruchterwerb des b. f. p. 1872. S. 2 S. 14 fg.

19) Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 275—279.

19a) z. B. Koeppen S. 44. „Für ihn läßt sich der Fruchterwerb durch juristische Consequenz nicht begründen. weil er kein Recht an der fruchttragenden Sache hat, aus welchem derselbe abgeleitet werden kann —"

20) Savigny, L. vom Besitz, 7. Aufl. S. 277 §. 22a III. Windscheid, über das Recht d. redl. B. a. a. O. S. 121 XVII. und bis auf ein gewisses auch noch P. §. 186. Anm. 14. Göppert a. a. O. Abschnitt V. §. 2.

21) P. §. 166 e. „Usucapionsbesitz (an der fruchttragenden Sache) schlechthin ist weder hinreichend noch nothwendig": l. 48 pr. in fin. §. 1 D. a. r. d. 41, 1 l. 48 §. 6 D. furt. 47, 2.

das ſ. g. bonitariſche Eigenthum, ſondern auch die b. f. possessio ein in bonis habere, b. f. p. alſo nicht ſowohl Nichteigenthum, als nicht das volle (plenum) Eigenthum, — als, durften wir ſagen, bloßes Nutzeigenthum, oder die Nutzſeite des Eigenthums im Gegenſatze zu ſeiner Rechtsſeite (§. 143). Von hier aus bedarf das Fruchteigenthum des b. f. possessor nicht erſt der Erklärung [22]), ſondern iſt es ſelbſt nur ein weiterer Grund und Beleg dafür, daß der b. f. possessor kein bloßer Nichteigenthümer, ſondern gleich dem ſ. g. bonitariſchen Eigenthümer ein „Bonitarier" ſei (§. 143 I.). Klar iſt, daß und warum ihm in Anbetracht des Fruchtgewinnes idem jus quod dominis [23]) und warum es ihm mit Ausſchluß des dominus zuſteht [24]), ſowie daß ihm, dem ſchwächeren, der Vindication des dominus ausgeſetzten und erliegenden Bonitarier [25]) dasſelbe doch nicht ſo vollſtändig wie dem Eigenthümer, wenn er die Sache zugleich in bonis hat, zuſteht [26]); denn die Vindication zieht außer der Reſtitution der res ipsa auch die der fructus extantes [27]), und von dem Augenblicke, da der b. f. possessor des fremden Eigenthums inne wurde, auch die der fructus consumti nach ſich [28]); nur was er bona fide verbraucht hat, bleibt ihm. Heißt es gleichwohl, daß er consumtos ſchlechthin zu den ſeinigen [29]) mache, ſo findet dies darin ſeine Rechtfertigung, daß er prozeßualiſch, nach canoniſchem Rechte ſogar materiellrechtlich, infolge der mala fides superveniens nicht mehr als b. f. possessor erſcheint [30]); — heißt es fructus consumtos suos facit, ſo will und kann dies nicht bedeuten, daß er erſt jetzt Eigenthümer der Früchte werde, ſondern daß er ſie

22) ſ. oben §. 143 I. 1 und dazu noch Windſcheid über die Rechte des redl. Beſ. S. 83.
23) §. 143 Anm. 19.
24) §. 143 Anm. 30.
25) §. 143 II.
26) l. 48 pr. D. a. r. d. 41, 1 — interim suos facit — cf. l. 205 D. r. j. 50, 1 l. 66 r. v. 6, 1; — loco domini paene est (l. 48 pr. cit.).
27) §. 35 J. r. d. 2, 1.
28) §. 143 I. 5; l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10, 1 — aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, si eos consumpsit —
29) l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10, 1 l. 40 in f. D. a. r. d. 41, 1 cf. §. 35 J. cit. — de fructibus ab eo consumtis agere non potest —
30) §. 143 I. 5.

erst jetzt gewinnt[31]) — vor der Gefahr, sie aus seinem „Haben" in sein „Soll" übertragen zu müssen, geborgen ist. — Zweifelhafter ist, ob er den Erlös aus den Früchten behalten darf, oder ihn so weit, als er, in was immer für einer Gestalt, noch vorliegt, gleich den fructus extantes mitrestituiren muß. Gälten die veräußerten Früchte für „consumirt"[32]), so wäre für den Gewinn entschieden; gälten sie für nicht „consumirt"[33]), so wäre damit für die Restitution noch nicht entschieden[34]). Allerdings läßt der Satz, daß der b. f. possessor aus der Zeit vor der L. C. nur fructus extantes prästire[35]), die Möglichkeit offen, daß er den aus den Früchten vorhandenen Gewinn prästire; denn vielleicht sind die Bezüge aus den Früchten nicht mehr fructus, nurmehr causa rei, und ist mit dem Satze, daß fructus extantes zu restituiren seien, nicht gesagt, daß etwas anderes nicht zu restituiren sei. Allein so sicher für den b. f. hereditatis possessor der Satz gilt, daß ihm omne lucrum zu benehmen sei[36]), so bedenklich ist er für den b. f. p. der einzelnen Sache, der omne lucrum nun einmal nicht herausgeben muß; denn daß die „Lucrirung" der fructus consumti kein Gewinn sei, läßt sich nicht behaupten[37]). Daß auch in singularum rerum petitione der b. f. p. omnem causam restituiren müsse, ist nur für den Fall der mora in reddendo ausgesprochen[38]); daß er „keinen Gewinn" mache, nur in Betreff derjenigen Sache, die bereits in lite zu sein begonnen hat[39]). — Daß fructus extantes restituirt werden müssen, ist keine Negation des Eigenthums an denselben, sondern ein Anspruch des Vindicanten, der aber selbst

31) fructus consumtos lucrari oportet — l. 40 cit.

32) so z. B. Göppert a. a. O. S. 355. Anm. 24 Vangerow §. 326. Anm. 2 c.

33) Windscheid, P. §. 186. Anm. 16.

34) s. dagegen Windscheid a. a. O., namentlich auch in Betreff des fructus civilis (Pachtzinses) aus Ueberlassung der Früchte: Ueber die Rechte d. redl. B. S. 132.

35) l. 22 C. r. v. 3, 32.

36) l. 28 l. 55 D. h. p. 5, 3. l. 1 C. eod. 3. 31.

37) vgl. Göppert S. 360 Anm. 40; anders Windscheid, über d. Recht des redl. Bes. S. 121 XVII. „nach der Consumtion aber, weil er dadurch nicht reicher werde"; hinwider Köppen a. a. O. S. 46 Anm. 86.

38) l. 17 §. 1 D. r. v. 6, 1.

39) l. 17 §. 1 cit. vgl. l. 20 eod.

nur im officium des über die Vindication der res ipsa erkennenden Richters [40]), mit nichten in einer obligatio beruht [41]). Darnach iſt in Betreff der fructus extantes kein Raum für condictio; denn es fehlt an obligatio [42]); — kein Raum für ſelbſtändige Vindication weder gegen den b. f. possessor ſelbſt [43]), noch gegen einen dritten Beſitzer [44]): denn dazu fehlt es dem Vindicanten am Eigenthum. Vindicationen und Condictionen aber, welche der b. f. possessor auf die ihm gehörigen Früchte gegen einen Dritten erwürbe, würde er an den Vindicanten der Mutterſache an Stelle der fructus extantes u. E. mitreſtituiren müſſen [45]).

Was bezüglich der Feldfrüchte, gilt auch für die Thierfrüchte, ſoferne ſie nicht den Stamm erſetzen, ſondern wirklich Frucht ſein ſollen — ein incertum [46]), dem im Sinne der Frucht erſt durch Conſumtion ein Ziel geſetzt werden mag [47]). Auch darauf, ob die

40) §. 2 J. off. jud. 4, 17.

41) wogegen Vangerow §. 326 Anm. 2 b. eine „officio judicis eintretende Obligation“ hat.

42) zu l. 18 D. exc. 44, 1: – „si ejus fundi, quem tu possideas, fructus condicere velim — vgl. l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10, 1 — aut enim b. fide percepit et lucrari eum oportet si consumsit, aut mala fide, et condici oportet — l. 22 §. 2 D. pign. act. 18, 7 — a praedone enim et vindicari extantes possunt, et consumti condici — l. 3 C. cond. ex lege 4, 9. Mala f. possidens de proprietate victus extantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condictione conventus eorum restitutione parere compellitur.“ – Vgl. übrigens auch Göppert, S. 361 Anm. 2. Witte, Bereicherungsklagen §. 41; in l. 23 D. r. cr. 12, 1 l. 30 pr. D. a. e. e. v. 19, 1 l. l. C. reb. al. non al. 4, 51 l. l. C. comm. r. alien. 4, 52 handelt es ſich nicht um den fructus, ſondern res ipsa, überdies um Beſitz aus bloßem Putativtitel (Witte S. 328 fgg.)

43) der vaccae emtor in l. 43 D. evict. 21, 2 Julian. nicht nothwendig b. f emtor: vgl. l. 27 C. evict. 8, 45. Windſcheid, a. a. O. Anm. 15; vielleicht auch zwar post emtionem aber ante traditionem natus, Vangerow §. 326, Anm. 2 b; — gegen die Erklärung von Arndts Pand. §. 156. Anm. 3 c. „weil nicht zur Zeit der Trennung noch b. f. p.“ vgl. die Julian'ſche l. 25 §. 2 D. usur. 22, 1.

44) was beides zugelaſſen von Windſcheid, P. a. a. O. S. 593.

45) arg. l. 21 D. r. v. 6, 1.

46) l. 12 §. 5 in fin. l. 70 §. 1 D. usufr. 7, 1 vgl. l. 68 §. ult. l. 69 eod.

47) Daher die ſonſt ſo anſtößige l. 4 §. 19 D. usurp. 41, 3. — Idem. (daß ſie gleich der Wolle in fructu ſind) in agnis, si consumti sint — Unterholzner, von der Erwerbung des Eigenthums an Erzeugniſſen, Arch. f. civ. P. Bd. 8 S. 317 S. 334 dazu Huſchke's Recenſion, Tübinger Jahrbb. Bd. 2, S. 211.

Früchte vom b. f. possessor gebaute, gezogene, oder aber von selbst zufallende (s. g. f. industriales oder mere naturales) seien, kommt nach dem Grunde dieses Fruchtanfalls nichts an [48]). In welchem Sinne und aus was für einem Grunde Pomponius in l. 45 D. usur. 22, 1 „nicht jedem" (wie man gewöhnlich annimmt) oder „keinem" b. f. p. (wie Windscheid übersetzt) die mere naturales zuspricht [49]), ist unsicher und streitig [50]); uns scheint er „nicht jedem" b. f. p., sondern nur dem von den Unsrigen allein so genannten bonitarischen Eigenthümer [51]) alle Früchte zugesprochen, bezüglich unseres b. f. possessor aber in einer der Unterscheidung im Sclavenerwerb [52]) nachstrebenden [53]) Weise unterschieden zu haben [54]); erwarb ja jener durch den Sclaven alles [55]), dieser nicht alles. Auch Julian (l. 25 §. 1 cit.) verglich mit dem Sclavenerwerb; allein für das Fruchtrecht am Mutterrechte festhaltend (Anm. 3) befand er, daß vom Sclavenerwerbe lediglich der Erwerb aus der Arbeit des Sclaven in Vergleich kommen könne [56]); denn nur dieser kommt aus dem Sclaven heraus, wie die Frucht aus der fruchttragenden Sache (Anm. 62); gerade dieser Erwerb fällt jedem b. f. possessor des Sclaven zu, wornach denn auch die Frucht ohne Rücksicht auf das was von außen zu ihrer Erzielung beiträgt, jedem b. f. p. zufällt. Ihm folgt Paulus, ihm auch die heute herrschende Ansicht. Geringeren Anhalt scheint uns die Unterscheidung nach dem titulus verus und putativus [57]) zu haben; dem gutgläubigen,

48) l. 48 pr. D. a. r. d. 41, 1 Paulus — non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes —

49) — non fit ejus, sicuti nec cujuslibet b. f. possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur — Anklang in §. 35 J. r. d. 2, 1 — pro cura et cultura —

50) Windscheid, über d. Recht d. redl. B. S. 126 Nro. XVIII. Bangerow, a. a. O. d.

51) vgl. oben §. 143. Anm. 12.

52) s. oben §. 143. Anm. 36.

53) vgl. l, 25 §. 1 D. usur. 22, 1 Julian. — quod ad fructus qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet proprius ea accedere quae servi . . . acquirunt —

54) Huschke, a. a. a. S. 204.

55) §. 143. Anm. 34.

56) — proprius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt —

57) Bangerow a. a. O.

aber nur vermeintlichen Käufer u. dgl. alle Rechte des b. f. possessor zu gewähren hat Grund; ihm alle zu entziehen, hat auch Grund [58]); aber ihm das eine zu gewähren, das andere nicht, iſt eine Beliebung von mehr willkürlicher, darum nicht zu vermuthender Art. — Nicht als fructus gilt der partus ancillae [59]); darum iſt der Umſtand, daß ihn der b. f. possessor erſt uſucapiren muß, kein Beweis gegen das ſofortige Eigenthum des b. f. possessor an den Früchten, trotz l. 48 §. 5 D. furt. 47, 2 [60]).

Leiſtungen der Thiere und Sclaven, Geldeinnahmen aus Sachen, inſonderheit Zinſe heißen zwar mitunter auch „Früchte“ [61]) (ſ. g. fructus civiles), ſind aber entweder überhaupt keine Dinge oder Sachen, woran Eigenthum möglich wäre (z. B. operae servorum), oder doch keine Sachen, die anderen körperlich entſpringen [62]) und des Eigenthumsanfalles nach dem Grundſatze der Vervielfältigung und des Mutterrechts fähig ſind. Nicht der Eigenthumsanfall alſo, ſondern nur die Reſtitution etwa kann ſich nach der der natürlichen Früchte richten [63]). — —

Iſt Göpperts Vermuthung, daß in dem fundus vectigalis der l. 25 §. 1 D. usur. 22, 1 alles Vectigalland, alſo auch das solum provinciale mit begriffen ſei [64]) richtig, ſo bekommt der Fruchterwerb des Emphyteuta einen ähnlichen Anhalt und Grund wie der des b. f. possessor — der des Emphyteuta eine Anlehnung an dem Eigenthum der Frucht, das dem Provincialgrundbeſitzer trotzdem das Eigenthum am Boden nicht ihm zuge-

58) vgl. oben Anm. 40. 41.

59) l. 48 §. 6 D. furt. 47, 2.

60) — ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem (sc. ut furtivum non sit) et in pecudibus et in foetibus eorum, quod in partu. argum. §. 6 eod.

61) z. B. l. 4 D. operis serv. 7, 7 l. 38 §. 12 D. usur. 22, 1; ſ. dagegen l. 121 D. v. s. 50, 16 — usura pecuniae quam percipimus in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione vgl. l. 11 D. donat. 39, 5 l. 58 §. 5 D. ad Sc. Treb. 36, 1 l. 39 §. 1 D. leg. I. l. 30 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2, überhaupt Windſcheid, über d. Rechte d. redl. Beſ. ꝛc. S. 133. Dirkſen, Man. sub v. fructus §. 2.

62) l. 121 cit. — in fructu non est, quia non ex ipso corpore .. est —

63) ſ. z. B. oben Anm. 35. Windſcheid a. a. O. XIX.

64) Göppert, orgg. Erzeugniſſe, IV. Abſchn. §. 4, S. 317 —

schrieben wurde [65]) gleichwohl unmittelbar zugefallen sein muß, — gleichwie der unseres b. f. possessor an dem unseres s. g. bonitarischen Eigenthümers. Die Glossatoren und Späteren erblickten in der Emphyteuse dominium utile [66]).

§. 146.

Accession. Communication.

Da die Einheit des Besitzes und Eigenthumes mit der der Sache zusammenfällt [1]), bringt

I. die Vereinigung mehrerer bisher selbständig gewesener Sachen regelmäßig eine Veränderung in Besitz und Eigenthum, und zwar

1) nach positiver Entscheidung des Rechts Erweiterung des Einen Besitzes und Eigenthums auf Kosten des anderen mit sich, wenn eine der vereinigten Sachen in dem neuen Ganzen die körperliche Grundlage (Basis) der anderen [2]), diese mithin „accessio“ [3]) zu jener wird. Wie diese körperlich auf jener ruht, beruht, von ihr getragen oder angezogen wird, so geht sie auch nach Besitz und Eigenthum in ihr auf: der Besitzer und Eigenthümer des dem Ganzen zu Grunde liegenden (fundamentalen) Bestand-

---

ebendas. Uebersicht der verschiedenen Erklärungsversuche für den Fruchterwerb des Emphyteuta.

65) Gaj. 2, 7, 31.

66) Thibaut, Versuche, Bd. 2 Nr. 3.

1) §. 130. S. 475; §. 135. S. 497.

2) Für dieses Merkmal der Prinzipalität (Böcking, Just. II. S. 150) sicherer die Entscheidungen (z. B. l. 23 §§. 3—5 D. r. v. 6, 1, l. 19 §. 20 D. auro, arg. 34, 2 l. 44 D. evict. 21, 2 §§. 33, 31 J. r. d. 2, 1) als die Definitionen (z. B. l. 23 §. 5 cit. — quod sine illa esse non potest — l. 26 pr. D. a. r. d. 41, 1 — in quibus propria qualitas inspectaretur — l. 29 §. 1 D. auro, arg. 34, 2 — visu atque usu rei, consuetudine patrisf. cf. l. 34 pr. D. c e. 18, 1); bestimmt Turinergloſſe Nro. 50 (»cedunt adjecta subjectis), Theophilus ad J. II, 1 §. 4 §. 30 §. 33 (*πεῖχει τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις*) Epit. Gaj. II, 1 §. 4 (superposita inferioribus) (Fitting Turinergl. S. 16); Probe darin, daß pictura nur durch Inconsequenz prinzipal wird (§. 34 J. r. d. 2, 1 cf. Gaj. II. 78 l. 23 §. 3 cit. l. 9 §. 1 D. a. r. d 41, 1 Arndts §. 152 Anm. 3). Anders Puchta, P. §. 164 d. Arndts a. a. O. Windscheid §. 189 2 a. Bechmann, zur L. vom Eigenthumserwerb durch Accession und von d. Sachgesammtheiten, Kiel 1867 S. 64 unten; Keller, P. §. 140. Seuffert, P. §. 145, 4. Sintenis §. 50, 35—40.

3) vgl. zu diesem Worte, z. B. §. 26 J. r. d. 2, 1 l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1 l. 27 §. 2 D. a. r. d. 41, 1. Bechmann, a. a. O. (S. 9. II. 1). Sintenis, Civilr. §. 50, 20.

theils ist Besitzer und Eigenthümer der ganzen Sache geworden [4]); wie die Sache selbst, zumal bei technisch-künstlerischer Verbindung, als Eins gedacht, entworfen, ausgeführt, von „Einem Gedanken getragen" ist [5]), erträgt sie auch nur Ein Eigenthum, kann folgerecht das bisherige Eigenthum an der eingefügten, eingewobenen ꝛc. Sache nicht mehr für sich fortbestehen [6]). Nicht erst ferruminatio, überhaupt Unlösbarkeit der Verbindung [7]), sondern der Einheitsgedanke schließt Theileigenthum aus. Belanglos ist der Unterschied der Lösbarkeit und Unlösbarkeit der Verbindung nicht. Denn im Falle der Unlösbarkeit ist die Selbständigkeit der verbundenen Sache ein- für allemal aufgehoben, und das Eigenthum an ihr in dem am Ganzen unwiederbringlich untergegangen [8]); im Falle der Lösbarkeit dagegen ist dieselbe — vorausgesetzt, daß zur Verbindung kein preisgebender Wille des bisherigen Eigenthümers hinzukam [9]) — nur unterbrochen, und wenn die Lösung eintritt, das alte Eigenthum wiederum da [10]). Hierin zeigt sich nun aber, daß nur der Fortbestand der Accession, nicht ihr Eintritt durch die Lösbarkeit der Verbindung in Frage gestellt ist. — Ob bei lösbarer Verbindung in der Zwischenzeit das frühere Eigenthum nicht untergegangen, sondern nur unvindicirbar sei, wie die Quellen zum Theil zu sagen scheinen [11]), oder ob es in der That nicht

4) l. 23 §. 4 D. r. v. 6, 1 — in quibus mea res per praevalentiam alienam trahit meamque efficit — §. 2 eod. — dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt l. 47 pr. D. a. r. d. 41, 1 l. 7 §. 12 eod. — illius fit aedificium cujus et solum est —

5) s. oben §. 144. Anm. 15—17.

6) l. 23 §. 5 in f. cit. — non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.

7) s. dagegen Bechmann a. a. O. S. 41, 3 vgl. mit S. 22—41.; hinwider Göppert, einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen 1871 S. 85. „Gegen all das ꝛc."

8) l. 23 §. 5 cit. — excepto eo quod Cassius de ferruminatione scribit . . . unitate consumi —

9) §. 30 J. r. d. 2, 1 . . . materiae dominus proprietatem ejus amisit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata . . si non ignorabat, in alieno solo se aedificare . . . l. 2 in fin. C. r. v. 3, 32.

10) l. 23 §. 5 cit. — quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest —

11) vgl. Arndts, §. 152 Anm. 2. Windscheid, §. 188 Anm. 10, 11 §. 189. Anm. 5. Göppert, a. a. O. S. 90 unten; §. 29 J. cit. l. 7 §. 10 D. a. r. d. — nec . . . desiit ejus dominus esse, sed

existire, wie nicht minder ausgesprochen ist [12]), wird noch gestritten [13]). Wir unserseits lassen uns durch jene für ein blos „schlafendes Eigenthum" citirten Stellen noch immer [13a]) „nicht irre" machen; daß Einer dominus totius rei [14]), ein Anderer daneben Eigenthümer an einem Theile sei, ist unbegreiflich [15]); daß Einer Eigenthümer sein, und doch die Sache nicht soll „sein nennen", mithin ipso jure nicht vindiciren können, ist abermals unbegreiflich und so unmöglich wie überhaupt Eigenthum ohne Vindicationsrecht [16]). Zudem sind jene widerstrebenden Stellen nicht unbesieglich; man kann Jemand dominus nennen, der es war [17]), von einem Eigenthum, das nicht auf immer aufgehört hat, sagen, daß es nicht aufgehört hat [18]), das alienum factum esse (gleichwie das fructus suos facere) mit dem Accente definitiver Entfremdung aussprechen, das non utique in l. 7 §. 2 cit. mit Wohlbedacht gebraucht, und die Utilität der legis Aquiliae actio in der untechnischen Beschaffenheit des meum esse in l.

tantisper neque vindicare potest . . l. 23 §. 5 eod. — quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest — l. 7 §. 2 D. exc. r. j. 41, 2 l. 27 §. 32 D. ad l. Aq. 9, 2; arg. e contr. l. 23 §. 5 cit. — quod semel alienum factum sit, redire ad priorem dominum non potest —

12) l. 23 §. 5 cit. — non posse dici brachium tuum esse — §. 7 eod.: — caementa resoluta prior dominus vindicabit — l. 59 D. r. v. 6, 1 — in pristinam causam reverti — l. 2 C. r. v. 3, 32 — materia ad pristinum dominum redit —

13) für bloße „Beschränkung in der Ausübung des Eigenthums" Arndts, P. §. 152; ähnlich Keller, P. §. 139. Seuffert, P. §. 144. Windscheid, §. 188. 11–13, halbwegs Sintenis, pract. g. Civilr. §. 50, 47, insonderheit Pagenstecher, Eigenthum, Bd. 2 S. 139 Z. 1. 2. Bechmann, S. 47 Anm. 1; — für interimistischen Untergang. Wächter, Accession (Rechtsl. S. 20. 26–29. Demelius, Exhibitionspflicht S. 102, und überhaupt die Mehrheit (vgl. Windscheid §. 188 Anm. 3. Bechmann, S. 47 Anm. 2).

13a) s. Pagenstecher und Bechmann, aa. aa. OO.

14) gegen den Versuch Bechmanns, dem dominus totius rei das Eigenthum zu nehmen und dessen Vindication unschädlich zu machen, s. Bremer, Münchner Viertelj. Bd. 10 S. 13. Wächter, Platzrecht S. 10. Anm.

15) §. 130 S. 472 fg. wogegen Baron, Gesamtverhältnisse S. 40.

16) S. 472; Demelius a. a. O. „die Nothwendigkeit der actio ad exhibendum behufs Ermöglichung der vindicatio muß bei der Annahme fortdauernden Eigenthums die schwersten Bedenken erregen."

17) vgl. z. B. l. 1 §. 3 D. tut. et rat. 27, 3.

18) vgl. Theoph. zu §. 29 J. cit. — *οὐκ ἐκπίπτει τῆς δεσποτείας εἰς τὸ διηνεκὲς ἀλλ' ἐφ' ὅσον ἔστηκεν τὸ οἴκοδημα* — während der §. 29 J. selbst »nec desinit dominus esse.«

27 §. 33 cit. begründet denken. Also kein blos schlafendes und wiedererwachendes, sondern ein gestorbenes und wiederauferstandenes Eigenthum haben wir im Falle der Lösbarkeit und Lösung der Verbindung, wenn bildlich gesprochen sein soll; ein unterbrochenes, dessen Unterbrechung nicht länger dauern soll als die Verbindung, wenn begrifflich. In der Absicht des Rechtes, daß nur unterbrochen sein soll, wie bei der s. g. praescriptio dormiens (S. 404), nicht für immer aufgehoben, wie bei der usurpatio, liegt auch die Antwort auf die Frage: „woher das Eigenthum des früheren Eigenthümers nach der Trennung, wenn er in der That aufgehört hat Eigenthümer zu sein?“ [19]). Der Existenz aber kommt die blos zeitweilige Nichtexistenz um so näher, als ihre Rückkehr zur Existenz nicht dem Zufall überlassen, sondern — von der Ausnahme des tignum junctum abgesehen [20]) — die Wiederauflösung der Verbindung Gegenstand eines persönlichen Anspruches (actio ad exhibendum) ist [21]). Im Falle der Unauflösbarkeit tritt an die Stelle der actio ad exhibendum eine Ersatzklage (in factum actio), wenn die Unauflösbarkeit eine natürliche, — die antiqua actio de tigno juncto, wenn sie eine gebotene ist [22]). — Beim Besitz ist bloße Unterbrechung (mit nur interimistischer Nichtexistenz) nicht möglich [23]).

Der Unterschied von Grund- und Zugangsbestandtheilen läßt sich vielleicht auch im corpus unitum, sogar im Thiere machen; allein von Accession im Sinne unserer Eigenthumserweiterung

19) Windscheid, §. 188. Anm. 13.

20) §. 29 J. cit. — propter legem XII. tab., qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem quae vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt — l. 7 §. 10 D. a. r. d. 41, 1 l. 6 D. ad exh. 10, 4 — quia lex XII. t. solvi vetaret: sed actione de tigno j. eadem lege agitur — l. 7 pr. eod.; l. 23 §. 6 D. r. v. 6, 1 — nec eo nomine ad exhibendum agi potest, nisi adversus eum qui sciens alienum junxit aedibus — cf. l. 1 §. 1 in f. D. de tigno juncto 47, 3.

21) l. 6 — l. 7 §. 2 D. ad exh. 10, 4.

22) l. 23 §. 5 r. v. 6, 1; — l. 23 §. 6 cit. Anm. 20.

23) l. 12 §. 2 D. capt. 49, 15. Facti . . . . causae infectae nulla constitutione fieri possunt —

kann nur da die Rede sein, wo die in Eins verbundenen Sachen zuvor getrennt, also möglicherweise jede für sich Gegenstand des Eigenthums war; mithin nur in Anbetracht der *συνημμένα* (§. 144 a. E.; §. 130 a. E.). Hinwiederum bietet nicht jedwede Verbindung vorher getrennter Sachen das Verhältniß von Grund- und Zugangsbestandtheilen dar [24]); wo nicht der wirkliche Grund und Boden Bauten, Saaten und Pflanzungen in sich aufnimmt [25]), oder in Gestalt von Alluvionen oder durch Avulsionen Zuwachs erhält [26]), wo mithin bewegliche Sachen das Verhältniß der Ueber- und Unterordnung in ihren Theilen darstellen sollen, muß ein Gefüge nach dem Beispiel des Schiffes, Schrankes (l. 30 pr. cit.), eine s. g. universitas rerum cohaerentium, eine von einem einheitlichen technischen, künstlerischen Gedanken getragene Manigfaltigkeit da sein.

Die Art und der Grad der Verbindung ist überall, wo wir ein Gefüge (Composition) dieser letzteren Art haben, nicht von außen, sondern durch den Begriff des Dinges bestimmt. Darnach kann im Gegensatze zur größtmöglichen Festigkeit, Dichtigkeit eine gewisse Losigkeit, Beweglichkeit, Lösbarkeit der Verbindung nicht nur zulässig, sondern nothwendig sein (Rad, Thüre, Läden, Flöte); das Recht aber fordert zur Vereinigung nicht mehr als die Natur der Dinge [27]). Die Einheit zwischen Boden und Anschütt, Boden und Pflanze beruht auf Naturwüchsigkeit (radices agere — Anm. 25, 26).

Erweiterung von Besitz und Eigenthum ohne körperliche Verbindung, auch nicht mehr auf Kosten fremden Besitzes und

24) — utputa meum et tuum argentum in massam redactum est — l. 3 §. 2 D. r. v. 6, 1.

25) inaedificatio, satio, plantatio: §§. 29—32 J. r. d. 2, 1.

26) §§. 20. 21 eod. l. 7 §. 1 §. 2 §. 13 — l. 9 D. a. r. d. 41, 1 Particularr. Abweichungen bezüglich der „Anschütt" s. Pözl, Comm. z. bayr. Wassergesetz S. 143.

27) l. 23 §. 3 D. r. v. 6, 1 Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret . . dominum ejus totius rei effici — §. 5 — aliis juncta sive adjecta — l. 44 D. evict. 21, 2 — omnia . . quae conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antemnae, velum, quasi membra navis esse l. 7 §. 1 D. ad exh. 10, 4 — si rotam meam vehiculo aptaveris — l. 6 eod. Gemma inclusa auro — wogegen aber scheinbar gemma in annulo der l. 30 §. 1 D. usurp. 41, 3 §. 135. Anm. 33.

Eigenthums, ſondern durch eben erſt entſtehende oder frei werdende Sachen, aber Erweiterung auf Grund der Angrenzung oder Nachbarſchaft erfolgt durch Entſtehung einer Inſel — im öffentlichen Fluße (insula in flumine nata) [28]) und durch Aenderung des Flußbettes (alveus derelictus — alvei mutatio), hier und dort nach geometriſcher Proportion des angrenzenden Privatlandes [29]). Acceſſion im rechtlichen Sinne, inſoferne dem bisherigen Eigenthume ein weiterer Bereich von Sachen zuwächſt, liegt überall auch hier vor [30]); ein körperliches Hinzukommen dagegen wie bei den techniſchen Verbindungen, Saaten und Pflanzungen, liegt nicht vor.

Gegen die Gewohnheit, die Acceſſion auch noch auf Schätze und Fruchterwerb, überhaupt auf alle Fälle auszudehnen, in denen „Jemand auf Grund vorhandenen Eigenthums zu ſeiner Sache eine andere Sache erwirbt", und die Erweiterung, Veränderung und Vervielfältigung des Eigenthums unter den Erwerbsarten aufzuführen, ſiehe Bechmann a. a. O. I. u. II., Göppert, über die organiſchen Erzeugniſſe 1869 S. 87. Anm. 1; S. 93 fgg. Windſcheid §. 189 a.

Schließlich bedarf die Acceſſion einer Auseinanderſetzung gegen die Specification. Letztere kann ohne Acceſſion, überhaupt ohne Verbindung, platzgreifen: inſoferne ſie aus Einem Stücke arbeitet [31]); erſtere ohne Specification: inſoferne ſie bei bloßer Ausbeſſerung, Ergänzung, Vervollſtändigung, Vervollkommnung, Verſchönerung eines ſchon vorhandenen (einheitlich belebten) Ganzen bewendet [32]). Wird dagegen ein neues Ganze (nova species), dieſes aus mehr als einem Stücke, und mit Ueber- und

28) §. 22 J. 2, 1 l. 7 §. 3 §. 4 l. 29 l. 56 l. 65 §. 2 §. 3 D. a. r. d. 41, 1 — particularrechtliche Abweichungen, ſ. Roth, bayr. Civilr. §. 282. Anm. 78.

29) §§. 23, 24 J. eod. l. 7 §. 5 l. 30 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 l. 1 §. 7 D. flum. 43, 12 vgl. oben §. 127. Anm. 17—19.

30) vgl. das accessisse in l. 38 D. a. r. d. 41, 1.

31) z. B. l. 24 D. a. r. d. 41, 1 — si ex . . aere (marmore) statuam aut argento scyphum fecisses —

32) z. B. si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit. — l. 23 §. 2 D. r. v. 6, 1 — si rotam meam vehiculo aptaveris. l. 7 §. 1 D. ad exh. 10, 4 — si . . purpuram vestimento . . intexuerit — §. 26 J. r. d. 2, 1.

Unterordnung der Theile [33]) hergestellt, so treffen Accession und Specification zusammen, geht aber rechtlich die Accession in der Specification unter, indem die Entscheidung der Frage, wer Eigenthümer des Ganzen, nicht mehr von dem bisherigen Eigenthum am Grundbestandtheil, sondern von der That und Thatsache der Specification ausgeht (§. 149). Nur ist zu bemerken, daß bei Bauten und Pflanzungen, überhaupt bei der Verbindung von Beweglichem mit Unbeweglichem nirgends von Specification geredet wird, und in der That der Grund und Boden auch rechtlich überall seine Schwerkraft behält [34]).

II. Eine Verbindung, welche die bisherige Selbständigkeit der nunmehr verbundenen Sachen zwar gleich der vorigen aufhebt [35]), dagegen keine Ueber- und Unterordnung der Theile mit sich führt [36]), verwandelt, wenn sie nicht mehr rückgängig zu machen ist [37]), die bisherige Mehrheit von Dominien wieder in Eines, allein in kein Alleineigenthum, sondern in Miteigenthum [38]) nach Maßgabe des Sachwerths [39]), führt also nicht mehr Erweiterung, wohl aber *Veränderung* und zwar *Vergemeinsamung* von Besitz und Eigenthum mit sich. Ist die Verbindung rückgängig zu machen, so wird von der eingetretenen Sacheneinigung, Sacheinheit, Umgang genommen, trotz mathematischer Sacheinheit Sachenmehrheit festgehalten [40]), also Besitz und Eigenthum in seiner bisherigen Mehrheit und Selbständigkeit belassen [41]).

33) z. B. si . . ex . . tabulis navem vel armarium vel subsellia fabricaverit — §. 25 J. r. d. 2, 1 — nicht schon wenn er ex vino et melle mulsum miscuerit u. dgl. m. ibid.

34) §§. 29–32 J. r. d. 2, 1.

35) l. 27 §. 1 D. a. r d. 41, 1 — nihil hic vere suum dicere potest prior dominus —

36) — si id quod *ejusdem naturae* est . . confusum atque commixtum est — l. 3 §. 2 D. r. v. 6, 1; si neutra alteri accessioni est: l. 27 §. 2 D. a. r. d. 41, 1.

37) ita . . ut deduci et separari non possit — l. cit.

38) §. 27 J. r. d. 2, 1 l. 3 §. 2 l. 4 l. 5 §. 1 l. 27 §. 2 D. a. r. d. 41, 1.

39) l. 3 §. 2 l. 27 §. 2 citt.

40) daher die Ausnahmslosigkeit S. 475 Anm. 1 z. 3; — s. ferner §. 144. Anm. 17.

41) l. 5 §. 1 in fin. cit. l. 12 §. 1 l. 27 §. 2 in fin. cit.

Indessen kann die Verbindung auch hier zugleich Specification sein, besonders wenn Sachen verschiedener Art mit einander verbunden werden [42]); da geht denn auch hier dem Rechte der Verbindung das der Specification vor [43]).

III. Wo wir in Wahrheit keine Verbindung, sondern eine bloße Anhäufung, Vermengung, trotz dieser also fortwährende Selbständigkeit der Sachen vor uns sehen [44]), ist durch die Anhäufung auch keine Veränderung in Besitz und Eigenthum eingetreten [45]). Ist Wiederausscheidung aber unthunlich [46]), so biegt die etwa nothwendig werdende Vindication von den einzelnen Sachen auf eine verhältnißmäßige Quantität ab [47]). Im Gefolge von Creditirungen und Zahlungen aber ersetzt die Vermengung gleich der Consumtion den fehlenden Eigenthumsübergang, schließt also die Vindication ganz aus [48]).

Erwerb des Eigenthums.

§. 147.

Von einem Unterschiede der Erwerbsarten nach ihrer Rechtsquelle konnte schon im späteren römischen Rechte nurmehr in historisch-philosophischem Sinne [1]), kann vollends heute auf dem Boden des justinianischen Rechtes (§. 4, 1) aus keinem practischen Interesse mehr die Rede sein (vgl. §. 108 S. 378 fg.).

Dagegen ist der Unterschied von originärem und derivativem

42) §. 25 §. 27 J. cit. — si diversae materiae sint, et ob id propria species facta sit; forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argentum electrum —

43) l. 5 §. 1 D. r. v. 6, 1 — ejus potius esse qui fecit, quoniam suam pristinam speciem non continet — l. 27 §. 1 D. a. r. d. 41, 1.

44) §. 28 J. cit. — singula corpora in sua substantia durant —

45) — non videtur commune esse — §. 28 cit.

46) vgl. l. 78 D. solut. 46, 3 — si mixti essent (nummi) ita ut discerni non possent —

47) l. 5 pr. D. r. v. 6, 1 — in rem actio in . . . »quantum paret in illo acervo suum cujusque esse.« — §. 28 J. cit. — pro modo frumenti cujusque (in rem a.) competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet, quale cujusque frumentum fuerit.

48) l. 78 D. solut. 46, 3.

1) §. 11 J. div. rer. 2, 1.

Eigenthumserwerb [2]) nicht nur an sich greifbar, sondern auch Grund und Quelle der wichtigsten Sätze des geltenden Erwerbsrechtes. Was wir aber originären Eigenthumserwerb nennen, ist ein Erwerb, der sich zugleich als Begründung des Eigenthums darstellt, während der derivative Erwerb bloßer Erwerb, eines schon vorhandenen Eigenthums nämlich, ist.

Das Wesen des Eigenthums im Auge kann man übrigens nicht sowohl von derivativem Erwerbe, als von Succession reden. Die rechtliche Verbindung zwischen Person und Sache, in der das Eigenthum besteht, läßt sich „begründen," es läßt sich in sie „nachrücken" (succedere), indem Einer an die Stelle des Anderen tritt [3]), aber sie läßt sich sprachlich nicht „erwerben." Ursprünglich auf die „Sachen" gerichtet [4]) ist der „Erwerb" auf das „Eigenthum" daran übertragen [5]), dabei das Eigenthum aber nicht so wohl in seiner Wesenheit (ejus esse-Verbindung), als in deren Ausfluß (Befugniß, Macht, Herrschaft, dominium) gedacht.

Von derivativem Erwerb oder Succession muß die Rede sein nicht nur wo unter Urhebung (auctoritate) des bisherigen Eigenthümers oder seines Vollmachtträgers ein Anderer an seine Stelle rückt, mithin Einer im Anderen den Urheber (auctor) [6]), allenfalls auch Gewährsmann seines Eigenthums hat [7]), sondern auch da, wo man ohne die Auctorität des bisherigen Eigenthümers, etwa usurpatorisch, oder strafhalber, oder kraft dinglichen Perceptionsrechtes [8]), an dessen Stelle rückt. Denn auch in der letzteren Art von Fällen wird ein Eigenthum an der Sache nicht erst begrün-

---

2) vgl. im allgemeinen oben §§. 74—77.

3) l. 1 §. 13 D. quod legat. 43, 3 — in locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum — l. 3 §. 2 D. it. actuque priv. 43, 19 l. 7 D. jurej. 12, 2 l. 177 D. r. j. 50, 17. l. 24 §. 1 D. d. i. 3912.

4) z. B. Gaj. 2, 97 — quem admodum singulae res nobis adquiruntur —

5) z. B. D. de acquirendo rerum dominio, 41, 1.

6) z. B. l. 3 §. 2 D. it. 43, 19 l. 4 §. 1 l. 52 §. 3 D. a. e. e. v. 19, 1 l. 15 §. 1 D. div. tempp. praescr. 44, 4 überhaupt Dirksen, Man. sub h. v. §. 5.

7) auctoritatis obligatio, stipulatio: Paul. R. S. 2, 17 §. 1 §. 3. Vat. fr. 10, wozu vielleicht das usus auctoritas fundi biennium der XII. tab.

8) s. oben §. 145 Anm. 9.

det, ſondern nur in der Perſon „verändert“ [9]). Zwar ließe es ſich denken, daß der Uſucapient, der die beſeſſene, der Fiskus, der die verwirkte Sache erwirbt, ein völlig neues oder anderes Eigenthum als das bisherige erwürbe; allein zu verwirklichen war dieſer Gedanke nicht, woferne man das Ziel der Verwirkung und Uſucapion nicht überſchießen, dort nicht etwas anderes verwirken, hier nicht etwas anderes oder mehreres erſitzen laſſen wollte als ſchon vorhanden war. In Wirklichkeit erwirbt man durch Uſucapion, um ſo mehr durch Verwirkung oder dinglich berechtigte Perception — nicht minder als durch Tradition — das „Eigenthum ſo wie es war“, kein anderes, neues, ſondern dasſelbe, alte, wie es zuvor war [10]).

Beſitzerwerb iſt bald Grundlage, bald Mittel des Eigenthumserwerbs, bald der Eigenthumserwerb ſelbſt (Uſucapion — Tradition [11]) — Occupation). Aber es gibt auch Eigenthumserwerb ohne Beſitzerwerb (Specification, Adjudication, Verwirkung, Univerſalſucceſſion). Sowohl Eigenthumsbegründungen alſo, wie bloße Succeſſionen (Occupation — Tradition, Uſucapion), ſowohl vordem naturale, wie vordem civile Erwerbsarten (Occupation Tradition — Uſucapion) ſind an Beſitzerwerb gebunden; allein Willkür iſt dieſes Erforderniß nirgends, weder darnach, daß es überhaupt exiſtirt, noch darnach, wie es vertheilt iſt. Es hat geſchichtlichen, vielmehr genetiſchen Grund, daß Occupation und Tradition nicht ohne Beſitzerwerb ſind. Sie ſind nicht ohne Beſitzerwerb, weil ſie auf einer frühern Stufe der Entwicklung noch nichts als Beſitzeserwerb waren. Vielmehr als warum Occupation und Eigenthumstradition Beſitzerwerb ſind oder enthalten, wäre zu fragen, wie denn dieſe Beſitzerwerbsarten Eigenthumserwerbsarten geworden ſind. Bei gewiſſen Nebenarten der Tradition erſcheint noch in unſeren Quellen das Product des Erwer-

9) l. 28 D. v. s. 50, 16 „Alienationis“ verbum etiam usucapionem continet —

10) §. 76, Anm. 28. 31.

11) an dieſe anlehnend addictio pignoris in causa jud. capti-dominii impetratio wiederum ſeitens des Pfandgläubigers, secunda missio damni inf. nomine — Fruchtperception durch den Pächter; — für ſich ſtehend die Fruchtperception des Uſufructuars.

bes, trotzdem es bereits Eigenthum ist, noch immer als ein possidere [12]); daß der Eigenthumserwerb durch Usucapion nichts anderes als ein Zusatz [13]) zum Besitzerwerb sein soll und sein kann, bedarf kaum der Erwähnung. Anderseits hat es die nun einmal eingetretene, in Begriff und Existenz sich bewährende Trennung von Besitz und Eigenthum [14]) mit sich gebracht, daß das ohne Besitz mögliche, existente Eigenthum auch ohne den Besitz erworben werden kann. Namentlich auf dem Boden des civilen, überall etwas rein, streng, echt Rechtliches anstrebenden Rechtes erwuchsen die den Eigenthumserwerb vom Besitzerwerb trennenden Erwerbsarten (assignatio, mancipatio, in jure cessio, adjudicatio, per universitatem acquisitio). Richtig verstanden wird aber überall nicht das erst mögliche, zu begründende, sondern das bereits existente Eigenthum ohne Besitzerwerb erworben; es scheint alte, uralte Regel, daß man die Sache, woran Eigenthum erst begründet werden soll, factisch an sich bringen, in Besitz nehmen muß [15]). Die Assignation bildet in Wahrheit keine Ausnahme, weil sie nicht überhaupt Eigenthum, sondern nur Privateigenthum neu gründet; die Specification aber ist, indem Specificant für sich oder Andere eine Sache neu schafft, zwar nicht erst Besitzergreifung nach erfolgter Specification, und Eigenthumserwerb vermittelst Besitzergreifung, wohl aber Gründung von Besitz und Eigenthum in Einem und zugleich mit der Herstellung der neuen Sache. Wie die Specification Besitz aufhebt [16]), schafft sie Besitz, und Specificant kann nicht Eigenthümer werden, ohne daß er Besitzer wird (vgl. unten §. 149 Anm. 39—43).

12) bei der pignoris addictio: l. 15 §. 3 D. re jud. 42, 1 — si creditor maluerit pignora in creditum possidere — cf. l. 3 l. 1 l. 2 C. h. t. 8, 23; missio ex sec. decr. damni i. n.: l. 15 §. 21 D. h. t. 39. 2 »possidere jubere« cf. l. 13 §. 26 eod. l. 14 §. 1 D. relig. 11, 7.

13) l. 3 D. h. t. 41, 3 Usucapio est adjectio dominii etc.

14) §. 130. Anm. 15 §. 135. Anm. 28—30.

15) l. 1 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait —

16) l. 30 §. 4 D. a. v. a. p. 41, 2 (S. 426 Anm. 31a).

Eigenthumsgründungen.

§. 148.

Occupation.

An Sachen die Niemand gehören, aber Jemand gehören können [1]) (res liberae — herrenlose Sachen) ist der Besitzerwerb naturgemäß [2]) zugleich und ohne weiteres Eigenthumserwerb. Den Namen Occupation theilt er mit allen einseitigen [3]), insonderheit eigenmächtigen, gewaltsamen [4]) Besitzerwerbungen. Mit der Lehre vom Besitzerwerb (§. 137) wäre auch dieser Eigenthumserwerb erschöpft, wenn nicht was alles res libera sei theilweise fraglich, manches was frei ist nur beschränkt occupirbar, oder trotz der Occupation blos zum Theil des Occupanten wäre.

Frei oder herrenlos sind manche Sachen von Haus aus [5]), manche erst nachträglich [6]). Was werthlos ist (wie z. B. der Stein im Felde), ist deswegen noch nicht herrenlos. Der völkerrechtliche Satz, daß die Sachen des Feindes frei seien [7]), ist antiquirt [8]), während umgekehrt Mineralien, die nach römischem Rechte Bestandtheile des Bodens und also des Grundeigenthums sind [9]), zufolge des Bergregals wie der Schürffreiheit nach weitverbreiteter Ansicht frei geworden sein sollen [10]). — Das Wild ist rechtlich frei, so lange und so bald es natürlich frei ist [11]);

1) §. 125 §. 126 — z. B. l. 1 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 1 §. 1 — l. 6 l. 55 D. a. r. d. 41, 1.

2) l. 3 pr. D. a. r. d. 41, 1. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.

3) vgl. §. 137 S. 503.

4) vgl. z. B. die domus a latronibus occupata l. 3 §. 8 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 8 D. ad l. Jul. de vi priv. 48, 7; — qui res hereditarias occupaverunt — l. 49 D. her. pet. 5, 3.

5) — quae terra, mari, coeloque capiuntur — insula in mari enata et gemmae, lapilli, margaritae in littoribus inventae — l. 1 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 1 §. 1 — l. 6 D. a. r. d. 41, 1; §. 12 — §. 18 J. r. d. 41, 1; unentdeckte, unbetretene Länder.

6) §. 47 J. eod. l. 1 D. pro derel. 41, 7.

7) arg. l. 5 §. ult. D. a. r. d. 41, 1 l. 1 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 5 §. 2 D. capt. 49, 15 Gaj. 4, 16.

8) Ob die Kriegsbeute? Heffter, eur. Völkerr. §. 136,

9) l. 9 §. 2 §. 3 l. 13 §. 5 D. usufr. 7, 1 l. 7 §. 13 §. 14 l. 8 D. sol. matr. 24, 3 l. 77 D. v. s. 50, 16.

10) Roth, bair. Civilr. §. 242 Anm. 22.

11) l. 3 §. ult. — l. 5 D. a. r. d. 41, 1 l. 55 in fin. eod.

an ihm also noch immer ein Eigenthum, das wir mit dem Besitz verlieren können [12]; die Gefangennehmung hebt nur die Thatsache der Herrenlosigkeit, die Zähmung die Anlage zur Freiheit und damit zur Herrenlosigkeit auf. Die Zähmung ist Gewöhnung ans Haus [13], Gefangennehmung nicht schon die Verwundung [14], oder sonst eine nahe liegende Möglichkeit der Besitzergreifung [15], unter Umständen dagegen allerdings die Verfangenheit in Schlingen, Fallen, Fallgruben, Netzen [16] — Entweichung nicht schon die erstbeste Entfernung [17]. — Herrenlos ist in der That [18] auch der Schatz, insoferne darunter an einen Gegenstand von unvordenklicher Bergung und unerfindlichem [19] Herren gedacht ist [20].

Rechtlich beschränkt ist die Occupation des Wildes (Wildfang — Jagd, Fischerei, Vogelfang) schon nach römischem Recht und nach jedem Rechte, welches Grundeigenthum, und im Grundeigenthum die Befugniß der Absperrung hat, durch eben diese Befugniß der Grundeigenthümer [21]. Aber weiter als dieses Prohibitionsrecht trägt die römische Jagdbeschränkung nicht.

12) vgl. §. 130 S. 474.

13) §. 12 §. 14 J. eod. l. 3 §. ult. — l. 5 D. a. r. d. 41, 1 — si mansuefacta .. reverti solent — — animum revertendi habeant —

14) §. 13 J. eod. l. 5 §. 1 D. eod.

15) l. 5 §. 2 eod.

16) l. 55 eod. Proculus: — videamus ne intersint in publico an in privato (laqueum) posuissem; et si in privato . . utrum in meo an in alieno; et si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat an non permissu ejus — praeterea utrum . . ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit, summam tamen hanc puto esse ut si in meam potestatem pervenerit, meus factus sit —

17) §. 12 in fin. J. eod. l. 5 pr. D. eod.

18) l. 31 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — ut jam dominum non habeat — formula des comes rer. privatarum (Böcking, Inst. d. h. gem. Privatrechts §. 150 Anm. 31:) depositivae pecuniae quae longa vetustate competentes dominos amiserunt —

19) l. un. C. thes. 10, 15 »condita ab ignotis dominis.«

20) im Gegensatze zu Haus-Familien-Kron u. dergl. Schätzen: l. 22 pr. fam. herc. 10, 2 — oder zu blos verborgenen, nicht verjährten Werthsachen: l. 15 D. ad exh. 10, 4 l. 44 pr. D. a. v. a. p. 41, 2.

21) §. 12 J. r. d. 2, 1 l. 3 §. 1 D. a. r. d. — potest a domino si is praeviderit jure prohiberi, ne ingrederetur — l. 16 D. s. p. r. 8, 3 l. 13 §. 7 D. inj. 47, 10. Dies als herrschende Ansicht in Betreff d. r. Rechts u. a. constatirt bei Roth, K. Besitz und Eigenthum des Wildes, Münchner Viertelj. Bd. 5. S. 544 unten u. fg.

Schreibt neuerdings Wächter [22]) schon dem römischen Grundherren (folgeweise dem Usufructuar) ein „ausschließliches Jagdrecht" im Sinne nicht blos eines ausschließlichen Betretungsrechtes (ingressus der Postglossatoren), sondern eines ausschließlichen Occupationsrechtes (captura) zu [23]), so geschieht das in der Vorstellung, als ob schon nach römischer Auffassung im Grundeigenthum ein ausschließendes Anrecht auf den sich innerhalb desselben ergebenden Jagdnutzen („fructus weiteren Sinnes" [24])), enthalten sei. Und in den dafür angezogenen Stellen kommt der Jagdnutzen in der That als ein »fructus fundi« vor [25]), scheint also wirklich ein ausschließliches Recht des Eigenthümers auf diesen wie auf jeden anderen fructus seines Grundstückes bezeugt zu sein. Indessen erhellt aus dem Zusammenhalte dieser Stellen mit l. 26 D. usur. 22, 1 [26]), daß nicht jedweder Jagdnutzen auf einem Grundstücke als „Frucht dieses Grundstückes" zu betrachten, und also wenn ein ususfructus an ihm besteht, dem Usufructuar gehörig sei. Vielmehr ist vorausgesetzt, daß in der Besitzung „Jägerei, Fischerei, besteht" [27]), daß ein waidmännisch, mit Jägern, Treibern, Jagdhunden und Jagdgeräthen unterhaltener Jagdbetrieb [28]) eine ständige Rente [29]) abwerfe. Ist dieses rich-

22) Das Jagdrecht und Jagdvergehen, (Sammlung von Abhh. der Leipz. Juristenfacultät), Bd. I. Heft 6.

23) a. a. O. besonders S. 348—350.

24) a. a. O. S. 342 unten und fg.

25) Paul. R. S. III., 6 §. 22: Accessio alluvionum ad fructuarium fundi, quia fructus fundi non est, non pertinet; venationis vero et aucupii reditus ad fructuarium pertinet. vgl. l. 9 §. 5 D. usufr. 7, 1: Aucupiorum quoque et venationem reditum Cassius ait. libro VIII. juris civ. ad fructuarium pertinere, ergo et piscationum —

26) l. 26: Venationem fructus (sic!) fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet (sic!).

27) l. 26 cit. wo constet vielleicht auf nur beständigen, nicht bloßen Jagdnutzen hinweist — vgl. l. 12 §. 12 D. instructo vel instrum. leg. 33, 7 si in agro venationes sint —

28) l. 12 §. 12 cit. — puto (si) venatores quoque et vestigatores et canes et cetera, quae ad venationem sunt necessaria, (in agro sint) — §. 13 — aucupes et plagae — l. 22 eod. — retia apraria et cetera venationis instrumenta —

29) vgl. l. 12 §. 12 cit. — maxime si ager ex hoc reditum habuit — l. 22 cit. — si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat — mit l. 26 cit. — (si) fructus fundi ex venationibus constet —

tig [30]), dann enthalten jene Stellen nicht nur keinen Beweis für das ausschließliche Jagdrecht des Eigenthümers — jener Jagdbetrieb und jene Rente sind auch ohne ausschließliches Anrecht auf den Jagdnutzen denkbar — sie bezeugen vielmehr das Gegentheil; denn läge im Grundeigenthum ausschließliches Anrecht auf den Jagdnutzen, so müßte dieser dem Usufructuar stets zustehen. So nun aber ist der Jagdnutzen nicht schlechthin, nämlich nicht unmittelbar, sondern nur vermittelst der zu ständigem Jagdbetrieb gehörigen Sclaven, Geräthschaften ꝛc ein fructus fundi; zum Theil ist er eine Rente aus diesem Jagdgeräthe, und eine Rente aus der Besitzung nur insofern und um deswillen, als jenes Mobiliar eine Pertinenz der Besitzung bildet [31]). Das Recht kraft dessen der Usufructuar auf dem fundus fructuarius „den Hirsch oder Eber zu dem seinigen macht" ist demnach ein doppeltes: entweder nämlich erwirbt er sie »fructus jure«, — wenn sie mittelst eines zum fundus gehörigen Jagdzeugs erjagt als fructus fundi erscheinen; oder aber nach gemeinem Jagdrecht (jure gentium), insoferne er selbst und ohne dies auf die Jagd geht, was ihm, dem eo fundo uti licet, (vom Proprietar) auch gar nicht gewehrt werden darf [32]). Mommsens Lesung zu l. 62 pr. D. usufr. 7, 1 [33]) bekommt hiemit mindestens guten Sinn, nebstdem ihr im Wesen der Sache [34]) die Auctorität von Stephanus zur Seite steht [35]). — Bei ausschließlichem Jagdrecht sollte der unbefugte Jäger gerechterweise Eigenthum an seiner Beute nicht erwerben; ist das Gegentheil der Fall, so bedarf es der Entschuldigung [36]).

---

30) wogegen allerdings Wächter a. a. O. S. 344 fgg.

31) vgl. l. 12 §. 12 — instrumento contineri — l. 22 eod. Fundo legato . . venationis instrumenta continebuntur — mit l. 9 §. 7. D. usufr. 7, 1 Instrumenti autem fructum (usufructuarius — l. 16 pr. D. usu 7, 8) habere debet; vendendi tamen facultatem non habet.

32) l. 62 pr. D. usufr. 7, 1 Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur —

33) nec aprum aut cervum quem ceperit, proprium domini capit, sed aut fructus jure aut gentium suos facit — anstatt fructus aut jure aut gentium suos [facit (Flor.), oder fructus aut jure civili aut gentium s. f. (MSS.)

34) das Scholion hat usus fructus jure —

35) — wiewohl nicht zu übersehen, daß dieses jus fructus in den Civilrechtsbüchern verhandelt wurde (Anm. 25 l. 9 §. 5 ibid. cit.)

36) vgl. Windscheid P. §. 184. 2. „Wo dies (daß nach heutigem

Nun wird nach römiſchem Rechte zugeſtandenermaſſen [37]) von jedem der will mit dem Erfolg des Eigenthumserwerbes occupirt; aber eine Entſchuldigung findet ſich wohl bei Wächter [38]), keine in den Quellen. Sie laſſen ſich die „natürliche Folge:" das Wild iſt herrenlos, alſo deſſen der es fängt [39]) — durch nichts verkümmern; in ihnen ſtößt der Jäger auf die Prohibition des Grundeigenthümers, aber auf kein Bedenken gegen ſeine Beute. Und ſelbſt dieſes Prohibitionsrecht gegen den Eintritt in das Grundſtück iſt nicht ſo gefaßt, als ob der Jäger im Unrecht ſei, wenn er ohne Erlaubniß den fremden Boden begeht, ſondern dahin, daß er nicht im Rechte wäre, wenn er dem Verbote des Grundherren ſich nicht fügte [40]). Mehr iſt namentlich auch in l. 16 D. s. p. r. 8, 3 nicht enthalten, und ſelbſt l. 11 C. serv. 3, 34 ſcheint nur gegen denjenigen gerichtet, welcher ohne Servitut das Recht des (bloßen) Gehens über fremden Grund und Boden zu haben behauptet, und alſo ohne Servitut ſich über die Prohibition beſchweren möchte, nicht gegen denjenigen der ohne Erlaubniß, aber auch ohne Verbot thatſächlich darüber geht. Iſt doch ſelbſt derjenige, der gegen Verbot geht, nur injuriarum actione belangbar [41]); wider den, der es ohne Verbot, wenngleich ohne Erlaubniß thut, gibt es keine Klage.

Im deutſchen Rechte freilich kommt das Jagdrecht als ein ausſchließliches Recht, urſprünglich des Grundeigenthums, dann der Landeshoheit, neuerdings wieder des Grundeigenthums, vor. Folgerecht erſcheint da aber das Wild nicht mehr als res libera, herrenlos, ſondern als Eigenthum des Grundeigenthümers oder

---

Recht der Staat u. ſ. f. ausſchließliches Jagdrecht hat) der Fall iſt, wird Eigenthümer des in Beſitz genommenen Thieres nicht der Occupant, ſondern der zur Jagd, Fiſcherei Berechtigte"; — zu dieſer Frage des heutigen Rechts überhaupt Schütze, vom Eigenthumserwerb am Wildergut, Jahrb. fg. d. R. Bd. 6. III. S. 61. K. Roth a. a. O. S. 545 —

37) Wächter a. a. O. §. 3.

38) a. a. O. S. 370—372.

39) Anm. 21.

40) Anm. 21.

41) arg. l. 5 pr. §. 2—5 l. 13 §. 7 D. inj. 47, 10; für negatoria, zu der es an der controversia juris, und für uti possidetis, zu dem es an der controversia possessionis fehlt, Schütze, a. a. O. S. 76 §. 4; für quasi negatoria und quasi confessoria die Nachſchrift des Redacteurs S. 115.

dessen auf den des Grundeigenthümers Jagdrecht übertragen ist, — als ein noch flüssiges Eigenthum, so lange es noch zu „wechseln" vermag, als ein festes nach seiner Erlegung oder Einfangung. Folgerecht erjagt kein Unbefugter mehr Eigenthum daran; minder folgerecht als menschlich nimmt man an dem noch ungefangenen, nicht erlegten Wild keinen Diebstahl, sondern nur mehr Jagdfrevel an [42]).

Rechtlich beschränkt und unter Umständen von getheilter Wirkung ist die Hebung des Schatzes; ersteres insoferne, als man unter Anwendung von Zauberkünsten und Beschwörungen nirgends, auf fremdem Grunde aber auch nicht ohne Erlaubniß des Eigenthümers nach Schätzen suchen und graben darf [43]); letzteres um deswillen, weil bei zufälliger Findung auf fremdem Grunde die Hälfte des Schatzes dem Eigenthümer des Bodens zufällt [44]). Wer ohne Erlaubniß auf fremdem Boden, oder wer in verbotener Weise sucht, macht den Herren des fremden Bodens [45]), an dem auf eigenem Boden gefundenen Schatze füglich den Fiskus [46]) zum Eigenthümer. Als fremder Boden ist jeder nicht eigene, also namentlich auch der locus sacer und religiosus zu betrachten [47]); daß Hadrian das Gegentheil rescribirte [48]), darf darum, weil dieses Rescript nur in den Institutionen referirt ist [49]), während das der DD. fratres in den Digesten steht, als historische Notiz erachtet werden [50]). Was vom

---

42) vgl. Paul Roth, bayr. Civilr. §. 281. Karl Roth, a. a. O.: historische Uebersicht S. 543; desgl. Brünneк, das heutige Jagdr. und der Eigenthumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wild. Arch. f. civ. Pr. Bd. 48, Nro. V. S. 80.

43) l. un. C. de thesauris 10, 15.

44) l. un. cit. in fin.; §. 39 J. r. d. 2, 1 l. 63 D. a. r. d. 41, 1 l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24, 3.

45) l. un. cit.

46) Arndts, P. §. 154. 6. Windscheid, P. §. 184. Anm. 6.

47) und so die D. fratres in l. 3 §. 10 D. j. fisc. 49, 14.

48) §. 39 J. cit.

49) in quibus breviter expositum est, et quod antea obtinebat, et quod postea . , illuminatum est. §. 5 prooem. Inst.

50) wenigstens in Betreff des locus relig. so Böcking, Inst. d. h. Privr. §. 150 a E. Andere Entscheidungen der alten Controverse s. Ortloff commentatio j. Rom. de thesauris, Erlang. 1818 p. 25 — 75. Schmid, Handb. d. gem. bürg. R. §. 7 Anm. 56 a. E. K. Sell, a. a. O. S. 89 Anm. Arndts P. §. 154 Anm. 5. Windscheid §. 184. Anm. 10. Baron

Schatz im Boden gilt auch von dem in Monumenten, Mauerwerken [51]) u. dgl.; daß „Depoſitionen in Mobilien (niemals) unter den Begriff des Theſaurus fallen" ſollen [52]), läßt ſich aus l. 44 pr. D. a. v. a. p. 41, 2 und l. 67 D. r. v. 6, 1 nicht erweiſen [53]); ſelbſt die Meinung, daß für dieſen nicht alles gelte, was für den Schatz in Immobilien [54]), dürfte nicht zuzulaſſen ſein [55]). — An dem Schatze, von dem wir nichts wiſſen, können wir keinen Beſitz haben [56]), trotzdem er ſich in dem von uns beſeſſenen Boden ꝛc. befindet [57]); denn ſo wenig als eine Frucht [58]) iſt er überhaupt ein Beſtandtheil des Bodens; als ſelbſtändige Sache ſcheint er, ohne daß wir von ihm wiſſen, nicht einmal in unſerer Detention ſein zu können [59]). Aber auch damit, daß wir ſeiner inne werden und wo er liegt, iſt der Beſitz an ihm noch nicht erworben, trotzdem er in dem von uns beſeſſenen Boden liegt; die wenig verlangen, fordern über das Wiſſen den Aneignungswillen [60]); die Strengeren, deren Meinung als recipirt erſcheint, Hebung [61]). Nach Anſicht „der meiſten Schriftſteller" [62]) wird dann auch das Eigenthum am Schatze nicht ohne Beſitz, wohl aber mit dieſem erworben, der Schatzerwerb alſo meiſtens

---

P. §. 138. Gimmerthal, Eigenthumserwerb am Schatze, Arch. f. civ. P. Bd. 51 S. 70 Anm. 8. Windſcheid §. 184 Anm. 10.

51) l. 3 §. 10 cit. l. 67 D. r. v. 6, 1.

52) Böcking a. a. O. §. 150 Anm. 31.

53) vgl. Windſcheid P. a. a. O. Anm. 11.

54) Seufferts P. §. 131. 6.

55) vgl. Windſcheid a. a. O. Ueber den Schatz in Mobilien überhaupt, ſ. W. Sell, Verſuche I. 3.

56) ſ. oben S. 495 Anm. 1 Z. 5. 6; S. 497 Anm. 1; S. 498 Anm. 37—40.

57) vgl. l. 3 § 3 D. a. r. d. 41, 1. — is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat —

58) l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24, 3 l. 63 §. 3 D. a. r. d. 41, 1.

59) arg. l. 3 §. 3 in fin. cit. — nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra — wogegen Böcking a. a. O. Anm. 33.

60) l. 3 §. 3 cit. — Si . . sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero —

61) l. 3 §. 3 inf. cit. — nec alias eum qui scit, possidere, nisi si loco motus sit — quibus consentio. vgl. l. 44 eod. non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem —

62) Gimmerthal, a. a. O. S. 67 unten.

als Occupation gedacht. Neuerdings aber soll, unter den Auspicien der Göttin Fortuna [63]), schon die Findung Erwerb sein [64]), — als ob nicht auch die Quellen, wenn sie das Gefundene „dem Finder" geben, voraussetzen, daß dieser es will und an sich nimmt. Richtiger ist, daß das Glück seine Gabe an den Finder und Grundeigenthümer quantitativ und qualitativ gleichmäßig vertheilt, im Momente der Hebung also den Grundeigenthümer nicht minder oder anders als den Finder erwerben läßt [65]). Aber auch der Finder darf nicht schlechter daran sein, als der Grundeigenthümer, darf also um deswillen, weil er im Irrthum — im factischen, als ob sein Fund kein Schatz, oder im rechtlichen, als ob er zu demselben nicht berechtigt sei — mit dem Funde „zum Schulzen geht", nicht um das Eigenthum kommen, sondern muß ihm dieses für den Fall als er es nach erlangter Einsicht will, aufbewahrt bleiben.

Mehr eine Ersitzung als Occupation ist der Erwerb aus l. 8 C. de omni agro deserto 11, 58 — überdies von zweifelhafter Anwendbarkeit [66]).

§. 149.

Specification.

Die Veränderungen einer Sache sind möglicherweise von der Art, daß trotz gänzlichen Stoffwechsels Name und Begriff der

---

63) wegen l. 63 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — thesaurus donum fortunae creditur — cf. §. 3 eod., c. 3 C. Th. h. t. 10, 18; l. unic C. h. t. 10, 15 »dei beneficium« —

64) u. a. wegen l. 31 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — fit ejus qui invenerit — §. 39 J. cit. »dimidium inventoris esse et dimidium Caesaris esse statuit« — l. 63 §. 1 D. a. r. d. 41, 1. Gimmerthal a. a. O. S. 67 fg. Baron P. §. 138. Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I. S. 148. Pagenstecher, Eigenthum Bd. 2 S. 82 §. 2.

65) §. 29 J. cit. l. 3 §. 10 D. j. fisc. 49, 14 l. 63 D. a. r. d. 41, 1, dafür; l. unica C. h. t. nichts weniger als entgegen; vgl. Schmid, Handb. §. 7 Not. 66. Sell, dingl. R. S. 87. Anm. ** Windscheid a. a. O. Anm. 10. Schwach, zur L. vom Eigenthumserwerb am Schatze in Haimerls Viertelj. Bd. 12 S. 132 und jetzt auch Arndts, P. §. 154. Anm. 6 — gegen Puchta, Vorl. §. 154. 3. Böcking a. a. O. Not. 35. E. A. Seuffert in der Note zu Seufferts P. §. 130. Anm. 4 a. E.

66) Boecking a. a. O. §. 154 S. 170. Gyet, Bemerkungen aus dem röm. Oekonomierecht, Arch. f. civ. Pr. Bd. 17, 2 S. 52. Holzschuher Bd. 2 §. 106 Nro. 2. Schröter, über d. abgeleiteten Besitz, Zeitschr. f. Civilr. u. P. Bd. 2 Nro. 7 S. 238.

Sache dieselben bleiben [1]), ein andermal von der Art, daß ein Namens- und Begriffswechsel eintritt, ohne daß sich am Stoff etwas zu ändern brauchte [2]). Ist ersteres da möglich, wo wir von Reparatur, Restauration u. dgl. reden, so liegt letzteres da vor, wo die Quellen an Stelle der alten Sache eine nova species (neue Erscheinungsweise, Form, Gestalt, Art der Sache?) vor sich sehen [3]). Dieser Namens- und Begriffswechsel kann ein Werk des Zufalls, der Elemente (z. B. Holz und Asche) [4]), oder Menschenwerk sein; die Quellen nehmen aber nur in diesem letzteren Falle von ihm zu handeln Anlaß [5]). Auf die Frage, wann hier überall nova species da sei, antworten sie nur in Beispielen, treffen in diesen aber allenthalben mit Veränderungen zusammen, welche einen Namens- und Begriffswechsel nach sich ziehen, und (als Menschenwerk) auf Verarbeitung eines Rohstoffes, Halbfabricates) oder Umarbeitung (eines Fabricates Manufactes) beruhen [6]). Eine bloße Bearbeitung bringt nichts Neues [7]), Zerstörung menschlich gewollt und betrachtet ein Nichts [8]). Zerlegung bald eine Zerstörung (Zerfetzung), bald eine Bearbeitung (Hopfenzupfen), bald eine Verarbeitung [9]), mit sich. An Grundstücken gibt es nur Bearbeitung, so denn auch keine Specification [10]).

Daß die nova species zugleich nova res, und daß „neue Sache, neues Eigenthum" (und neuer Besitz — §. 141 Anm. 31[a])

1) l. 76 D. jud. 5, 1 — si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem existimari —

2) vgl. Bechmann, Rechtsgrund der Specif., Arch. f. civ. P. Bd. 47 S. 36. II. Fitting, in dems. Archiv, Bd. 48 S. 4 Nro. 5.

3) z. B. l. 7 §. 7 in f. D. a. r. d. 41, 1.

4) Fitting, S. 11 Nro. 10. Bechmann S. 47.

5) vgl. die Hauptstellen: Gaj. 2, 79 §. 25 J. r. d. 41, 1 l. 7 §. 7 D. a. r. d. 41, 1.

6) vgl. Baron, Pand. §. 136 „Erwerb durch Specification (Verarbeitung)".

7) z. B. Dreschen: l. 7 §. 7 in fin. cit., wogegen Gaj. cit. §. 25 J. cit. vgl. Fitting Nro. 19; Färben: l. 26 §. 3 D. a. d. 41, 1. Bechmann, S. 33 fg.

8) vgl. Fitting, Nro. 12.

9) Fitting, S. 13 „Zersägung" (des Baumes in Bretter), hieher aber auch die Schlachtung, das. Nro. 14 S. 15 wiewohl die citirten l. 53 §. 5 D. leg. I. und l. 49 pr. D. leg. II., bes. l. 49 pr. nicht gerade vom Schlachten reden.

10) Fitting, Nro. 8.

sei [10a]), ist in den Quellen nicht in dieser Unmittelbarkeit und Allgemeinheit ausgesprochen, und steht auch nicht im Vordergrund der an die nova species anknüpfenden Eigenthumslehre. Vielmehr fragt sich zuvörderst, ob wer eine fremde Sache ohne den Willen des Eigenthümers für sich [11]) verarbeitet, Eigenthümer wird, oder ob der bisherige Eigenthümer das Eigenthum erhält, behält? [12]). Daß nun die Proculejaner, indem sie den Specificanten als Eigenthümer erklärten, in der nova species eine neue Sache, und an der neuen Sache ein neues Eigenthum sahen, ist außer Frage; denn anders konnten sie vernünftigerweise den Specificanten nicht zum Eigenthümer machen, sollten sie ihn je nicht geradezu als den Schöpfer und um ebendeswillen als den Herren des neuen Dinges, Eigenthums, gedacht haben [13]); überdies bezeichneten sie selbst das Geschaffene als ein vordem nicht dagewesenes, herrenloses [14]). Daß aber auch die Sabinianer, welche als Eigenthümer der nova species den bisherigen Eigenthümer erkannten, an jener ein neues Eigenthum angenommen haben sollen [15]), muß widersprochen werden; denn der Grund, weshalb sie sich für den bisherigen Eigenthümer entschieden, bestund ja gerade darin, daß sie hier, da es sich um Erhaltung erworbener Rechte handelte, also ohne ein Princip und Muster für alle mit der Umgestaltung von Sachen zusammenhängende Fragen zu statuiren [16]) — mehr als an die Form an den Stoff, das Eigenthum am Stoff, und im Stoffe das Eigenthum fortwährend gedacht haben wollten [17]); hätten sie neues Eigenthum angenommen, und dieses gleichwohl dem alten Eigenthümer zukommen lassen, so ließe sich zwar ein Grund, weshalb sie dies thaten, immerhin

10a) Bechmann, S. 36 II. besonders S. 39, 40.

11) l. 7 §. 7 cit. — suo nomine fecerit — cf. l. 25 l. 27 §. 1 cod. 41, 1.

12) Anm. 5.

13) s. unten Anm.

14) — quia quod factum est, antea nullius fuerat — l. 7 §. 7 cit.

15) wie namentlich Fitting zu beweisen sucht (S. 154—158 Nro. 24—26) und Windscheid S. 596. Anm. 2 unten annimmt.

16) was gegen Fitting's Argumente aus l. 18 §. 3 D pign. act. 13, 7 l. 10 §. 7 qu. mod. ususfr. 7, 4 —

17) gegen Gaj. l. 7 §. 7 cit. »qui materiae dominus fuerit« halte Gaj. II., 179 »cujus materia sit«; —

angeben [18]); allein die neue Erwerbsweise, die damit eingeführt worden, wäre erst zu benennen und zu rubriziren. — Indem also die Sabinianer an der nova species das alte Eigenthum fest hielten, dürften sie harmonischer in der neuen Form auch die alte Sache festgehalten haben. Daß gerade Julian es sich zur Aufgabe gemacht habe, im Gegensatze zu den Proculejanern und im Bunde mit den Sabinianern die neue Sache dem alten Eigenthümer, demselben jedoch im Gegensatze zu den Sabinianern das alte Eigenthum an der neuen Sache zu geben [19]), ist schwer zu glauben; aus Vermächtnissen, in denen über die Thatsache der Specification und deren Consequenzen hinweg auf den Willen des Disponenten zu sehen ist [20]), läßt es sich nicht beweisen.

Daß — auch nur um den bisherigen Eigenthümer bei seiner Sache zu erhalten — in schlechthin allen Fällen dem Stoffe vor der schöpferischen Arbeit der Vorzug zu geben sei, ging einer mittleren Meinung zu weit; sie wollte diesen Vorzug nur denjenigen Stoffen gegeben wissen, welche in unverwüstlicher Wiederherstellbarkeit durch alle Verarbeitungen hindurch ihre ursprüngliche Verwendbarkeit behalten, und so über jede Form und Gestaltung erhaben bleiben [21]); und diese mittlere Meinung ist von Justinian recipirt worden [22]).

Nicht einmal diese Wiederherstellbarkeit des Stoffes reicht überall aus, um den alten Eigenthümer bei seinem Eigenthum zu erhalten: nämlich dann nicht, wenn die Specification zugleich Verbindung (§. 146) ist, und die verbundenen Stoffe wenigstens theilweise im Eigenthume des Specificanten waren. Da scheint

---

18) Fitting, S. 158 Nro. 26 a. E. „Der Stoff woraus sie bestehe, „sei schon in Jemands Eigenthum gewesen . . daher . . am angemessensten, „dem nämlichen auch wieder das Eigenthum der nova species zuzu„schreiben."

19) Fitting, S. 160 Nro. 27. 28.

20) und namentlich beim Damnationslegat zu sehen war, als welches sich l. 44 §. 2 D. legat. I. (deberi) denn doch eher darstellt — s. dagegen Fitting, S. 160.

21) vgl. l. 78 §. 4 D. leg. III. — quippe ea quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa nunquam vires ejus effugiant —

22) l. 7 §. 7 cit., §. 25 J. cit.

ein Streit niemals bestanden, vielmehr auch die Sabinianische Schule Eigenthum des Specificanten angenommen zu haben [23]). Hiemit stimmt §. 25 J. cit. (— quod si partim ex sua materia etc.) vollkommen überein [24]). — Was die sonstigen Fälle der unter Verbindung erfolgenden Specification anlangt, so entscheiden sie sich zunächst nach den Grundsätzen der Specification, dann nach denen der Verbindung.

Gegenüber durchweg fremden Stoffen nämlich gibt die Specification dem Specificanten das Eigenthum nur im Falle der Unwiederherstellbarkeit der Stoffe [25]). Anderenfalls besteht keine Frage, wenn sämtliche Stoffe Einen Herren hatten. Hatten die mehrerlei Stoffe dagegen verschiedene Herren, so muß unterschieden werden, ob in dem neuen Ganzen ein Verhältniß der Ueber- und Unterordnung der Theile besteht oder nicht; denn ersterenfalls ist wenigstens vorübergehend Einer Eigenthümer des Ganzen geworden; letzterenfalls sind die verschiedenen Herren Miteigenthümer geworden, wenn die Stoffe unwiederherstellbar, — Eigenthümer geblieben, wenn sie wiederherstellbar sind. (§. 146 Anm. 40). Letzteres wird namentlich der Fall sein, wo was immer für Gebilde (species) aus verschiedenen Metallen gefertigt werden [26]).

Daß man überdies in redlichem Glauben (ohne zu wissen, daß die Sache eine fremde ist) schaffen müsse, wenn man durch Verarbeitung einer fremden Sache sich oder einem Dritten das Eigenthum der neuen Sache erschaffen will, ist früher fast einstimmig angenommen, in neuerer Zeit vielfach bestritten, neuestens wieder vertheidiget worden [27]). In der Elementarlehre (§. 25 J. cit. Gaj. 2, 79) kommt dieser Satz nicht vor, trotzdem er von elementärer Bedeutung wäre. Auch außerdem kommt er nirgends

23) Theoph. zu §. 25 J. h. t. — *ἀναμφίβολον ἐπὶ τούτου τοῦ ῥήματος, τοῦτον εἶναι δεσπότην τὸν κατασκευάσαντα* —

24) Fitting S. 136 Nro. 49—55 in ausführlicher Begründung, nebst Controverseliteratur; Windscheid, Anm. 4.

25) l. 5 § 1 D. r. v. 6, 1.

26) So leicht erklärlich l. 12 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — mit welcher Fitting a. a. O. Nro. 54 auf dem Vordersatze des überall neuen Eigenthums vergeblich ringt.

27) Fitting a. a. O. S, 336. Anm. 113. 114. 115. Die neuesten Vertheidiger dieser Lehre Fitting, Dernburg, Windscheid, Scheurl, Arndts, R. Sell, Böcking, Bremer Viertelj. Bd. 10 S. 62.

ausdrücklich, ſondern — falls er überhaupt begründet iſt — nur folgerungsweiſe zum Vorſchein, nämlich darin, daß die geſtohlene Sache auch nach ihrer Specification furtiv bleibt [28]), und daß actio furti wie condictio furtiva dem Eigenthümer wahlweiſe auf die alte oder auf die neue Sache zuſtehen [29]), — allenfalls auch darin, daß wer wiſſentlich fremde Sachen verarbeitet, actione ad exhibendum belangbar iſt [30]). Auf dieſe letztere Stelle nun aber, die einzige, welche die Verarbeitung einer blos „wiſſentlich fremden," nicht auch „geſtohlenen" Sache vor Augen hat, will man ſich doch nicht unbedingt verlaſſen [31]), wie ſie denn auch in der That zu viel [32]), und zu wenig [33]) bewieſe. Ferner iſt auch aus der Furtivität nicht zu ſchließen; denn dieſes vitium iſt als an dem Stoffe klebend zu denken [34]). Und ſelbſt die Condicirbarkeit der neuen Sache mit condictio furtiva gibt kein ſicheres Reſultat. Denn daraus, daß bei der condictio furtiva der Condicent ausnahmsweiſe Eigenthümer ſein darf, folgt nicht, daß er es ſein muß. Außerdem aber macht die Condicirbarkeit des neuen dem Specificanten gehörigen Eigenthums keine Schwierigkeit mehr, woferne man nur aus der Condictionsfrage eine Schuldfrage macht: denn daß der Dieb die von ihm aus geſtohlenem Stoffe gefertigten Sachen herauszugeben ſchuldig ſei, trotzdem dieſe etwas ganz anderes als jener, viel mehr werth, und dieſes durch die eigene Arbeit und Auslage des Diebes ſind, kann nicht auffallen, findet im Rechte der condictio vielmehr ſeine Begründung [35]). Die actio furti aber muß mit der condictio furtiva

28) l. 4 §. 20 D. usurp. 41, 3.

29) l. 52 §. 14 D. furt. 47, 2; ſpeciell auf die neue: l. 13 l. 14 §. 3 D. cond. furt. 13, 1; ſpeciell auf die alte: Gaj. 2, 79.

30) l. 12 §. 3 D. ad exh. 10, 4.

31) wie ſie z. B. Windſcheid a. a. O. Anm. 3 „kein unzweifelhaftes Reſultat gibt". — Zur Erklärung der Stelle ſ. die Bemerkungen Fittings, S. 167. Anm. 49. S. 329. Anm. 97.

32) — quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est —

33) arg. l. 3 §. 1 D. ad exh. 10, 4. Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere — cf. §. 9 §. 10 eod. l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1

34) l. 4 §. 20 cit. — verius est ut substantiam spectemus —

35) etwas anderes als jener: l. 14 §. 2 D. h. t. 13, 1. Bove subrepto et occiso, condictio et bovis et corii, et carnis domino competit —; — mehr werth; l. 8 §. 1 eod. — id tempus spec-

so weit zusammengehen, daß dasjenige, was mit letzterer zurückgefordert werden kann, in jener als Gegenstand der Verbüßung muß demonstrirt [36]) werden können [37]). — Da es nebst all dem an einem positiven Belege dafür, daß man eine wissentlich fremde Sache durch Specification zu der seinigen machen könne, nicht fehlt [38]), nehmen wir nach wie vor von dem Erfordernisse des guten Glaubens Umgang. —

Lassen die Quellen da wo die Specification neues Eigenthum schafft, die Sache dessen werden „der sie gemacht hat [39])", so drücken sie damit nicht nur die Person aus, welche, sondern auch den Grund, aus welchem dieselbe Eigenthum erlangt hat [40]). Die Arbeit, Schaffung, Schöpfung ist der Grund dieses Eigenthumserwerbs. Dem steht nicht entgegen, daß der Specificant ein anderes mal, trotzdem er will, nicht Eigenthümer wird [41]); denn dann wird das Gewicht der Schöpfung durch das einer besonderen Stoffqualität überwogen [42]). Wollte man aber den Erwerb aus Specification auf eine Occupation zurückführen (Occupationstheorie), so würden wir Juristen eine Besitzesgründung und Erwerbung an der neuen Sache nach deren Herstellung in Gestalt eines eigenen Occupationsactes denken müssen, während der Specificant selbst nie daran denkt, Besitz erst erwerben zu müssen, und in der That den Besitz nicht minder als das Eigenthum schafft, *indem* er die Sache schafft; er, aus dessen Macht

tandum, quo res unquam plurimi fuit —; — *Werthzugang durch den Dieb*: l. 13 eod.: — aestimatio fit adolescentis, quamvis cura et sumtibus furis (subreptus infans) creverit —

36) l. 19 D. h. t. 47, 2.

37) vgl. namentlich l. 50 pr. eod. — quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum ejus factum esse verius est. Wie stellt sich hiezu l. 9 pr. eod.?

38) l. 29 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1. S. übrigens Fitting, S. 341.

39) z. B. Gaj. cit. §. 25 J. cit.

40) §. 25 J. cit. — cum . . operam suam dedit — l. 3 §. 21 D. a. v. a. p. 41, 2 — quae ipsi ut in rerum natura essent fecimus —

41) woraus namentlich Bechmann a. a. O. neben anderem (S. 26. I.) den Grund seiner Opposition gegen die „Erzeugungstheorie" schöpft (S. 34—36).

42) s. oben Anm. 21.

ſie hervorgeht und unter deſſen Hand ſie wird, braucht ſich ihrer nicht erſt zu bemächtigen. Erklären Nerva und Proculus den Specificanten als Eigenthümer quia quod factum est antea nullius fuerat, ſo braucht das nicht zu bedeuten, daß die neue Sache nachdem ſie entſtanden, auch nur einen Augenblick res libera geweſen und dann vom Specificanten erworben ſei, — ſondern kann heißen, daß das was überhaupt erſt entſtanden iſt, (quod factum est), aus der Zeit vor ſeiner Entſtehung (antea) keinen Herren haben, mithin von Niemand gegen den Specificanten in Anſpruch genommen werden kann [43]).

Ob dem bisherigen Eigenthümer für den Fall, da er ſeines Eigenthums durch Specification verluſtig geht, auch gegen den gutgläubigen Specificanten Recht werden müſſe, iſt nicht unbeſtritten [44]) und nicht unbeſtreitbar. Denn das Stillſchweigen der Quellen iſt auffallend [45]), und die Analogie der l. 23 §. 5 D. r. v. 6, 1 nicht ſo ohne weiteres ſtatthaft; aus dem was bei bloßer Adjunction gilt, kann man einen Schluß (a minore ad majus) auf die Specification nicht ziehen. Das Eigenthum aus Adjunction erwirbt man um der Einheit, das aus Specification um der Arbeit willen; die Arbeit aber, die uns zum Eigenthum verhilft, könnte uns etwa auch von Erſatzanſprüchen befreien. Indeſſen, da der Specificant ſchon in dem Mehrwerth, welchen die Sache durch ihre Verarbeitung bekommen hat, den Lohn für ſeine Arbeit findet, ſpricht wenigſtens die Billigkeit für die gemeine Anſicht, nach welcher die Entſchädigungsklage der l. 23 §. 5 cit. (in factum actio) auch gegen den gutgläubigen Specificanten zuſteht.

---

43) ſ. dagegen Fitting S. 153 Anm. 33 und die von ihm S. 152 Anm. 31 citt. Autoren, Windſcheid Anm. 2; in Betreff des Streites zwiſchen Erzeugungs- und Occupationstheorie überhaupt Fitting a. a. O.; zu Gunſten der letzteren die Mehrheit, ihre Begründung namentlich bei Bechmann a. a. O. S. 36 ff.; gegen dieſelbe Puchta Inſt. §. 242, Scheurl, Beitr. I. S. 283 fgg. Leiſt, civ. St. III. S. 167. Müller Inſt. S. 185. Arndts, P. §. 155 Anm. 1. Dernburg, krit. Zeitſchr. f. Rw. 1853 S. 146 fg.

44) Fitting S. 346 Anm. 136.

45) beſonders bei Gaj. 2, 79 in f. (vgl. dazu Witte), Bereicherungsklagen S. 306 S. 309 fg. — und im Gegenhalte zu l. 23 §. 5 in f. D. r. v. 6, 1; gegen die Fitting'ſche Auslegung von quidam und quique in ll. citt. (S. 349) ſ. Witte a. a. O.

Hat dieser wissentlich eine fremde Sache specificirt, so haftet er überdies ad exhibendum [46]), hat er gar gestohlen und dann specificirt, condictione furtiva und furti actione — wahlweise entweder um der alten oder der neuen Sache willen — wenn er Eigenthümer geworden ist, nicht weniger, als wenn er es nicht ward — um seiner Verschuldung willen, an welcher die Verarbeitung des Gestohlenen nicht weniger leidet, als der Diebstahl selbst, und das Product nicht weniger als die Arbeit [47]). —

Specification durch den Eigenthümer selbst kann immerhin auch von practischem Belange werden [48]). Daß aber alle die Entscheidungen, welche für den Fall verpfändeter, vermachter, und nachher specificirter Sachen platzgreifen [49]), ohne Rücksicht auf den in Verpfändungen und Vermächtnissen ja doch weithin maßgebenden Willen des Disponenten, einzig und allein aus der Veränderung oder Nichtveränderung des Eigenthums, begriffen werden wollen [50]), dürfte nicht zu billigen sein.

Tradition.

§. 150.

Tradition schlechthin [1]) ist die durch Uebergabe der Sache und Besitzerwerb vermittelte [2]) Uebertragung des Eigenthums [3]).

Ohne Uebergabe der Sache, durch nackte Willenseinigung, vermag man kein Eigenthum auf Andere zu übertragen [4]). Die brevi manu (dominii) traditio [5]) bildet hiervon so

46) Anm. 31—31.
47) Anm. 34—38.
48) Fitting, S. 149 Nro. 21.
49) l. 18 §. 3 D. pign. act. 13, 7; — l. 6 §. 1 D. auro leg. 34, 2 l. 88 pr. §. 1 §. 2. hinwieder §. 3 D. leg. III. l. 44 §. 2 §. 3 D. leg. I.
50) Fitting, S. 328 Nro. 57—60.
1) z. B. l. 10 §. 1 l. 39 D. a. r. d. 41, 1. Anders die stipulatio tradi: l. 28 D. v. o. 45, 1.
2) s. oben §. 133, insb. Anm. 38. 47.
3) dominii, rei traditio im Gegensatze zu possessionis traditio: S. 512 fg.
4) l. 20 C. pact. 2, 3 Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Vgl. oben §. 147 S. 563 Alin. 1.
5) l. 9 §. 5 l. 21 §. 1 D. h. t. vgl. oben §. 137 Anm. 36. S. 507.

wenig eine wahre Ausnahme als das constitutum possessorium [6]), und die tacita traditio bei der societas omnium bonorum [7]); und auch der s. g. transitus legalis bei Zuwendungen an Kirchen und milde Stiftungen [8]) beruht nicht sowohl in einer außerordentlichen Kraft des bloßen Wollens, als in außerordentlicher Verleihung der in rem actio [9]).

Die Erscheinung des älteren römischen und deutschen Rechtes, daß man bei solenner Willenseinigung ohne Besitzesübergabe Eigenthum übertragen kann oder muß (mancipatio, in jure cessio) kehrt heute particularrechtlich in Ansehung des Grundeigenthums wieder [10]); nach Handelsrecht kann die Uebergabe von gewissen Papieren [11]) die Uebergabe der Sache vertreten; ohne irgend einen Ersatz soll die Tradition bei Veräußerung von Schiffen entbehrlich sein (Hdlgb. Art. 43).

Durch Uebergabe der Sache kann man, von deutschrechtlichen Ausnahmen abgesehen (Anm. 10), Eigenthum übertragen, woferne man nur will [12]). Daß Tradent oder Derjenige an dessen Statt übergeben wird das zu übertragende Eigenthum haben und dispositionsfähig sein, Empfänger aber übereinstimmend wollen muß versteht sich aus dem Begriffe der Uebertragung [13]), der Veräu-

6) vgl. oben §. 137 Anm. 37.

7) l. 1 §. 1 l. 2 D. pro soc. 17, 2 — tacita tamen (traditio) creditur intervenire.

8) l. 23 pr. §. 1 C. ss. eccl. 1, 2.

9) besonders §. 1 cit. — secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideic. hypothecariam donavit — S. indessen Windscheid, P. §. 171 Anm. 2.

10) vgl. P. Roth, bayr. Civilr. §. 136 II., insonderheit das bayr. Notariatsgesetz v. 10. Nov. 1861.

11) Connossement: D. Hdgb. Art. 649. Goldschmidt, Handb. d. Handelsr.'s, Bd. 1 Abth. 2 §. 73 S. 717 fgg.; — Ladeschein (?): Goldschmidt, a. a. O. S. 764 fgg.; — Frachtbrief (?): Goldschmidt, a. a. O. S. 754 Anm. 64. Ueber die Lagerpapiere vgl. Denselben, §. 76 Anm. 2.

12) l. 9 §. 3 D. h. t. — nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. l. 12 D. quemadm. cav. 7, 9.

13) l. 20 pr. D. h. t. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum, qui tradit — Si non habuit (dominium) . . nihil transfert. l. 11 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1.

ßerung [14]), und der Zweiseitigkeit des Geschäftes — das eine Uebereinkunft bald voraussetzt, bald ist — von selbst.

Ohne einen Grund, weshalb man Eigenthum überträgt, läßt sich der Wille Eigenthum zu übertragen nicht denken [15]). Auch daß man nur aus gewissen Gründen kann Eigenthum übertragen wollen, ist durch die Natur der Dinge bestimmt; denn in die causa solvendi, credendi, donandi [16]) lösen sich u. E. alle erdenkbaren Gründe jeder Vermögenszuwendung, des Gebens wie des Versprechens, auf [17]). Insoweit ist ein gewisser Grund nicht sowohl ein juristisches als ein psychologisches und natürliches Erforderniß unserer Tradition. Allein dieser psychologisch nothwendige Grund ist identisch mit dem Zweck, wozu man gibt, verspricht (causa futura), mithin zwar ein gedachtes, innerliches, zugleich aber etwas mit der Außenwelt zusammenhängendes Ding; denn außer uns soll unser Zahlungs-, Creditirungs-, Schenkungszweck seine Realisirung finden. Außer uns liegt aber ferner vielleicht auch eine „Ursache" (causa praeterita), in welcher unser Traditions-Wille und Zweck (wie der Zahlungswille aus einer Obligation, der Schenkungswille aus erwiesener Freundschaft) seinen Ursprung nahm [18]). Da nun sowohl die „Ursache" etwas blos

14) s. S. 176 unten; §. 57.

15) — wogegen z. B. Goldschmidt a. a. O. in der Lehre vom Eigenthumserwerb §. 79 Anm. 24 „— der Wille der Eigenthum übertragenden und erwerbenden Personen kann ein abstracter, auf nichts als den Eigenthumsübergang gerichteter sein —" (wo jedoch vielleicht Willenserklärung statt Wille gemeint ist) — hinwieder Exner, die L. vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 76; — gegen das Erforderniß eines Grundes sind ferner aber auch diejenigen, welchen die justa causa traditionis ein bloßes Willenszeichen ist: Sav, Obl. Bd. 2 S. 258 fgg. Strempel, die justa causa bei der Tradition. 1857, wogegen Exner, S. 328, Otto Mayer, justa c. bei Tradition und Usucapion, Erlang. 1871. S. 18. Lotmar, über causa im r. R., Beitrag zur L. v. d. Rechtsgeschäften, S. 167.

16) vgl. l. 65 §. 4 D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 49 D. solut. 46, 3.

17) s. dagegen Windscheid, Voraussf. S. 89 fg. Pd. §. 98 Anm. 1. Arndts, P. §. 80 Anm. 2. Unger, österr. Privr. Bd. 2 S. 195 Anm. 25. Lotmar, a. a. O.

18) „causa propter quam traditio sequeretur" l. 31 D. a. r. d. 41, 1. — Zur causa futura (res ob quam) und praeterita s. l. 52 D. cond. ind. 12, 6 —, über den Doppelsinn von causa (und auch „Grund") als Ursache (Beweggrund) und Zweck s. Lotmar, a. a. O. S. 32 fgg.

eingebildetes, wie etwas wirkliches, als auch der Zweck etwas blos gehofftes, wie ein wirklich in Erfüllung gehendes sein kann, entsteht die Frage, ob die Tradition nur innerlich, in der Seele der Handelnden, oder auch äußerlich, in einer wirklichen Ursache, oder in einem reellen Erfolge, Grund haben müsse, um Uebereignung zu sein? Wäre diese Frage nach der letzteren Alternative zu bejahen, so könnte man schon um deswillen von einem rechtlichen Erfordernisse des Traditionsgrundes oder Erwerbstitels sprechen[19]; denn daß die Ursache in der Wirklichkeit bestehe, oder der Zweck in Erfüllung gehe, sind keine psychologisch nothwendigen Bedingungen des Traditionswillens. Wiewohl nun aber manche Stellen direct und allgemein einen „rechtlichen Grund" zur Tradition fordern[20], und andere zu sagen scheinen, daß Traditionen aus einem rechtlich nicht existenten Grund selbst nichtig seien[21], so darf doch daraus ein Erforderniß objectiven Grund-Bestandes nicht gefolgert werden. Denn der Gegensatz von justa und injusta causa fällt mit dem des objectiv und blos subjectiv vorhandenen Grundes keineswegs zusammen. Wird justa causa gefordert, so ist damit nicht gesagt, daß die causa objectiv existent sein oder werden müsse; denn auch eine blos subjectiv vorhandene causa kann als „recht" erscheinen; — wird eine Tradition wegen injusta causa (mangels justa causa, oder wegen rechtlich nicht existenter causa) als nichtig erklärt, so liegt darin wiederum nicht ausgesprochen, daß die causa vor allem objectiv existent sein müsse; denn auch eine blos subjectiv vorhandene causa (wie z. B. die der Bestechung) kann als injusta bezeichnet werden. Eine Probe für das Gesagte liegt in der Condictionenlehre. Würde das Erforderniß der justa causa traditionis das Erforderniß

19) im Sinne der alten Lehre von dem titulus und modus aequirendi — vgl. Unger, Syst. d. österr. allg. Privr.'s, Bd. 2 §. 72 Anm. 25 fgg.; dann unten Anm. 33.

20) s. namentlich l. 31 pr. D. h. t. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. vgl. Gaj. 2, 20. Ulp. 19, 7.

21) z. B. l. 1 pr. D. donat. intra v. e. u. 24, 1 vgl. Gaj. 2, 20 Ulp. 19, 7 — harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scil. si ex justa causa traditae sint nobis —

eines objectiven Grund-Bestandes enthalten, so würde z. B. wegen irrthümlicher Zahlung vindicirt, nicht condicirt werden müssen [22]). —

Ist ein gewisser, wenigstens innerer Grund zum Uebereignungswillen nothwendig, so folgt nicht, daß ein jeder den Uebereignungswillen erzeugende Grund, mag er nun ein blos innerer, oder ein zugleich äußerer, ein vergangener oder ein künftiger sein, dem Recht entsprechend (justus) sei. Daß der Wille einen gewissen Grund habe, ist psychologische Nothwendigkeit; daß ein gewisser Grund genüge, oder nicht genüge, ist rechtliche Freiheit. Daß nicht ein jeder den Uebereignungswillen erzeugende Grund schon als solcher dem Recht entsprechend und genügend sei: dies konnte das Recht als Grundsatz aufstellen, ohne daß schon in's Einzelne entschieden war, und ohne daß jemals für alle Fälle vornhinein entschieden ist, welche Gründe rechtsentsprechend seien und welche nicht. Mehr als diesen Grundsatz sprechen die oben Anm. 20 citirten Stellen nicht aus [23]). Immerhin aber stellen sie, im allgemeinen justam causam fordernd, eben hiemit ein positives Erforderniß auf [24]). Andere causae als diejenigen welche psychologisch den Uebergangswillen erzeugen, und also sich unter die solvendi, credendi, causa donandi causa fügen, werden als justae causae trad. sich nicht vorfinden; jene Stellen führen venditionis, donationis causam beispielsweise auf; allein daraus folgt nicht, daß diese causae unter allen Umständen justae seien. Bei der Entscheidung im einzelnen Falle kommt nicht

22) vgl. Exner, a. a. O. S. 321.

23) Lotmar, a. a. O. S. 172 oben: „Darum können wir in justa causa nur eine rechte causa, einen geeigneten Zweck sehen (vgl. idonea = justa c. l. 2 § 3 D. 44, 4) und können nicht a priori erklären, welcher Umstand als causa eine justa c. darstellt. Vielmehr sind wir zum Verständniß der clausula generalis (S. 158) auf die Muster verwiesen —"

24) Gegen Exner, der S. 337 unter justa causa traditionis nur das „Nichtvorhandensein gewisser verpönter Elemente unter dem Kreis von Verhältnissen und Thatsachen" versteht, „aus dem die Veranlassung zur Tradition hervorging", sie mithin etwas „Negatives, Impeditives" (S. 336) nennt, — und gegen Hofmann, d. L. v. titulus und modus acq. und von der justa causa traditionis, Wien 1873, der Exner beistimmt (S. 72. 102. 103) — s. Lotmar, a. a. O. S. 167 fg.

blos die generelle, ſondern auch die ſpecielle Zukömmlichkeit in Betracht. Sind Kauf und Verkauf, Schenkung, Transaction u. ſ. f. ihrer Gattung nach justae causae, ſo können ſie unter Umſtänden (des Falles) injustae ſein. Ohne Zweifel iſt aber gefordert, daß die causa traditionis nicht nur ihrer Gattung, ſondern auch der Lage des Falles nach justa ſein müſſe [25]). Iſt z. B. die Schenkung zwiſchen Mann und Frau nichtig, ſo dürfte das keinen andern Grund haben, als weil die der Gattung nach rechte causa donandi in dem concreten Vorkommen zwiſchen Mann und Frau injusta causa iſt [26]). Führt die l. 31 cit. Kauf und Schenkung als Beiſpiele einer justa causa auf, ſo geht der Juriſt nur von dem Gewöhnlichen oder der Gattung aus; daß ſie niemals injusta ſeien, kann er nicht ſagen wollen. Anſtatt zu definiren, daß justa causa ein negatives Erforderniß (der Abweſenheit von Hinderniſſen in concreto) und unter den Erforderniſſen der Tradition nicht aufzuführen ſei [27]), dürfte demnach zu behaupten ſein, daß die causa vor allem ihrer Gattung, dann aber auch den beſonderen Umſtänden des Falles nach justa ſein müſſe. Ein Bedürfniß die causa darum, weil ſie auch den beſonderen Umſtänden nach justa ſein muß, als etwas anderes, weiteres, unbeſtimmteres [28]) zu denken, denn als Urſache oder Zweck, liegt nicht vor. Hinwiederum darf man um deswillen, weil ein Traditionsgrund durch einen außer ihm liegenden Umſtand (z. B. Ehe) als unſtatthaft erachtet wird, nicht in Abrede ſtellen, daß er ſelbſt „unrecht" ſei [29]). Allerdings iſt das justum ein Attribut der causa [30]); allein Attribute kommen eher von außen als von innen. Um eben deswillen iſt aber der Kreis der Fälle,

25) Otto Mayer, a. a. O. S. 21 ſcheint lediglich ein justum in specie zu denken —

26) vgl. l. 6 D. h. t. 24, 1 Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet. Hiegegen wohl mit Unrecht Lotmar S. 174.

27) Exner, a. a. O. S. 337 a. E.

28) nämlich in dem „ganz allgemeinen und vagen Sinn" „als die Summe aller objectiven und ſubjectiven Thatſachen, welche zuſammenwirkend die Veranlaſſung eines concreten Traditionsgeſchäftes geweſen ſind" Exner S. 330 — wogegen Lotmar S. 172.

29) wie Lotmar S. 173—175.

30) Lotmar S. 171.

in denen eine der Gattung nach rechte causa der besonderen Umstände halber injusta wird, weiter, als die Kritik [31]) zugeben möchte. —

Eine Tradition, die lediglich in dem Faktum des Uebergebens bestünde, an und für sich betrachtet also grund- und zwecklos, auch ohne jede andere Wirkung als die der veränderten Detention da stünde, wäre zweifelsohne „nuda" traditio. Allein denkbar ist, daß eine Tradition auch dann noch nuda heißt, wenn sie zwar auf Grund und in Folge von etwas anderem (justa causa) Eigenthum überträgt, in ihrer isolirten Erscheinung aber nichts als die nackte Thatsache jenes Hinüberlangens ꝛc. darstellt. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Traditionsgrund, und in ihm der Uebereignungswille in einem von der Tradition getrennten und ihr voraufgehenden Acte (Contracte, Pakt) bereits zum Ausdrucke gekommen ist, und also bei der Tradition selbst nichts mehr gesprochen, erklärt, sondern nur gehandelt wird. Würde die derart dem Traditionsgrunde nachfolgende Tradition wirklich „nuda" traditio sein [32]), so böte l. 31 cit. keine Schwierigkeit; eine „praecedens" causa wäre nur für nuda traditio gefordert; eine Tradition, mit welcher der Traditionsgrund und der Uebereignungswille sich in Eins verbindet, wie das namentlich bei Schenkungen, Creditirungen, Dotirungen, aber auch bei Käufen und Verkäufen sein kann, wäre keine nuda traditio mehr; daß die Tradition eines voraufgehenden Geschäftes, insonderheit einer Obligation bedürfe, als deren Erfüllung sie erscheine — wie aus

31) z. B. Hofmanns, a. a. O. §. 10 gegen Exner, Beilage Nr. 1. — Exner führt auf: donatio i. v. e. u.; — donatio supra modum: l. 34 C. donat. 8, 54; — Eigenthumsreservat wegen Nichtzahlung des Kaufschillings: §. 41 J. r. d. 2, 1 (?); — Veräußerungen gegen das SC. Vell. und Maced.: l. 32 D. h. t. 16, 1 l. 14 D. r. cr. 12, 1; — furtive Inempfangnahme: l. 43 pr. D. furt. 47, 2.

32) was sie nach der Uebersetzung von l. 31 pr. cit. bei Otto Mayer, die justa causa bei Tradition und Usucapion, Erlangen 1871. S. 15 ist: „eine nuda t. vermag eigentlich (an sich?) niemals Eigenthum zu übertragen, doch thut auch sie es, wenn ein Kauf ꝛc. vorhergeht — eine Uebersetzung die nicht bedenklicher ist als die der Glosse und Lotmars (S. 166) indem diese statt »sed ita« sed ea (scil. traditio) setzt. Richtig ist Bernhöfts Bemerkung „die spätere Uebergabe gilt nicht als ein selbständiger Vertrag"; allein verwirrend die Fortsetzung: „sondern nur als Ausführung des bereits fertigen dinglichen Vertrags."

dem praecesserit der l. 31 cit. gefolgert wurde [33]) — in l. 31 cit. gefordert werde, wäre dann ſo wenig der Fall, daß nach dieſer Stelle vielmehr nur die Tradition mit beifolgender causa im Gegenſatze zur nuda traditio als die vollſtändig ausgeſtattete Tradition oder als „die Tradition" ſchlechthin (Anm. 1) erſchiene. —

Ob die Parteien nur darin daß, oder auch im Betreffe deſſen weshalb ſie Eigenthum geben und nehmen wollen, übereinſtimmen müſſen, war eine Frage, die je nachdem man unter den Traditionsbedingungen auf den Willen oder auf deſſen Grund den Schwerpunkt legte, verneint oder bejaht werden mußte [34]). Nach ihrem Grunde gewogen war die Tradition kaum rechtlich begründet, wenn die Gründe der Handelnden auseinandergingen und ſtatt der Einen ganzen causa zweierlei halbe vorlagen; und ſo Ulpian [35]); nach dem Willen beſehen, fehlte ihr nichts, und mochte ſie den Eigenthumsübergang bewirken; und ſo Julian [36]). Eine Verſöhnung beider Stellen iſt vielfach, aber doch wohl vergebens angeſtrebt worden [37]); der vorherrſchenden Neigung, von der causa zu abſtrahiren, entſprechend folgen die Neueren Julian [38]).

33) vgl. über dieſe Anſicht früherer Schriftſteller Savigny, Oblig. R. Bd. 2 S. 256 B, Unger, a. a. O. S. 9, Exner, a. a. O. S. 82, Lotmar S. 166 unten — und ſiehe als einen Träger derſelben z. B. Glück, Comm. Bd. 8 S. 90. Daß causa ein „obligationsmäßig zu einer Leiſtung verpflichtendes Rechtsverhältniß ſei" behauptet auch Voigt, cond. ob. caus. §. 28.

34) In anderer aber ähnlicher Weiſe Scheurl, Sachenerwerb durch Tradition, Beitr. zur B. d. r. R. Bd. 1 No. 8 S. 191 fgg.

35) l. 18 pr. D. r. cr. 12, 1 — magisque nummos accipientis non fieri —

36) l. 36 D. a. r. d. 41. 1 — non animadverto cur inefficax sit traditio —

37) vgl. Puchta, Vorll. §. 148: „Dieſer Widerſpruch iſt unendlich oft beſprochen worden. Man hat ganz vergeblich verſucht, verſchiedene Fälle hineinzulegen. Der neueſte dieſer Verſuche von v. Vangerow iſt einer der unſtatthafteſten". Von neuern Vereinigungsverſuchen ſ. namentlich den von Dernburg im Arch. f. civ. Pr. Bd. 40 No. 1, Böcking, Inſt. d. h. PR. §. 153 a. E., Pagenſtecher, Eigenthum Bd. 2 S. 218, Schütze, in Bekkers und Muthers Jahrb. Bd. 3 S. 429 fg., Rudorff, zu Puchtas P. §. 148 not. h., J. A. Seuffert, Erört. II. S. 24. 25.

38) vgl. Exner, S. 77. Arndts, P. §. 145 Anm. 4.

Aus dieser Neigung ist neuerlich auch die Behauptung entsprungen, daß die Tradition ein Formalact sei [39]). Indessen, da das Tradiren keine Form [40]), die Tradition an sich keinesfalls Ausdruck des Ueberzeugungswillens [41]), und eine sonstige Beurkundung des bloßen (von allem Grunde abstrahirenden) Uebereignungswillens nichts herkömmliches, typisches ist [42]), so fehlt es an einem Zeichen, das gleich dem Verbum der Stipulation und der Litera des Literalcontractes als sicherer Ausdruck für Dasein des Willens und Grundes zugleich erscheinen, und so den Grund der Uebereignung selbst abgeben könnte. Mehr als die Kraft eines (durch Gegenbeweis zu entkräftenden) Beweismittels darf man der abstracten Documentirung des Uebereignungswillens nicht beilegen.

§. 151.

Wie anstatt des Eigenthümers ein Anderer die Sache mit dem Effecte der Uebereignung übergeben könne, erhellt aus der Lehre von der Stellvertretung und der Mitwirkung zu fremden Rechtsgeschäften, aus dem Pfandrechte [1]), und aus dem jus fisci [2]) wie der Eigenthümer selbst zuweilen nicht, oder nicht allein tradiren kann [3]), zeigt sich in der Lehre von der Handlungsfähigkeit

39) Windscheid, P. §. 172 Anm. 16a und die dort Agff., — Bähr, Anerkennung, 2. Aufl. S. 15 „die Tradition als Eigenthumsübertragung bildet . . . einen von ihrem juristischen Grunde — diesen als etwas Objectives gedacht, völlig getrennten und in ihrer nächsten Wirkung unabhängigen Rechtsact."

40) wogegen Windscheid, §. 171 Anm. 2. Exner, a. a. O. S. 78.

41) arg. l. 31 cit. Nunquam nuda traditio transfert dominium —

42) vgl. Savigny, Oblig. R. §. 78 S. 258 „Wenn es bei der Tradition üblich wäre, zu sagen: durch diese Handlung soll Eigenthum übergehen . . . Aber gerade ein solcher Ausdruck ist bei uns so wenig üblich als er es bei den Römern war".

1) Gaj. 2, 62. 64, pr. J. quib. alienare licet v. non 2,8 Accidit aliquando ut . . . qui dominus non sit, alienare possit §. 1 eod. l. 46 D. a. r. d. 41, 1.

2) §. ult. J. usuc. 2, 6 l. 2 l. 3 C. de quadriennii praescr. 7, 37.

3) pr. J. cit. Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat —

(§§. 55, 56), der Dispositionsbefugniß (§. 57) und den Veräußerungsverboten (§. 134).

Wer Eigenthümer ist und ohne dies zu wissen für einen Anderen übergibt, überträgt Eigenthum nicht [4]). Denn Gegenstand unserer Tradition ist das Eigenthum, und zwar ein gewisses Eigenthum, das eigene, oder ein fremdes [5]); das in unserem Falle tradirte Eigenthum existirt nicht, und dasjenige, welches existirt, ist nicht tradirt [6]). Verschieden von dem Eigenthumsübergang ist aber die Obligation, in welche sich der Tradent unseres Falles durch die causa traditionis verstricken und welche seine Vindication vereiteln kann, gleichwie der Regreß der ihm mandatsmäßig ꝛc. zustehen kann [7]).

Wer Eigenthümer ist und ohne dies zu wissen in eigenem Namen tradirt, überträgt Eigenthum [8]), gleichwie der Empfänger, der Eigenthum erwerben will, zum Eigenthümer wird, trotzdem er den Tradenten nicht für den Eigenthümer hält [9]); denn an dem erforderlichen Willen fehlt es nicht [10]), und was die oberste Voraussetzung der Tradition anlangt: daß das zu Tradirende da sei, so fehlt es an derselben blos vermeintlich, und plus in re est quam in existimatione mentis [11]).

Für Tradition infolge Kaufes ist insonderheit noch Zahlung

4) l. 35 D. h. t. Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

5) l. 15 §. 2 D. c. e. 18, 1 — non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum erat, sed quasi tuum dominium ad eum transire —

6) Error in corpore? Savigny, Syst. Bd. 3. Beil. VIII S. 355.

7) l. 49 D. mand. 17, 1 und dazu die von Jhering gefundene Erklärung des zweiten Falls (vel contra) (Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 306 Not. 35). Vgl. dieses Lehrb. §. 12 Anm. 2. Windscheid, §. 172. Anm. 10 „das Verdienst der richtigen Erklärung . . (sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß hinter emisset zu denken ist a me) gebührt Jhering —"

8) arg. §. 11 J. leg. 2, 20 l. 4 §. 1 D. manum vind. 40, 2.

9) l. 9 §. 4 D. jur. et f. ign. 22, 6 cf. l. 4 §. 1 cit. — Et ex contrario etc.

10) cf l. 4 §. 1 cit. — nihilominus verum est, voluntate domini manumissum esse —

11) l. 9 §. 4 l. 4 §. 1 citt.

oder anderweitige Satisfacirung verlangt [12]). Manche meinen, damit sei nichts besonderes verlangt; denn wem nicht „genug geschafft", der könne nicht tradiren wollen, und behalte sich Eigenthum vor, selbst wenn er übergebe [13]). Allein in Wahrheit kann man ohne jegliche Satisfaction, namentlich ohne dem Käufer Credit zu geben, oder „auf ihn Credit zu haben" [14]), das Eigenthum sofort und unbedingt hingeben wollen, in der Erwartung nämlich, daß auch die Zahlung sofort oder bäldestens erfolge [15]). Eine derartige Erwartung ist zwar Vertrauen, aber nicht Creditgebung; entspringt vielmehr daraus, daß man ohne Zahlung nicht satisfacirt ist, als daß man ohne sofortige Zahlung (an der Person des Käufers) genug hat. Dieses von der Creditirung verschiedene Vertrauen ist eine Nothwendigkeit des Verkehrs [16]) und soll um ebendeswillen nicht zu Schanden werden, wie es der Fall wäre, wenn der Traditionswille auch hier die gemeinrechtliche Folge hätte, der Eigenthumsübergang von der Erfüllung oder Nichterfüllung der gehegten Erwartung unabhängig wäre. Der bezügliche Zwölftafelsatz ist demnach ein Ausnahmsrecht, das allerdings auch ein jus gentium [17]), nicht aber schon in dem wahrscheinlich erst interpolirten jus naturale begründet sein konnte. Dieses Ausnahmsrecht ist dem der querela non numeratae pecuniae vergleichbar, fördert das Vertrauen, indem es seine rechtlichen Folgen abschwächt, und schwächt diese ab, indem es einen Vorbehalt macht, wo die Person keinen macht [18]).

---

12) l. 19 l. 53 D. c. e. 18, 1; §. 41 J. r. d. 2, 1 — quod quamquam cavetur ex lege XII t, tamen recte dicitur et jure gentium i. e. naturali, effici.

13) z. B. Puchta, Inst. Bd. 2 §. 241 u. Vorll. zu §. 148; Strempel, a. a. O. §. 11. Nissen, kaufrechtliche Tradition, Leipzig 1869. S. 4. 5. und fgg.

14) »fidem auctoris sequi« §. 41 J. cit. l. 53 cit

15) s. z. B. die von Nissen §. 16 aufgeführten Fälle —

16) wie auch Nissen S. 6 herkommen läßt.

17) so namentlich auch im altgriechischen Rechte — F. Hofmann, Periculum beim Kaufe, Wien 1870. S. 22.

18) s. g. pactum reservati dominii — über dessen Bedeutung s. einstweilen Duncker, rh. Mus. f. J. Bd. V No. 4. Windscheid, §. 172 Anm. 18. 19 u. die dort agff. Literatur. — Eine Skizze der übrigen verschiedenen Ansichten über obigen Zwölftafelsatz s. ebenfalls bei Wind-

Ob „Tradition" an unbestimmte Personen möglich, und wer bei der Tradition an Mittelspersonen überall der Erwerber sei, entscheidet sich gleichmäßig für die dominii wie für die possessionis traditio [19]); desgleichen hängt die Frage, ob Tradent sein Eigenthum auch dann verliere, wenn der Empfänger aus irgend einem auf seiner Seite liegenden Grunde nicht Eigenthümer wird, davon ab, ob Tradent diesfalls den Besitz verliert [20]).

Adjudication. Addiction. Verwirkung. Universalsuccession und Vermächtniß.

§. 152.

Derivativen Eigenthumserwerb bewirkt die **Adjudication** insoferne sie Miteigenthum in Alleineigenthum [1]) verwandelt, von mehreren Miteigenthümern Einem die ganze Sache oder Jedem einen körperlichen Theil zuspricht, also die Antheile aller Anderen an der ganzen Sache oder an jedem Stücke derselben auf diesen Einen überträgt [2]), — oder indem sie, da die Miteigenthümer nicht Alle an dem Judicium theilnehmen [3]), nicht die ganze Sache, sondern nur die Antheile der übrigen Theilnehmer Einem aus ihnen zuspricht, wenn hier nicht anstatt der Adjudicatio etwa ein Traditionsbefehl [4]) statthaben sollte. Den

scheid, a. a. O. 19a. (Billigkeit — Naturnothwendigkeit — alte Klaglosigkeit —).

19) s. oben §. 140 Anm. 23. 24, insonderheit den s. g. jactus missilium in den dort sitt. §. 46 J. r. d. 2, 1 l. 9 §. 7 D. h. t. l. 1 und l 5 §. 1 D. pro derel. 41, 7; — überhaupt §. 140 und namentlich l. 13 l. 59 D. h. t.

20) arg. l. 17 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2, und vgl. oben §. 141 Anm. 4—15.

1) nicht gemeinschaftliches Pfandrecht ꝛc. in alleiniges verwandelt, oder Servituten begründet — s. unten die Theilungsklagen §. 175.

2) Ulp. 19, 6 §. 4 J. off. jud. 4, 17.

3) l. 2 §. 4 D. fam. herc. 10, 2 l. 8 pr. D. comm. div. 10, 3.

4) vgl. l. 25 §. 6 D. fam. herc. 10, 2. Zimmermann (über die Theilung unter wenigen Communionsinteressenten, Arch. f. civ. Pr. Bd. 34 S. 324 Anm. 1 nimmt jubeat tradi für Adjudication; l. 4 §. 5 D. fin. reg. 10, 1 u. l. 22 §. 1 D. fam. herc. 10, 2 sprechen nicht von adjudicatio der pars des Einen an den Anderen, sondern von Adjudication einer ganzen Sache (locus, res) an Mehrere, betrachten aber auch

Effect der Eigenthumsübertragung hat die Adjudication unmöglich, woferne diejenigen, denen abjudicirt werden soll, nicht Miteigenthümer sind [5]); aber auch derjenige, dem adjudicirt wird, scheint nicht Eigenthümer zu werden, wenn er nicht Miteigenthümer ist; denn die Judicia, in denen adjudicatio allein vorkommt — die Theilungsklagen — werden wohl alle wie familiae herciscundae j. [6]) nur unter wirklichen Genossen rechtsbeständig sein. Um so weniger scheint Ungenossen, die das offen sind, und nur „zu der behufs der gegenseitigen Abfindung üblichen Steigerung zugelassen" werden [7]), adjudicirt [8]) werden zu können. — Eine reinrichterliche Funktion ist die Adjudication mit dem bloßen Spruche (ohne Besitzesveränderung) vollzogen [9]), hiedurch von der Addiction, dem obrigkeitlichen Traditions- und Possessionsbefehle [10]), durch ihren translativen Effect aber von dem blos declaratorischen Urtheil im Vindicationsprozesse unterschieden [11]). — Die Adjudication im Ganzen der Theilungsklagen s. unten §. 175.

Addictio, überhaupt ein obrigkeitliches (nicht richterliches) Machtwort, ist immer noch der Pfandzuschlag, der in Ermanglung eines annehmbaren oder überhaupt eines Käufers an den Gläubiger, und zwar hinsichtlich der richterlich, zur Urtheilsvollstreckung (in causa judicati) gepfändeten Sachen, durch das Gericht [12]), hinsichtlich der freiwilligen Pfänder durch den Regenten [13]) er-

das als eine necessitas (l. 22 §. 1), oder suchen es in Adjudication an Einen (fundus statt personae) aufzulösen (l. 4 §. 5).

5) l. 17 D. usurp. 41, 3 l. 36 D. fam. herc. 10, 2.

6) l. 28 §. 6 D. fam. herc. 10, 2.

7) l. 3 C. comm. div. 3, 37 — ad licitationem nonnunquam extraneo admisso —

8) s. dagegen die Formel bei Rudorff, Ed. perp. § 72 — judex alteri aut Titio adjudicato — Beffer, Aktionen, Bd. 1 S. 231 unten —

9) §. 7 J. off. jud. 4, 17 Quod .. adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

10) s. oben §. 81 II. B.; missio ex secundo decreto damni inf. nomine: §. 172.

11) l. 35 §. 1 D. r. v. 6, 1 l. 8 §. 4 D. si serv. 8, 5

12) l. 15 §. 3 D. re jud. 42, 1 l. 3 C. Si in causa jud. 8, 23; oben §. 81 II. B.

13) l. 1 — l. 3 C. de jure dominii impetrando 8, 34.

folgt. Derselbe ist nicht schon an und für sich selbst Eigenthumsübertragung wie die adjudicatio, sondern Ermächtigung zur Besitzergreifung, so daß der Gläubiger erst durch letztere [14]), und nur magistratisch (bonitarisch) [15]) Eigenthümer wird. Wesentlich nichts anderes als eine derartige Addiction ist darum auch die missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine [16]). Besitzeserwerb müssen wir auch heute noch verlangen, während das dadurch erlangte Eigenthum, vorausgesetzt daß das Recht des Verpfänders volles Eigenthum war, neuestens überall ein volles und ausschließliches Eigenthum des Erwerbers ist [17]).

Kraft des Gesetzes und ohne Besitzerwerb geht Eigenthum über:

durch irgend eine lex commissoria: an geschmuggelten Waaren, indem die zollpflichtigen Sachen dem Zollberechtigten pfandweise haften, und für den Fall der Defraudation deren „Verwirkung" an den Zollberechtigten ausgemacht ist [18]);

durch Einräumung der Vindication: eines Hausantheiles an den Miteigenthümer des Hauses zur Deckung seiner

14) l. 3 C. h. t. 8, 23 — jure dominii possideri — vgl. l. 15 §. 33 D. damn. inf. 39, 2; l. 1 l. 2 C. h. t. 8, 34. Si creditor pignus jure dominii possidere petiit — addicantur (l. 1) — l. 3 §. 5 eod.; s. dagegen Puchta, §. 153 u. Rubrik zu §. 151, Arndts, §. 148 §. 328 §. 376, Windscheid, §. 173, Seuffert, P. §. 206.

15) arg. l. 15 §. 26 D. damn. inf. 39, 2 l. 6 D. Publ. 6, 2 l. 14 §. 1 D. relig. 11, 7 — bonae fidei possessor est et dominium habet, qui auctore judice comparavit cf. l. 137 D. r. j. 50, 17 Gaj. 3, 180.

16) l. 15 §. 20 §. 21 §. 22 §. 33 D. h. t. 39, 2 Posteaquam .. quis possidere jure dominii a Praetore jussus est.

17) C. de nudo j. q. toll. 7, 25. Vgl. oben §. 143 II.

18) l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4 — quod commissum est, statim desinit ejus esse qui crimen contraxit — dominiumque .. acquiritur — commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit. vgl. l. 7 pr. §. 1 l. 11 §. 2 §. 3 §. 4 l. 16 §. 10 eod. — l. 2 C. de vectigalibus et commissis 4, 61 Neque commissum, quod ante quinquennium factum dicitur .. vindicari potest, neque pro re quae in commissi causam cecidit, si ipsa non existat nec dolo supprimatur, pretium potest peti.

Reparatur-Auslagen nach Umfluß von 4 Monaten [19]) — der Dotalsachen an die rückforderungsberechtigte Frau [20]) — der von Vormündern mit dem Gelde der Mündel angeschafften Sachen an die Mündel [21]) — desgleichen an den Soldaten in Betreff der mit ihrem Gelde von Dritten gekauften Sachen [22]);

durch unmittelbare (jedoch erst spät und nach verschiedenen Entwicklungsstufen eintretende) Pertinenzerklärung in Anbetracht gewisser, den Kindern schon von Natur aus naheliegenden [23]) Güter (lucra nuptialia) ihrer wiederheiratenden Eltern [24]). —

Wie in demselben Momente, da das ganze Vermögen, selbstverständlich auch alles Eigenthum, von dem Einen auf den Andern in Einem (per universitatem) übergeht, gleichwohl Eigenthum an beliebigen Sachen für sich (singulari modo), durch Vermächtniß nämlich, erworben werden kann, erhellt im Erbrechte.

Ersitzung.

§. 153.

Begriff.

So nennen wir diejenige Eigenthumsübertragung, welche in der Umwandlung des redlichen Besitzes (b. f. possessio) in volles [1]) Eigenthum enthalten ist.

---

19) Oratio D. Marci: l. 52 §. 10 D. pro socio 17, 2 l. 4 C. aedif. priv. 8, 10 — jus dominii pro solido vindicare vel obtinere . . . poteris —

20) l. 30 C. j. d. 5, 12.

21) l. 2 D. quando ex facto tut. 26, 9 — utilis actio ei cujus pecunia fuit datur ad rem vindicandam — vgl. l. 3 arb. tut. 5, 51.

22) l. 8 C. r. v. 3, 32.

23) »paterna«, »materna«: l. 4 l. 5 §. 2 l. 6 §. 1 C. sec. nupt. 5, 9; l. 4 cit. inf. »ut filii patrum suorum sponsalitias retineant facultates« —

24) vgl. l. 5 pr. C. sec. nupt. 5, 9 — Dominium autem rerum . . ad liberos pertinere decernimus — Nov. 22 c. 23. — statim ab eo tempore . . . proprietatis erunt domini z. B. mit l. 3 C. eod. — transmittant . . nec quidquam ex his bonis alienandum praesumant — Näheres hierüber im Familienrecht.

1) §. 143 Anm. 7. 10. 11; besonders l. 17 §. 1 D. r. v. 6, 1.

In der Erſitzung liegt eine Eigenthumsübertragung, kein originärer Erwerb; erſeſſen wird vorhandenes, kein neues Eigenthum [2]). Folgerecht enthält alſo die Erſitzung eine Aufhebung nicht des bisherigen Eigenthums, ſondern nur der bisherigen Legitimation zum Eigenthum, der bisherigen „Auctorität", indem anſtatt des bisherigen Eigenthümers von nun an der Uſucapient zum Eigenthume legitimirt, auctoriſirt iſt [3]).

Ob dieſe Auctoriſirung je einmal an den bloßen Beſitz und deſſen längere Aufrechthaltung geknüpft [4]), und ob alſo „usu" [5]) in usucapio Grund und Mittel zugleich war, muß dahin geſtellt bleiben; auf ſicherem Boden gelangt man über die Zeit, in welcher die usucapio bonae fidei possessionem vorausſetzt, nicht hinaus [6]). Hiernach iſt dann aber b. f. possessio, nicht usus, possessio [7]) die „Grundlage" der Uſucapion, in dem Worte usucapio mit usu nur das Mittel womit, nicht der Grund auf oder aus dem uſucapirt wird, genannt. Auch iſt der usus oder die possessio, vermittelſt deren uſucapirt wird, und die possessio (b. f. possessio), auf deren Grundlage die Uſucapion erfolgt, oder welche in volles Eigenthum verwandelt wird, nicht ein und daſſelbe Ding. Denn der die Uſucapion vermittelnde Beſitz iſt der gemeine Beſitz, der kein Recht, — der der Uſucapion zu Grunde liegende Beſitz iſt die b. f. possessio, die ein Recht iſt. Weil er ein Recht iſt, kann dieſer letztere Beſitz auch ohne den gemeinen

2) §. 77 Anm. 28. §. 143 Anm. 9. Dazu ferner Huſchke, Zeitſchr. f. G. R. W. XIV. S. 226. Kuntze, Inſt. §. 501 „— daß der Andere ſich über ſeinen Verluſt nicht beklagen, ja wohl gar als zuſtimmend gelten darf." Böcking, Inſt. Bd. 1 §. 123 „— durch das Ablaufenlaſſen jener Friſt . . gibt der bisherige Eigenthümer ſein Recht ſelbſt auf"; ſ. auch die usucapio translativa bei Thibaut, Beſitz u. Verj. Jena 1838 S. 67 §. 4 Unterholzner, Verj.-Lehre, 2. von Schirmer bearb. Auflage Bd. 1 S. 6; dagegen Schirmer, Grundidee der Uſucapion, Berl. 1855 S. 65.

3) Ob hieher das vielberufene »usus auctoritas fundi« zu beziehen iſt? indeſſen ſ. auch l. 54 pr. D. evict. 21, 2.

4) wovon Stintzing, das Weſen von b. fides und justus titulus in der röm Uſucapionslehre, Heidelberg 1852 §§. 4–10 ausgeht.

5) l. 115 D. v. 5. 50, 16 — possessio ergo usus —

6) vgl. Scheurl, Beitr. Bd. 2. „Zur Uſucapionslehre". Schirmer, die Grundidee der Uſucapion, Berlin 1855 S. 46 unten.

7) wie Schirmer, a. a. O. §. 2, beſonders S. 39 annimmt. „— Alſo der Beſitz . . . iſt die Grundlage der Erſitzung."

Besitz fortbestehen [8]); gleich dem vollen Eigenthum kann er mit und getrennt vom gemeinen Besitze existiren; allein um zur Usucapion, oder vollen Besitzesauctorität zu führen, muß er einige Zeit ununterbrochen als gemeiner Besitz auftreten und erscheinen; der b. f. possessor muß sein Recht auf den Besitz mit einer gewissen Standhaftigkeit ausüben. — Also wird in der Usucapion nicht Recht aus Unrecht [9]), sondern ein stärkeres absolutes Recht aus einem schwächeren, relativen Rechte; allein nicht der gemeine Besitz, vermittelst dessen usucapirt wird [10]), sondern das Besitzesrecht (b. f. possessio) auf dessen Grund usucapirt wird, ist dieses schwächere, zu bewährende, und dann mit voller Auctorität zu bewehrende Recht.

Ohne b. f. possessio keine Ersitzung. Jenes andere bonitarische Eigenthum, dem es zu vollem Eigen nur an der Form gebrach und das durch Usucapion gleichfalls in volles Eigen verwandelt wurde [11]), scheint einst unter b. f. possessio mitbegriffen worden zu sein [12]); jedenfalls handelte in gutem Glauben wer, wenngleich ohne Form, vom Eigenthümer selbst erwarb [13]). Im justinianischen Rechte ist dieses andere bonitarische Eigenthum antiquirt [14]), und b. f. possessio überall nurmehr dasjenige Besitzesrecht, dem es zu vollem Eigenthume an der Auctorität des Auctors fehlt, indem dieser entweder überhaupt kein, oder doch kein volles Eigenthum, oder kein Veräußerungsrecht hatte [15]). Die,

8) bedenke u. a. die Publiciana, ferner l. 21 C. furt. 6, 2, und s. meine Abhandlung: Zum Rechte der b. f. p. in der Festgabe der Münchener Juristenfacultät zu Arndts Doctorjubiläum, München bei Kaiser 1875 — S. 116.

9) Schirmer, a. a. O.

10) wie Schirmer, a. a. O. §. 2 will —

11) s. oben §. 143 Anm. 6–8; Reste dieses anderen Usucapionskreises z. B. l. 33 §. 1 D. h. t. — sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emtore possidere — l. 8 D. pro emt. 41, 4 (Festschrift S. 99) — l. 15 §. 26 D. damn. inf. 39, 2 — l. 14 § 1 D. relig. 11, 7.

12) s. oben §. 143 Anm. 12 und weiteres in meiner agf. Festschrift Nro. IV.

13) s. dagegen Schirmer a. a. O. S. 47 „— der . . . sich dem Civilrecht gegenüber . . in mala fide befindet."

14) s. oben S. 540 unten.

15) l. 1 pr. — non a domino et nondum usucaptum — D. Publ. 6, 2 cf. Gaj. 2, 43. l. 109 D. v. s. 50, 17.

meist mehr scheinbaren als wirklichen, Ausnahmen von dem Erfordernisse der bona fides im älteren Rechte[16]) dienten zur Bestätigung einer Regel, die heute Axiom ist.

Nach einem Grunde, aus welchem die Usucapion „juristisch", etwa wie das Responsum aus einem Rechtssatze, sich ableitete, ist unseres Erachtens vergeblich[17]) gesucht worden. Die Usucapion ist nicht minder als Mancipation, Testament u. s. f. eine freie, mit keinem Einmal-Eins zu beweisende Schöpfung. Für sie wissen wir Motive[18]), keine zwingenden Gründe.

§. 154.

Charakter.

Die usucapio war dem Worte wie der Sache nach ein Erwerb[1]) (früher s. g. Adquisitivverjährung), schloß aber eine Klagenverjährung (Extintivverjährung) in sich[2]); die longi temporis praescriptio scheint dem Worte, der auf der Oberfläche liegenden Wirkung, und der mit ihr zusammenhängenden 30 vel 40 annorum praescriptio nach eine Klagenverjährung zu sein; gleichwohl dürfte sie richtiger niemals bloße Klageverjährung[3]) gewesen, als erst in späterer Zeit, etwa gar erst durch l. un. C. de. tansf. usuc. aus einer Klageverjährung in Ersitzung übergegangen[4])

16) Usureceptionen, lucrativa pro herede usucapio: Gaj. 2, 51—61.

17) namentlich auch von Schirmer, in der sonst lehrreichen Grundidee der U. S. 2. 13. 16. 17. 25. 42—47.

18) vgl. l. 1 D. h. t. l. 5 pr. D. de pro suo (41, 10) Gaj. 2, 44 Cic. pro Caec. c. 26 — finis sollicitudinis et periculi litium — l. 28 D. v. s. 50, 16 l. 2 C. ann. exc. 7, 40; l. 203 D. r. j. 50, 17 — und dazu die dogmengeschichtlichen Erörterungen bei Schirmer a. a. O. §. 1.

1) z. B l. 4 §. 17 D. h. t. — ancillam . . usu me . . . capturum — l. 33 pr. — partum ancillae furtivae usu suum faciunt — l. 19 l. 20 l. 23 D. ex q. c. m. 4, 4 — per usum sibi acquirere.

2) l. 1 D. h. t. — quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium — cf. l. unica C. usuc. transf. 7, 31 — miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad eas reservabatur regressus. —

3) Demelius, Unterss., Nr. 1, Geschichte der Klagenverjährung, §. 11.

4) z. B. Puchta, Curs. d. Inst. §. 208. Savigny, Syst. Bd. 6, S. 57. „Diese war eine reine Klagenverjährung ꝛc. . . Nun hat Justinian ꝛc."

sein. Denn gegen in personam actiones, bei denen nur (Klagen-) Verjährung, kein Erwerb denkbar ist, kommt sie erst sehr spät auf (S. 399); läßt sich nicht nachweisen, daß sie von allem Anfang ein Surrogat der usucapio (für fundi provinciales und den Mobiliarbesitz der Provinzialen, also auch für Mobilien gewesen sei[5]), so steht doch fest, daß das Bedürfniß nach einem solchen Surrogate so alt war als der Begriff und der Bestand von Provinzen[6]), und daß das Bedürfniß schon im einheimischen Rechte der Provinzen eine Art Ersitzung hervorgetrieben hatte[7]). Weniger bedeutsam wäre die Bemerkung, daß vom Stande der Klagenverjährung aus nicht „langer Besitz",[8]) sondern nur lange Versäumung der Klage (S. 400 fg.) gefordert worden wäre[9]); denn Ansprüche, welche durch Vindicationen verfolgt werden, sind ohne Besitz auf der anderen Seite nicht denkbar, erneuern sich (von den accessiones possessionum abgesehen) mit jedem neuen Besitze, und können also nur verjähren, wenn binnen der Verjährungszeit ein den Anspruch erneuernder Besitzeswechsel nicht eintritt — longa possessio zu Stande kommt. So ist denn diese longi temporis praescriptio nicht nur longae possessionis, sondern auch diuturni silentii praescriptio geheißen[10]). Allein weiterhin fordert unsere praescriptio nicht nur langen Besitz, sondern b. f. possessionem wie die usucapio[11]), und

---

5) Unterholzner, a. a. O. §. 10, besonders Anm. 40 zu l. D. h. t. 44, 3 S. 39. Böcking, Inst. d. h. Privr. §. 136 §. 6.

6) Gai. 4, 46; s. unten §. 154. Anm. 1, 2, und vgl. Puchta a. a. O.

7) Isocrates Archidamus §. 9: *Ἀλλα μὴν οὐδ' ἐχειν' ὑμᾶς λέληθεν, ὅτι τὰς κτήσεις καὶ τὰς ἰδίας καὶ τὰς κοινάς, ἂν ἐπιγένηται πολὺς χρόνος, κυρίας καὶ πατρῴας ἅπαντες εἶναι νομίζουσι.*

8) longae possessionis praescriptio z. B. in l. 3 l. 12 D. h. t. 44, 3 l. 76 §. 1 D. c. e. 18, 1 — diutinae possessionis praescr. l. 9. D. h. t.

9) Demelius a. a. O. S. 83. — „Daß es der Besitz und nicht die Unthätigkeit des Eigenthümers ist, welcher als unmittelbare Ursache des rechtlichen Erfolges anzusehen ist, charakterisirt unser Institut als Erwerb, nimmt ihm den Charakter einer Klagenverjährung" — indessen alsbald Demelius selbst: — „nur die Unthätigkeit des Einen macht den ungestörten Besitz des Anderen möglich."

10) l. l. C. comm. rer. alien. 4, 52 l. 5 C. h. t. 7, 33 l. 1 C. si adv. cred. 7, 36.

11) §. 114 ab init.; justum initium und bona fides: l. 5 pr.

ist nach glaubhafter Nachricht stets von dinglicher Wirkung gewesen [12]).

Unmöglich zwar schuf sie civiles Eigenthum; aber aus einer b. f. possessio, die noch vor Ablauf des longum tempus gegen dritte Besitzer publicianisch oder sonstwie vindicirbar gewesen sein wird, machte sie ein dem Eigenthümer selbst unvindicirbares Besitzesrecht [13]), ein, gegen diesen selbst, in was immer für einer Klageform, vindicirbares Eigenthum [13a]). Aus dem Namen praescriptio läßt sich mehr nicht ableiten, als daß vor dem vindicatorischen Effecte des Institutes der defensorische in Betracht kam. Daß Präscribent hier einer praescriptio, exceptio [14]) bedurfte, während Usucapient blos zu negiren brauchte, wird mit dem incivilen, halb factischen Charakter, sowohl des Rechtes aus welchem gegen den Praescribenten vindicirt, als des Rechtes aus welchem von diesem entgegnet wurde, zusammengehangen haben [14a]). Auch war der Sinn dieser Einrede nicht einseitig der, daß die Klage „verschwiegen", sondern zugleich der, daß die Sache ersessen sei (Anm. 8. 10). Selbst vom Standpunkte der Unterbrechung aus läßt sich l. t. p.

---

l. 11 D. divers. tempp. praescr. et de acc. poss. 44, 3 l. 8 C. pr. 30 v. 40 a. 7, 39. l. unic. §. 3 C. usuc. transf. 7, 31 — bona fide capiat secundum quod exigit l. t. praescriptio l. 2 — 10 C. pr. l. t. 7, 33.

12) l. 8 pr. C. cit. Justinian — posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges si quis eas recte inspexerit, sanciebant.

13) s. die von Schirmer zu Unterh. Bd. 2 S. 80 Anm. 574 a. citirte l. 54 pr. D. evict. 21, 2.

13a) s. l. 12 § 2 D. Publ. 6, 2, ferner die utilis actio post l. t. p. in l. 13 §. 1 D. j. j. 12. 2 und die in l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5; dann die vindicatio für das dominium rei tributariae in fr. Vat. 315. 316 und die nova dominia zu denen die Sachen durch den langen Besitz gelangen: l. 1 C. h. t. 7, 33. Unterholzner, a. a. O. Bd. 2. §. 174. Anm. 573 c. 574. 574. a. Böcking, §. 144 Anm. 22 u. §. 136. S. 26; in Betreff der Worte »si quis eas recte inspexerit« (l. 8 pr. C. pr. 30. v. 40 a. 7, 39) und über die Differenz von Einrede und Negation besonders Dr. E. Grueber, über den Einfluß der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach r. R. München 1875. S. 30 unten — S. 32.

14) z. B. l. 12 D. div. tempp. praescr. 44, 3 l. 5 §. 1 l. 12 D. divv. t. pp. 44, 3.

14a) vgl. Rudorff RG. Bd. 2 §. 31. Anm. 8. Bei unbegründeter Intentio ist der Beklagte schon durch die absolutio gedeckt. Daher gibt es keine . . exceptio usucapionis . . gegen die rei vindicatio. Grueber a. a O. S. indessen l. 30 C. j. d. 5, 12. Arndts Beitr. S. 101.

nicht als Klageverjährung fassen, die Litiscontestation wirkt hier nicht anders als entgegen der Usucapion[15]). Bedenken erregt erst der Umstand, daß, verschieden von der usucapio[16]), l. t. p. auch gegen die Pfandklage geht[17]). Indessen, sollte die longa possessio gegen die Pfandklage lediglich als Klagenverjährung zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers und seiner Successoren, nicht etwa zugleich als Ersitzung der Freiheit zu denken, oder was eins ist, nicht von dinglicher, die Sache selbst und jeden künftigen Besitzer derselben befreiender Wirkung sein, so wäre doch selbst diese Klageverjährung nicht durch bloßen Besitz, sondern durch redlichen Besitz bedingt, also niemals für den Verpfänder selbst und dessen Erben da[18]), mithin die Wirkung eines Zustandes, der an und für sich Ersitzung, und hier nur darum bloße Klagenverjährung wäre, weil das Ding, wogegen sie schützen soll, bloße Klage ist. Wäre aber longi t. p. in der Richtung gegen die Gläubiger von jener dinglichen Wirkung (Ersitzung der Pfandfreiheit)[19]), so hätten wir in der l. t. possessio zweierlei Ersitz-

15) Daß l. 1 C. h. t. 7, 33 Severus u. Antonin und l. 2 C. eod. Diocl. et. Max. nicht blos vom justinianischen (Grueber S. 39), sondern von ihrem eigenen Standpunkte aus von blos relativer Unterbrechung (gegenüber dem Kläger, nicht gegenüber jedem Dritten) durch Litiscontestation reden, und daß durch diese nicht das nachherige Eintreten der l. t. p. selbst, sondern nur das ihres nachtheiligen Effectes gegen den Kläger ausgeschlossen werde, daß die litiscontestatio also gegen l. t. p. von wesentlich derselben Wirkung sei wie gegen die usucapio (§. 100 Anm. 11) zeigen l. 10 C. eod. Diocl. u. Max. und l. 26 C. r. v. 3, 32 iidem. — die beide viel späteren Datums sind als l. 1 C. cit. Nach beiden wird die post litiscontestationem eintretende l t. p. »in praeteritum« aestimirt. Die l. 10 C. a. et ret. p. 7, 32 betrifft wahrscheinlich weder Usucapion noch l. t. p. sondern irgend eine Gerechtsame der „Besitzer" (possidenti — Grundbesitzer) Vgl. z. B. l. 15 §. 3 D qui statisd. cog. 2, 8. — Allerdings wird gewöhnlich angenommen, daß die l. t. p. durch Litiskontestation schlechthin unterbrochen worden sei: z. B. Savigny, Syst. Bd. 6. S. 58 e. Windscheid §. 180 Anm. 7. Siehe dagegen Schirmers Note zu Unterholzner Bd. 1. S. 450**). Donellus, comm. j. c. V. c. 21 §. 26. Vergl. unten §. 163.

16) l. 44 §, 5 D. usurp. 41, 3 l. 1 § 2 D. pign. 20, 1 22 pr. D. pro her. 41, 5 l. 7 C. pign. 8, 14.

17) l. 1 l. 2 C. si adversus creditores praescriptio opponatur 7, 39 l. 5 §. 1 l. 12 D. divv tempp. pp. 44, 3 l. 7 l. 14 C. o. et a. 4, 10 l. 19 C. evict. 8, 45 l. 8 pr. C. praescr. 30 v. a. 7, 39.

18) l. 1 l. 2 C. h. t. 7, 36 l. 5 §. 1 D. divv. tt pp. 44, 3. Unterholzner, Bd. 2 S 268. Anm. 707.

19) wie Unterholzner §. 249 mit den Worten annimmt „in dieser Ausschließung der Ansprüche liegt der Wirkung nach eine Aufhebung des Pfandrechts" — u. auch Schirmer***) anzunehmen scheint. l. 8 § 1

ungen: eine gegenüber dem Eigenthümer, eine andere gegenüber den Gläubigern. Daß zu dieser letzteren sich nur die longi temporis praescriptio, nicht die rasch erfolgende usucapio ausgebildet hätte, wäre nicht befremdlicher, als daß wir für Servituten nachmals eine 10 u. 20 jährige Ersitzung finden, eine 1 oder 2 jährige nicht. Der Umstand, daß aus der l. t. p. die spätere Klageverjährung herausgewachsen ist, hat wohl am meisten zu der weitverbreiteten Vorstellung beigetragen, daß die l. t. p. überhaupt und ursprünglich Klageverjährung gewesen sei.

Hat es demnach Grund, schon die vorjustinianische l. t. p. als Ersitzung zu denken, so werden wir nur um so sicherer das aus der l. unica C. de usucapione transformanda 7, 31 durch Ausgleichung der usucapio u. l. t. p. hervorgegangene Institut durchweg als Ersitzung auffassen dürfen. Was aber die longissimi (30 vel 40 annorum) temporis praescriptio anlangt, so scheint es zwar richtiger, daß selbst diese Einrede in ihrer angestammten Richtung (gegen in rem actiones), trotzdem sie bloßen Besitz voraussetzte, als Ersitzung zu denken sei; man abstrahirte vom justum initium nicht um auch dem grundlosen Besitz etwas zu gewähren, und um dafür die praescriptio zu schwächen, sondern weil die 30 u. 40 Jahre als vetustas galten, und diese den mangelnden Titel ersetzte[20]). Allein nachdem diese praescriptio auf persönliche Klagen erstreckt und daraufhin der Begriff der (s. g. Theodosianischen) Klageverjährung entwickelt ward (§. 114), traf Justinian in der bisher einigen 30 v. 40 a. praescriptio die Unterscheidung titulirten und untitulirten Besitzes, und schlug letztern zur Klagenverjährung, so daß nurmehr der titulirte 30 oder 40 jährige Besitz Ersitzung blieb[21]). Im Vergleich mit der 3, 10 oder 20 jährigen Ersitzung hat man jene mit Recht „außerordentliche Ersitzung" genannt[22]).

C. pr. 30 v. 40 a. 7, 39 setzt allerdings eine bloße Klagenverjährung; allein blos angesichts der praescriptio triginta v. 40 a. und des Falles da Praescribent in mala fide war.

20) s. l. 2 l. 6 C. h. t. 7, 39 Symmachus, epist. V. 52 — 30 a. diebus incanuit aetas; nunc procurator inveterata jura supplicationibus quatit; non possessionis antiquitatem sinet inconcussam manere — und dazu Demelius, a. a. O. S. 86 fg.

21) l. 8 § 1 C. h. t. 7, 39.

22) Göschen, Vorll. über d. gem. Civilr. §. 252. „Man pflegt

Da nach kanonischem Rechte dem malae fidei possessor die praescriptio auch nicht einmal in ihrer blos verjährenden Wirkung mehr zukommen soll[23]), gibt es gegen dingliche Klagen überhaupt keine bloße Verjährung mehr[24]).

Verschieden nun aber von dieser Frage nach dem Charakter der justinianischen Usucapionen und Praescriptionen ist die Frage, ob aus der l. unica C. de usucapione transformanda, auch abgesehen von der 30 v. 40 annorum praescriptio, in der That nur Ein Institut hervorgegangen, oder ob so wie sprachlich auch jetzt noch sachlich zwischen „usucapio" als der dreijährigen Ersitzung der Mobilien, und „longi temporis possessio" „longo tempore capio, praescriptio" als der 10 oder 20 jährigen Ersitzung von Immobilien unterschieden sei[25]), — und ferner die Frage, ob wenn beide zusammen nur mehr als Eine Ersitzung zu betrachten sein sollten, überall das Recht der alten l. t. p., oder das der alten usucapio zur Anwendung zu kommen habe? Allem Anschein nach hat aber Justinian l. in der l. unica cit. denn doch ein einheitliches Institut beabsichtigt — eine Ersitzung nämlich, welche (wie die alte usucapio) zwar je nach den Sachen von verschiedener Frist, allein (wie die alte usucapio) gleichwohl Eine Ersitzung sein sollte[26]); irgend eine Bestimmung, wo-

heutiges Tages die eine die ordentliche, die andere die außerordentliche zu nennen." Mühlenbruch, Lehrb d. Pandr. 3. Aufl. §. 257. Anm. 13. Puchta, P. Rubriken zu §. 156. 159.

23) c. 5 X. praescr. 2, 6 — quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem m: f, possessorem — c. 20 eod. — ut nulla valent absque b. f. praescriptio.

24) §. 114. Anm. 20.

25) mitunter usucapere, usucapio auch für die 10 u. 20 jährige Ersitzung: pr. §. 12 J. h. t. 2, 6 l. unic. C. transf. usuc. 7, 31; — longi t. possessio z. B. pr. J. h. t. l. 16 D. fundo dot. 23, 5; »per usucapionem vel longum tempus: l. 7 C. her. pet. 2, 31; nec usucapio nec. l. t. praescr. l. 3 §. 3 C. comm. leg. 6, 43 l. 30 C. j. d. 5, 12; wesentlich Begründung dieser getrennten Fortexistenz ist Hameau, die usucapio und l. t. p. 1835.

26) s. l. unica cit. in fine: — cum res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis — Hiegegen zwar Windscheid §. 175 insoferne als er usucapio (jetzt nur mehr für Mobilien) und l. t. p. (nunmehr für alle Immobilien) zwar getrennt nebeneinander stehen läßt; dafür aber derselbe insoferne als ein Unterschied zwischen dem Rechte der usucapio und der l. t. p. auch nach seiner Meinung nicht mehr besteht.

nach die nunmehrige Mobiliarerſitzung in irgend einem Punkte anders zu behandeln wäre als die Immobiliarerſitzung, liegt nicht vor; eine allgemeine Beſtimmung, nach welchem Rechte die Mobiliar- wie die Immobiliarerſitzung in denjenigen Punkten, in welchen die alte usucapio und die alte l. t. p. auseinandergingen[27]), zu behandeln ſei, liegt wiederum nicht vor; nachdem aber ſofort in der l. unica cit. ſelbſt die accessio possessionum von der alten l. t. p. auf die geſammte neue Erſitzung übertragen iſt, dürfte nach dieſem Muſter im allgemeinen das Recht der l. t. p. überwiegen[28]).

§. 155.

Subject.

Eine beſondere Rechtsfähigkeit (commercium juris civilis) verlangte die vorjuſtinianiſche usucapio, als quiritiſche [1]) Erwerbsart; die juſtinianiſche Erſitzung, mit Aufhebung des jus italicum und jus Quiritium zuſammenhängend [2]), ſetzt nurmehr die gemeine Beſitz- und Eigenthumsfähigkeit voraus. Hiernach können denn namentlich Hauskinder uſucapiren, ſicher caſtrenſiſch und quaſicaſtrenſiſch, aber auch adventiciſch, inſoferne wir nicht minder als das Eigenthum auch den Beſitz der Adventizſachen den Kindern zuſchreiben [3]); — desgleichen Pupillen, und zwar ſo, daß ſie den Uſucapionsbeſitz ſowohl ſelbſtändig als auch mit dem Tu-

27) eigens hierüber Hameau, a. a. O. §§. 17–24.

28) So namentlich Donellus comm. j. c. V. 4, und in ausführlicher Erörterung und mit weiteren Gründen Schmid, Handb. I. §. 14 Anm. 3. May, über den Charakter der ord. Erſ. nach der l. un. C. transf. usuc. 1847; — für Uſucapionsrecht: u. A. Unterholzner §. 178. Savigny, Syſt. Bd. 6 S. 57 unten bis S. 59. Bangerow, Leitf. f. §. 316. Anm.; — für Neutralität (Entſcheidung von Fall zu Fall) Arndts P. §. 157. Anm. 6. Grueber, a. a. O. S. 33. 34 u. vordem der V. 1. Aufl. S. 207 unten, zufolge der Meinung als ob l. t. p. nicht von jeher Erſitzung geweſen wäre.

1) Gaj. 2, 65 Ulp. 19, 2. Huſchke, Zeitſchr. f. g. R. W. Band 14. S. 174 b.

2) l. unica Cod. de usuc. transf. 7, 31 Cum nostri animi vigilantia »ex j. q.» nomen sustulerit et communes exceptiones in omni loco valeant etc. cf. C. de nudo j. Q. toll. 7, 25 C. de annali exceptione italici contr. toll. 7, 40.

3) l. 4 §. 1 D. h. t. 41, 3 Filius familias et maxime miles in castris adquisitum usucapiet.

tor, oder durch diesen erwerben[4]), und ähnlich sogar Kinder (infantes), die namentlich auch ohne den Tutor Besitz und Eigenthum erwerben können[5]). Wahnsinnige können in eigener Person keine Ersitzung anfangen, wohl aber die vor dem Wahnsinn, oder die durch den Curator für sie begründete Ersitzung fortsetzen[6]); Gemeinwesen und Stiftungen ersitzen durch ihre Vertreter[7]). Personen, die lediglich für Andere (peculiarisch) besitzen u. also nur alieno nomine den Usucapionsbesitz begründen können, wie vor Alters die Hauskinder, und bis zuletzt die Sclaven[8]), gibt es nicht mehr.

§. 156.

Object.

Im Gegenhalte zu den Sachen, an denen kein commercium, eine Ersitzung also folgeweise unmöglich ist[1]), fragt sich, ob und wieweit etwelche Sachen nicht etwa trotzdem an ihnen Eigenthum möglich und auch zur Zeit begründet ist, also durch besondere Satzung (constitutiv, jure singulari), der Ersitzung entzogen seien[2]). In der That sind aber von jeher und allen Arten der Ersitzung etwelche Sachen aus verschiedenen Gründen und in verschiedenem Umfang entzogen worden, selbstverständlich keine um ihrer blos körperlichen Beschaffenheit willen, sondern die einen vonwegen einer Vitiosität, die ihnen zufolge gewisser an ihnen begangener Frevel rechtlich anklebte; andere privilegienweise, aus Rücksicht auf ihren Herren, nebenher in Consequenz eines Veräußerungsverbotes, oder zum Schutze gegen unfreiwillige Vertretung.

4) l. 4 §. 2 eod.; oben §. 140 Anm. 3 S. 519.

5) §. 55 Anm. 18, 19–22 S. 187.

6) l. 2 §. 3 eod. Furiosus quod ante furorem possidere coepit, usucapit — si ex ea causa possideat ex qua usucapio sequitur; — oben §. 140. Anm. 3. S. 519.

7) l. 1 § ult. l. 2 D. a. v. a. p. 41, 2; §. 140. Anm. 3. S. 519.

8) §. 140. Anm. 2. l. 4 §. 4 l. 8 pr. §. 1 l. 47 D. h. t. 41, 3 l. 2 §. 11 D. pro emt. 41, 4 l. 1 §. 5 D. a. v. a. p. 41, 2.

1) §. 1 J. h. t. 2, 6: — veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam . . possideat. l. 9 D. h. t. — exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatium, item liberis hominibus. vgl. oben §§. 126. 127.

2) l. 4 pr. D. h. t. — ut videamus, quis potest usucapere, et quas res, et quanto tempore cf. §. 5 — §. ult. eod.

Daß Provinzialgrundſtücke der alten usucapio entzogen waren [3]), fand folgeweiſe, dadurch daß ſie ſich extra commercium juris civilis befanden, ſtatt; die Juſtinianiſche Uſucapion iſt aus der Aufhebung dieſes italiſchen Rechtes hervorgegangen [4]).

I. Eine Vitioſität der gedachten Art iſt die Furtivität [5]), d. i. der Umſtand, daß die Sache diebiſch vergriffen [6]), dadurch dem Beſitzer entzogen [7]) und nicht durch Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers wieder „gereiniget" iſt [8]). Specification iſt kein Reinigungsmittel [9]). Dagegen geht der Fehler nicht auch auf die Frucht über [10]); denn ſo wenig als der partus [11]) iſt der fructus (editus) ein Theil der Sache. Allein woferne dieſelbe mit irgend einem Stadium ihres Daſeins (Pendenz, Conception, Separation) in den Beſitz des Diebes oder ſeines Erben zurückreicht, iſt auch ſie furtiv [12]).

---

3) Gaj. 2, 46.

4) l. un. C. de usuc. transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. 7, 31 — ut sit omnibus rebus et locis similis ordo — l. 1 pr. C. de annali exceptione italici contractus tollenda — pr. J. h. t. — his modis non solum in Jtalia sed etiam in omni terra quae nostro imperio gubernantur . . dominia . . . acquirantur.

5) Gaj. 2, 45 Quod . . vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tab. prohibitam esse. Wie darnach Gell. 17, 7: Legis veteris Atiniae verba sunt: Quod subreptum erit ejus rei aeterna auctoritas esto — und l. 33 pr. D. h. t.? vgl. unten Anm. 8. Stintzing a. a. O. u. die dort Agſſ.

6) l. 21 pr. D. furt. 47, 2 — qui ex acervo frumenti medium sustulit . . . totius acervi furem esse — §. ult. eod.

7) ſ. das ablatum im Gegenhalte zum furem esse in l. 21 pr. cit.

8) l. 24 §. 1 D. h. t. (41, 3) — si vitium purgatum fuerit — l. 4 §. 6 eod. Quod . . dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus cui subrepta est revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique cui subreptum est. — Rückkehr in die Gewalt: l. 4 §. 6 — §. 14 eod. beſonders: non in ejus utique cui subreptum est (cit); si scivi (subreptum esse), exigimus ut redisse sciam in meam potestatem (§. 8); cum possessionem nactus sit juste, ut avelli non possit, sed et tanquam suae rei (§. 12); etsi . . litis aestimationem accepero, licet corporaliter ejus non sim nactus possessionem (§. 13).

9) l. 4 §. 20 D. h. t. ſ. oben §. 149 Anm. 34.

10) arg. l. 4 §. 15—18; §. 19 l. 10 §. 2 l. 33 pr. eod. l. 48 §. 5 §. 6 D. furt. 47, 2.

11) l. 10 §. 2 cit. «nec enim esse partum rei furtivae partem.»

12) Gegen das conceperit et pepererit in l. 4 §. 15 §. 17 und Marcellus in l. 10 §. 2 eod. vgl. das »si apud eum (b. f. emtorem)

Der Furtivität zunächst steht die Vergewaltigung [13]), insoferne sie der fremden Sache widerfährt, nicht blos Besitzverdrängung, sondern auch Vorenthaltung des Besitzes [14]), und nicht etwa dadurch, daß sie an Mobilien platzgreift, Furtivität selbst ist [15]). Auch diese Vitiosität wird durch Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers aufgehoben [16]).

Diese beiden Vitiositäten gelten unbedenklich ebensowohl für die justinianische ordentliche Ersitzung, als für die alte usucapio [17]); für ihre Erstreckung auch auf die 30 u. 40jährige Ersitzung spricht kein ausdrückliches Zeugniß; im Sinne des Gesetzes dagegen liegt, daß eine Besitzentziehung, gegen welche dem Eigenthum „ewige Auctorität" vorbehalten war, dieser auch durch die verlängerte Ersitzung nicht Abbruch thun sollte [18]). Damit daß die 30 und 40 j. Verjährung allen Klagen ohne Ausnahme gelten sollte (S. 397), ist nicht gesagt daß auch die spätere 30 oder 40 jährige Ersitzung an allen Sachen platzgreifen müße.

Eine Vitiosität ohne Diebstahl und Gewalt ist zuletzt noch für Immobilien für den Fall begründet worden, daß ein malae fidei possessor dieselben an Dritte veräußert, ohne daß der Eigenthümer davon weiß: ob er nun nicht weiß, daß diese Sachen

---

conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat» in l. 33 pr. eod. und l. 48 §. 5 D. furt. cit. Ancilla si subripiatur praegnans, vel apud furem conceperit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud b. f. emtorem — Idem et in pecudibus servandum est et in foetu eorum quod in partu. Abweichend Scaevola in l. 10 §. 2 cit. Huschke, Gießner Zeitschr. Bd. 20. S. 262. S. 269.

13) Gegen Gaj. 2, 45 (Anm. 5) — per legem XII. tab. f, §. 2 J. h. t. — vi possessarum lex Julia et Plautia — desgleichen l. 33 §. 2 D. h. t.

14) l. 4 §. 22 D. h. t. — vi possessum — l. 33 §. 2 eod. — lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi possessa essent, non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset.

15) vgl. l. 1 pr. D. vi bon. rapt. 47, 8.

16) l. 24 in f. D. h. t. arg. l. 33 § 2 cit. — etiam antequam in potestatem domini redeat.

17) §. 2 J. h. t. — nec si praedicto longo tempore b. f. possessae fuerint.

18) Vgl. d. Karolina V. §. 109 und dazu Puchta P. §. 159 not. e.

ſein, oder daß ſie bei dieſem Beſitzer ſeien [19]). Allein dieſe Vitioſität ſchließt nur die ordentliche Erſitzung aus [20]).

Die Vitioſität aus der **lex Julia repetundarum** [21]) ſcheint nicht in Uebung zu ſein [22]).

II. Privilegienweiſe [23]) ſind

1. nur der ordentlichen Erſitzung entzogen Sachen des Fiskus [24]). Beſtehen ſie in ledigen Gütern, ſo gilt das Privileg erſt nach erfolgter Anzeige [24a]). Unter den Fiskalſachen werden wir auch das der ordentlichen Erſitzung entzogene Vectigalland [25]) zu denken haben; vectigaliſche Häuſer ſind blos in der Richtung gegen den Zinsmann und zu vektigaliſchem Rechte [26]), Vectigalland der Municipien iſt auch gegen das Municipium erſitzbar [27]). Wird den Käufern ꝛc. nicht nur fürſtlicher, ſondern auch ſtädtiſcher und kirchlicher Emphyteuſen longi t. p. verſagt [28]), ſo ſcheint an Erſitzung nur der Emphyteuſe, nicht des Eigenthums gedacht, und überdies Außerachtlaſſung der für derlei Käufe beſtandenen Vorſchriften vorausgeſetzt zu ſein [29]); — des Regenten [30]); — der Minderjährigen [31]), obwohl die alte usucapio

19) Nov. 119 c. 7 Auth. zu l. 1 C. pr. 10 v. 20. a. 7, 33.

20) — non aliter hunc excludi nisi per tricennalem praescriptionem — l. cit.

21) l. 8 pr. D. h. t. 48, 11.

22) vgl. Seuffert, §. 134. Hinwider Sell, dingl. R.R. I. §. 34. S. 173.

23) ſ. z. B. l. 8 in fin. C. quib. non obj. l. t. p. 7. 35 l. 5 C. in q. c. i. i. r. n. n. e. 2, 41 ab init.

24) §. 9 J. l. 18 l. 24 §. 1 D. h. t.

24a) §. 9 u. l. 18 cit.

25) l. 12 §. 2 D. Publ. 6, 2.

26) l. 15 §. 26 D. damn. inf. 39, 2.

27) l. 15 §. 27 eod. Paul. R. S. V. 2, 4.

28) l. 2 C. ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis p. submoveatur 7, 38. a. 387 — nulla longi t. praescriptione officiente jubemus restitui.

29) — ab his qui perperam et contra leges eas detinent — ita ut nec pretium quidem iniquis comparatoribus reposcere liceat. l. cit.

30) l. 3 C. h. t. 7, 38 — Rescripta . . obreptionibus impetrata cum praescriptione l. t. . . . auctoritas tua submovebit — arg. l. 3 C. praescr. 30 v. 40 a. 7, 39 — pupillari aetate duntaxat . . . huic eximenda sanctioni — l. 4 eod. — 40 annorum curriculis proculdubio sopiatur. — Eine nicht hieher gehörige, jedenfalls antiquirte Singularität l. 1 D. h. t. cf. l. 5 C. pr. 30. v. a. 7, 39.

31) l. 3 C. quibus non objicitur longi t. praescriptio 7, 35 —

selbst gegen Pupillen platzgegriffen hatte, freilich mit Vorbehalt der i. i. restitutio [32]); — der Soldaten im Felde (in expeditionibus) [33]).

2. Sachen der Kirchen und religiösen Anstalten sind selbst der 30jährigen Ersitzung entzogen, dagegen der 40jährigen unterworfen [34]) — kraft eines Privilegs, das ursprünglich nur den Forderungs- und Hypothekarklagen galt [35]). Die vom canonischen Rechte der römischen Kirche geretteten 100 Jahre müssen ebensowohl auf Ersitzung als Verjährung bezogen werden [36]); —

3. aller Ersitzung entzogen, sind Sachen der Pupillen [37]).

III. In Consequenz eines (perfecten) Veräußerungsverbotes [38]) sind insolange als das Veräußerungsverbot besteht, mithin allenfalls auch der Ersitzung von 30 u. 40 J. entzogen:

Dotalgrundstücke bis zu dem Augenblicke, da das Rückforderungs- oder Vindicationsrecht seitens der Frau in Kraft tritt [39]); gegen Ersitzungen, die zur Zeit der Dosbestellung schon gegründet waren, gilt diese Folge des Veräußerungsverbotes billigerweise nicht [40]); —

die von dem justinianischen Veräußerungsverbote betroffenen vermachten Sachen [41]).

id temporis, quod in minore aetate transmissum est, l. t. praescriptione non imputari — 4, 29 l. 5 C. in q. causis i. i. r. necessaria non est 2, 41 — temporales praescriptiones adversus minores . . . ipso jure non currere . . videlicet exceptionibus 30 vel 40. a. in suo statu remanentibus. Justinian.

32) l. 4 §. 24 D. exc. dol. 44, 4 arg. l. 2 D. quod falso tut. 27, 5 l. 3 C. si adv. usuc. i. i. r. 2, 36.

33) l. 1 l. 8 C. quib. non obj. l. t. p. 7, 35.

34) Nov. 131. c. 11.

35) Nov. 111 c. 1. vgl. oben §. 114. Anm. 10—12.

36) s. die §. 114 Anm. 11 citt. Stellen.

37) l. 3 C. praescr. 30 v. a. 7, 39 s. oben Anm. 30.

38) l. 28 D. v. 5 50, 16 Alienationis verbum etiam usucapionem continet —; l. 12 §. 4 cf. l. 9 §. 5 D. Publ. 6, 2.

39) l. 16 D. de fundo dotali 23, 5 — licet lex Julia quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujus modi acquisitionem (per l. t. possessionem, aber auch per 30 v. 40 a. p); l. 30 C. j. d. 5, 12. — Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem introducta, sive per 10 v. 20 annorum curricula, sive ex alio quocunque tempore majore vel minore sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere etc.

40) l. 16 cit.

41) l. 3 §. 3 C. comm. legat. 6, 43.

IV. Zum Theil noch in Consequenz von Veräußerungsverboten, überall aber auch gegen den Schaden aus unfreiwilliger oder rechtlich nothwendiger Vertretung sind wiederum insolange diese Vertretung dauert aller Ersitzung entzogen:

das der väterlichen Gewalt unterstellte Muttergut der Kinder [42]), folgerecht später alles was sie für sich erwerben und der Hausvater in Niesbrauch und Administration hat [43]), — so lange er es in Administration hat; —

die beweglichen Dotalsachen, insolange das Eigenthum der Frau von dem des Mannes verdeckt ist [44]).

V. In Grenzstreitigkeiten ist nurmehr Berufung auf außerordentliche Ersitzung, diese aber ohne Unterscheidung der Breite des streitigen Landes (finis, locus) zugelassen [45]).

VI. Trotzdem der Gedanke an das Vindicationsrecht des Eigenthümers und seine Versäumung auch in die alte usucapio hineinspielt [46]), finden wir deren Eintritt doch unabhängig von den factischen und rechtlichen Hindernissen, die der rechtzeitigen Anstellung der Vindication begegnen können [47]); der darin liegenden Härte steuert i. i. restitutio [48]). Selbst temporis praescriptio nimmt nicht grundsätzlich auf Klagshinderniße Rücksicht; bei den temporales actiones mußte diese Rücksicht ausdrücklich (edictaliter) vorgeschrieben werden [49]); der an sich naheliegende Gedanke, lieber vornherein nicht verjähren zu lassen, anstatt nach-

42) l. 1 C. bon. mat. 6, 60 l. 4 C. bon. quae lib. 6, 61.

43) l. 1 §. 2 C. ann. exc. 7. 40 — nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere possunt i. e postquam manu paterna vel ejus cujus in potestate erant constituti, fuerint liberati.

44) l. 30 C. j. d. 5, 12 — non enim, quod legum subtilitate transitus earum in matrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.

45) l. 6 C. fin. reg. 3, 39.

46) s. oben §. 153 Anm. 2.

47) Gegen die angebliche Ausnahme des tignum junctum (Savigny, Bes. §. 22. Vangerow, §. 317 Anm. A. Nr. 9. Arndts, §. 162 a. E. Windscheid, §. 175 a. 2) s. einmal l. 23 §. 7 D. r. v. 6, 1 — nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fit — dann oben §. 135 Anm. 11—22.

48) s. oben §. 116. Anm. 7; §. 117. Anm. 6; §. 118. Anm. 22—24; §. 118.

49) s. oben §. 113 Anm. 16.

träglich i. i. r. zu gewähren, kommt nur ausnahmsweise, und zwar als Privileg der Unmündigen und Minderjährigen [50]), für letztere nur beschränkt [51]), zu Geltung und Ausdruck; ob wir demselben auch die zu Gunsten der Hauskinder statuirte Ausnahme (Anm. 42) zuschreiben dürfen, hängt davon ab, ob ihnen i. i. restitutio gegen die väterliche Verwaltung zustund [52]); der den Gläubigern aus Anlaß des Beneficium Inventarii und der Quinquenellen verwilligte Zeitnachlaß [53]) liegt außer dem Bereiche der Ersitzung. Nach römischem Rechte würden also nur die Ausnahmen zu Gunsten der Unmündigen, Minderjährigen und Hauskinder hieher zu beziehen sein, wenn nicht der Gesichtspunkt des Privilegs vor dem der Verhinderung maßgebend gewesen sein sollte; nach canonischem Rechte dagegen fallen die gegen alle Ersitzung wie gegen alle Verjährung verordneten Ausnahmen des tempus hostilitatis und der tempora schismatum [54]) zwar entschieden unter den Gesichtspunkt der Klageverhinderung, können aber heutzutage nur noch insoweit als geltend betrachtet werden, als aus Anläßen dieser Art die Klagestellung factisch unmöglich würde [55]). Die Regel „agere non valenti non currit praescriptio" hat nur für die temporales actiones oder für Hindernisse von singularrechtlicher Art Grund [56]).

50) s. oben II. Anm. 34. 37.; l. 5 C. in q. c. i. i. r. nec. non est 2, 41. Sancimus favore imperfectae aetatis — cf. l. 2 eod. Oben §. 114 Anm. 36.

51) l. 5 cit. — videlicet exceptionibus 30 v. 40. a. in suo statu remanentibus.

52) s. oben §. 118. S. 417 zwischen Anm. 13 u. 14.

53) s. die §. 114. Anm. 36 excerpirten l. 22 §. 1 C. jure delib. 6, 30 und l. ult. C. qui bon. ced. 7, 71.

54) s. §. 114. Anm. 36. a. E.

55) vgl. l. 1 D. div. tempp. pp. 44, 3. — Illud utique neminem fugit, „experiundi potestatem non habere" eum qui Praetoris copiam non habuit. —

56) vgl. oben §. 114 S. 404 Anm. 40.

§. 157.

Grundlage.

Grundlage jedweder Besitzung ist bonae fidei possessio [1]). Diese selbst beruht nach justinianischem Rechte nurmehr darauf [2]), daß ihr Inhaber den Besitz aus einem Eigenthumserwerbsgrund erlangt, das Eigenthum selbst aber mangels Eigenthums oder Dispositionsrechtes auf Seite des Tradenten, Derelinquenten, Erblassers oder Vermächtnißgebers, sagen wir mit Einem Worte: mangels Auctorrechtes — nicht erworben, von diesem Mangel auf Seite des Auctors jedoch nichts gewußt hat (bona fides) [3]).

Eine und dieselbe b. f. possessio ist Grundlage jedweder Ersitzung. Lehrt man mit seltener Uebereinstimmung, daß die zur außerordentlichen Ersitzung erforderliche b. f. possessio eine andere, und zwar weniger sei als die sonstige, daß die außerordentliche Ersitzung auf Grund bloß des guten Glaubens (bona fides) möglich, oder, was eins ist, daß die b. f. possessio hier gutgläubiger Besitz ohne Titel sei [4]), so beruht dies auf Buchstaben-Interpretation [5]), und leiden darunter gleichmäßig Begriff und Sache. Bona fides sine titulo (wenigstens putativo) ist ein undenkbares Ding. Wie will man z. B. das nescire rem alienam venditam esse ohne den Kauf denken? [6]) Die Sachen

1) §. 152 Anm. 4—10.

2) s. oben §. 152 Anm. 11—16.

3) vgl. l. 107 D. v. s. 50, 16; zum „Autorrecht" Stintzing a. a. O. S. 57.

4) So schon die Glosse zu l. 8 §. 1 C. h. t. 7, 39 und Gratian zu c. 15 C. 16 qu. 3. Für uns ist nur Unterholzner §. 104 vgl. §. 187 S. 107, Herrmann, Beiträge z. L. vom Irrthum, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 4 S. 377. Ullmann de vi ac natura erroris in usuc. et praescr. §. 10 p. 43—48.

5) ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit (l. 8 §. 1 C. h. t. 7, 39) — wozu Justinians Ausdrucksweise bei Neugestaltung der ordentlichen Ersitzung in l. unica pr. §. 2 §. 3 C. usuc. transf. 7, 25 — besonders §. 3: hoc tantummodo observando ut bona fide capiat —; ferner bona fide tenere = bona fide possidere (z. B. l. unica §. 2 cit.), bona f. possidere aber = b. f. possessio, welche den titulus so wenig ausschließt wie z. B. die bona fide accepta possessio Diocletians in l. 2 C. pr. l. t. p. 7, 33.

6) Das von Böcking P. §. 149 Anm. 7 allegirte sine titulo der 40 j. praescriptio in l. 14 C. fund. patr. 11, 61 ist = sine bona fide.

aber, welche nach dieser Lehre der außerordentlichen Ersitzung unterliegen, sind zweierlei: die gemeinen (wenn es zur ord. Ersitzung nur am Titel fehlt), und die privilegirten, die da favore imperfectae aetatis, venerabilium locorum u. s. f. der ordentlichen Ersitzung trotzdem es am Titel nicht fehlt, entzogen sind (§. 155 II.). Für die gemeinen Sachen nun wäre ein Nachlaß sonstiger Erfordernisse gegen Erstreckung der Zeit immerhin denkbar; die privilegirten Sachen aber durch Erstreckung der Zeit zu begünstigen, durch Nachlaß des Titels dagegen hintanzusetzen, wäre sinnlos; privilegium gratuitum und odiosum hätten wir da in Einem Zuge. Hiegegen etwa dadurch zu helfen, daß man für die a. o. Ersitzung der privilegirten Sachen alles (Titel und b. f.), für die gemeinen weniger (b. f. ohne Titel) forderte, geht bei der Ununterschiedlichkeit der Constitution nicht an. Für die a. o. Ersitzung der gemeinen Sachen aber ebenso wie für die privilegirten beides zu fordern ist unthunlich, weil bei gemeinen Sachen, wenn beides vorliegt, schon die ordentliche Ersitzung platzgreift. So bleibt nichts übrig, als die a. o. Ersitzung *als eine Ersitzung lediglich der privilegirten Sachen zu erachten*, und zu glauben, daß Justinian dieselbe zweckentsprechend habe erschweren, mit nichten aber erschweren *und* erleichtern wollen [7]).

Einmal gegründet kann b. f. possessio ohne Besitz fortdauern [8]); allein um Ersitzung zu sein, muß sie die gesetzlich bestimmte Zeit hindurch mit dem Besitze ununterbrochen verbunden bleiben [9]). Nur gilt in Betreff der Ersitzung als selbst besitzend, wessen Besitz als ein „anvertrauter" sich in fremdem Gewahrsam befindet. So wenigstens beim Faustpfand [10]).

In der b. f. possessio ist nach dem eingangs Bemerkten

7) vgl. Herrmann a. a. O. S. 381.

8) s. oben §. 153 S. 595 und vergleiche den bonorum possessor —

9) l. 25 D. h. t. Sine possessione usucapio contingere non potest — l. 3 eod. — per continuationem possessionis temporis lege definiti — Gaj. II, 41 — possidendo usucapere — s. oben §. 153 S. 595.

10) §. 139 Anm. 12. 13 S. 518.

ein gewiſſer Beſitzesgrund (causa possessionis, titulus usucapionis, Beſitztitel), und ein gewiſſer Glaube inbegriffen — zwei Momente der b. f. possessio, von denen wir keines dem anderen unterzuordnen vermögen (§. 158. 160). Nur als Momente der b. f. possessio, nicht als zu dem ad hoc der Uſucapion beliebig auserleſene und mit dem Beſitz zuſammengewürfelte Dinge kommen in folgendem der Beſitztitel und die bona fides zur geſonderten Betrachtung.

§. 158.

Inſonderheit vom Beſitztitel.

Damit es zu bonae fidei possessio und ſo zur Grundlage der Erſitzung komme, muß Beſitz, und zwar Beſitz aus einem gewiſſen Grunde [1]) erworben werden.

Dieſer Beſitzesgrund muß einer von denen ſein, aus welchen traditionsweiſe oder einſeitig Eigenthum erworben wird, und aus welchem auch im concreten Falle Eigenthum übergegangen oder neu begründet worden wäre, wenn es nicht an der Auctorität gefehlt hätte (§. 157 S. 612 §. 11 J. h. t. 2, 6). Ohne einen dieſer Eigenthumserwerbsgründe hat der Beſitz „keinen Grund“ [2]), oder keinen „rechten“ Grund [3]), zählt er nicht zu jenen Beſitzes-„Geſchlechtern“, welche Q. Mucius gegen die unechten und unrechten Poſſeſſionen abgeſchloſſen haben wollte [4]), kann er nicht dieſes Beſitzesrecht ſein, das wenn noch nicht volles Eigenthum, doch bereits von deſſen Art, kann er nicht bonae fidei possessio ſein, die noch mehr als der rechtbegründete Beſitz, aber vor allem dieſer und durch dieſen iſt [5]). Wäre tradirt, Beſitz im eigent-

1) „causa possessionis“ z. B. l. 29. D. h. t. l. 2 §. 1 D. pro emt. 41, 4.

2) z. B. l. 6 C. a. e. r. p. 7, 32.

3) »justam causam« — z. B. l. 33 §. 3 D. h. t. 41, 3 l. 8 C. usuc. pro emt. 7, 26 l. 7. C. a. e. r. p. 7. 32.

4) l. 3 §. 23 D. a. v. a. p. 41, 2 quod autem Q. Mucius inter genera possessionum posuit — und vorher §. 21: Genera autem possessionum tot sunt quod et causae acquirendi ejus quod nostrum non sit, velut pro emtore ꝛc.

5) Vel etiam potest dividi genus possessionis in duas species

lichen Sinne tradirt, allein aus einem der Gründe, aus denen nur Pfandrecht, Prekarium, Sequester entspringt, so würde es an der zur b. f. p. und Usucapion erforderlichen causa possessionis fehlen [6]). Aber wie zur Tradition ein nicht blos der Gattung, sondern ein auch den besonderen Umständen nach „rechter Grund" gefordert wird (§. 150 S. 585), so kann auch hier gegebenen Falles der Besitzesgrund seiner Gattung nach ein Eigenthumserwerbsgrund und insoweit ein „rechter" Grund, unter den besonderen Umständen des Falles dagegen kein Eigenthumserwerbsgrund und darum injusta causa sein [7]). Ueberdies könnte der Grund, aus welchem der Besitz erworben wurde, ein rechter, dagegen die Form oder Art wie Besitzer zu demselben gekommen, eine unerlaubte sein; da wäre denn doch z. B. die Gewalt, mit der man den Besitz erlangt hätte, mit bei dem Grunde aus dem man besitzt, die causa possessionis also gleichwohl injusta [8]).

Bei allem Erforderniß einer justa causa possessionis muß eine gewisse Mangelhaftigkeit des Erwerbgrundes da sein, wenn das Besitzrecht nur b. f. possessio, und die Ersitzung so wie möglich auch nothwendig sein soll [9]). Weil nun aber anstatt eines wirklichen Erwerbgrundes (titulus verus) in der Folge auch ein blos vermeintlicher (s. g. titulus putativus) als ausreichend befunden worden ist (§. 160), mußte fraglich werden, wie weit denn die Mangelhaftigkeit des Erwerbgrundes gehen könne, ja der Gedanke Wurzel fassen, daß dieselbe grenzenlos sei; denn kann der Irrthum, Glaube, den gänzlich fehlenden Titel ersetzen, so

ut possideatur aut bona fide aut non bona fide (l. 3 §. 22 eod.)— wo in dem non bona fide possideri zum Theil echte zum Theil unechte (injusta) possessio, — indem b. f. possessio nur echte aber zudem gutgläubige p. ist.

6) l. 13 pr. D. h. t. 41, 3 vgl. l. 1 C. comm. de usuc. 7, 30.

7) s. z. B. l. 1 §. 2 D. pro donato 43, 6, die illicita venditio in l. 1 C. h. t. 7, 26 (wo freilich furtum concurrirt).

8) So l. 7. C. a. e. r. p. 7, 32, wenn unter dem ingrediens in vacuam possessionem alieni fundi non consentiente domino etwa ein Käufer u. dgl. gedacht werden darf (improba possessio — causam justam possessionis non apisci potuisse —). Vgl. den invasor dominus constitutus in l. 7 C. unde vi 8, 4 und den wegen „Nichteinführung" in den Besitz bekümmerten dominus in l. 2 C. a. e. r. p. 7, 32; besonders aber l. 8 D. pro legato 43, 8.

9) l. 12 §. 8 D. capt. 49, 15 — quod meum jam usucapere me intelligi non potest —

scheint er jede Blöße des wenngleich nichtigen, so doch factisch existenten Titels zudecken zu können. Darnach wäre dann nicht nur unsere Clausel (daß ein abgesehen von dem Auctoritätsrechte vollkommener Eigenthumserwerbsgrund da sein müsse), sondern auch die beliebte gewiß weite Definition von dem „an sich" richtigen Erwerbsgrunde zu eng [10]); selbst mit diesen Clauseln vermöchten wir das Erforderniß eines vollkommenen Erwerbgrundes nur für den Fall festzuhalten, da kein Glaube, kein entschuldbarer Irrthum gegen beliebig weitere Mängel aushilft. Kein Wunder also, daß viele und namhafte Autoren den guten Glauben vor den guten Grund gestellt und deren Verhältniß dahin bestimmt haben, daß vielmehr der gute Grund den mangelnden Glauben ersetzen, als dieser den guten Grund ergänzen müsse [11]); — daß Andere, ein primäres Erforderniß des Titels festhaltend, doch den Unterschied des titulus verus und putativus aufgeben oder zurückstellen, und zur Bemessung des Besitzesgrundes nach einem neuen, außer dem Meinen des Besitzers gelegenen Maßstabe suchen [12]); — oder daß man gewisse Erwerbgründe (Kauf, Zahlung, Schenkung, dos, Vermächtniß) mit dem Erwerbsacte (Tradition, Occupation) in eins zusammenziehend den „Titel" über den Erwerbgrund hinaus auf Tradition und Occupation erstreckt, und so den Titel oder Erwerbgrund von dem Erwerbsact aus vertheidigt [13]).

10) Vgl. darüber vorzüglich Fitting, Wesen des Titels der Ersitzung, Arch. f. civ. Pr. Bd. 51 S. 3 Nr. 2.

11) So seit Stintzings Opposition namentlich noch Windscheid, P. §. 178. Keller, P. 1. Aufl. §. 133.

12) Stintzing, das Wesen von b. fides und titulus, S. 89 „die Unterscheidung eines Putativtitels nicht nothwendig" S. 97 „kein sicheres Kriterium . . . zwischen einem t. verus und p." S. 124 „Es werden Thatsachen verlangt, aus welchen ein Eigenthumserwerb geschlossen werden kann; das Verhältniß dieser Thatsachen nicht zur Meinung des concreten Subjects, sondern zur richterlichen Ueberzeugung ist das Entscheidende." — Aehnlich Schirmer, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 16 S. 3. Doch s. auch dessen Note *) zu Unterholzner, Verj. L. Bd. 1 S. 354.

13) Bernhöft, der Besitztitel im r. R. Halle 1875, aus dessen nicht überall sicher zu fassenden Aeußerungen s. namentlich S. 12 „der Titel ist Inbegriff derjenigen Thatsachen, durch welche der Besitz erworben wird" S. 30 „Wie die Uebergabe, so kann auch die selbständige Besitznahme einen Titel gewähren."

Indessen

1. „gibt es keinen Titel pro tradito, sondern pro emtore“ [14]), d. i. keinen Titel der etwas anderes oder mehr wäre als der Erwerbgrund (§. 159); —

2. folgt das Erforderniß eines wirklichen Erwerbgrundes zur Begründung der Ersitzung nicht erst aus dieser, sondern schon aus dem Begriffe der aller Ersitzung zu Grunde liegenden b. f. possessio; auch folgt es nicht etwa ausschließlich oder vorwiegend aus der in der b. f. p. begriffenen bona fides, sondern aus dem mit dieser „possessio“ ausgesprochenen, eigenthumsartigen Besitzesrechte (§. 160). Der Putativtitel ist denn auch etwas Späteres, Zusätzliches, Utilitarisches, verus und justus titulus nebst bona fides nach allem was wir sehen, etwas primitives (§. 160. 161); —

3. ist der Glaube, trotzdem er uns über jeden Mangel an unserem Erwerbe täuschen, und namentlich in der Ersitzung über den der gänzlichen Nichtexistenz des Geschäftes hinweghelfen kann, doch gerade in der Ersitzung nicht jeden Mangel auszufüllen im Stande [15]), mithin selbst ein Ding, dessen Tragweite zu definiren, kein Princip, nach welchem der Erwerbgrund zu bemessen ist; —

4. lassen sich diejenigen Mängel des Erwerbgrundes, über welche der Glaube (entschuldbare Irrthum) hinweghilft, und deren Heilung wir, weil sie Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes nach sich ziehen, nicht der bona fides (§. 161), sondern dem im Putativtitel waltenden Glauben zuzuschreiben pflegen, wohl sämmtlich auf einen Mangel an Dispositionsrecht [16]), mithin an Aucto-

14) Windscheid, §. 179 Anm. 1.

15) bedenke den Mangel am Objecte (§. 156); ferner am Subject: l. 7 D. pro legato 43, 8. Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is cum quo testamenti factio est; quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur — und vgl. dazu das in persona causam subesse der l. 4 eod.

16) Kauf a furioso: l. 2 §. 16 D. pro emt. 41, 4 l. 13 §. 1 D. usurp. 41, 3 l. 7 §. 2 D. Publ. 6, 2; — a pupillo: l. 2 §. 15 D. pro emt. 41, 4; — Mandatsüberschreitung: l. 7 §. 6 eod.; — Ueberschreitung tutelarischer Gewalt: l. 2 §. 8 §. 9 eod. cf. l. 5 §. 2—6 D. auct. tut. 26, 8; — das non jure legatum in l. 9 D. pro leg. 43, 8 geht leicht auf ein Vindicationslegat an fremder Sache (s. unten §. 159 Anm. 9), das si in nomine erit dubitatio l. 4 eod. geht von der Even-

ritätsrecht, und also auf einen Fehler zurückführen, der bei sonst rechtsbeständigem Geschäft durch bona fides behoben wird [17]). Ohne Gefahr für die Sache und vielleicht im Sinne der römischen Juristen könnte man hier (anstatt von einem rechtlich nichtigen und darum blos putativen) von einem factisch existenten und durch bona fides gedeckten Titel reden [18]).

Nach all dem ist zur b. f. possessio und darnach zur Ersitzung ein Eigenthumserwerbgrund erforderlich, der auch unter den besonderen Umständen des Falles erlaubt, und nur wegen mangelnden Auctorrechtes unvollständig ist, bei gerechtem Irrthum aber auch in der bloßen Meinung (opinione) anstatt in der Wirklichkeit (veritate) bestehen kann (§. 160).

Trotzdem die Ersitzungstitel größtentheils zugleich Traditionstitel sind, auch hier wie dort putative sein können, müssen Tradition und Ersitzung in Betreff des Titels viel mehr auseinandergehalten als paralleliſirt werden [19]). Wo ohne den activen Willen des bisherigen Eigenthümers erworben wird, wie in der Ersitzung, tritt das Erforderniß eines rechtlichen Erwerbgrundes in den Vordergrund und die mangelnde Auctorität bedarf eines möglichst reellen Ersatzes; wo umgekehrt der Wille des bisherigen Eigenthümers vorangeht, wie in der Tradition, kann die causa principiell etwas blos subjectives und von rechtlich secundärer Bedeutung sein (§. 150).

§. 159.

Der Besitzerwerbs*grund*, nicht der Besitzerwerbs*act* (Tradition, einseitige Apprehension) [1]) ist und heißt causa usucapio-

tualität, l. 67 D. j. d. 23, 3 von der Sicherheit totaler Nichtexistenz aus; — wiederum Dispositionsrecht mangelt in l. 3 §. 2 §. 4 D. don. i. v. e. u. 24, 1. vgl. unter §. 161. Anm. 4. 6.

17) l. 109 D. v. s. 50, 16 — aut putavit eum qui vendidit *jus vendendi* habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

18) l. 13 §. 1 D. usurp. 41, 3 Eum qui a furioso *bona fide* emit, usucapere posse constat — womit auch das „ignorans eum furere“ l. 7 §. 2 D. Publ. 6, 2 u. vgl. m. zusammenstimmt.

19) s. dagegen Bernhöft a. a. O. Vorrede.

1) §. 158 Anm. 14. vgl. 13.

nis, ist und heißt zugleich titulus usucapionis [2]), justus titulus [3]) — ein äußeres Zeichen [4]), ohne welches der Besitzer weder als b. f. possessor erkannt, noch zur Usucapion zugelassen wird. Titelartig, wie Wappen oder Firmen, treten in der That die Erwerbsgründe auf, indem man „pro“ emtore, herede, donato, derelicto, legato, dote [5]), soluto [6]), noxae dedito [7]), transacto [8]) besitzen muß, um ersitzen zu können. Diese Titel sind zumeist Traditionsgründe und nur in Verbindung mit Tradition justae causae possessionis; wer pro emtore, donato, legato, soluto, noxae dedito, transacto einseitig, ohne Wissen und Willen des bisherigen Besitzers erwerben wollte, würde vi, clam, darum trotzdem er Eigenthum zu erwerben Grund hat, injustam possessionem haben und nicht usucapiren können [9]). Pro herede dagegen und pro derelicto erwirbt man einseitig. Außerdem kommt ausdrücklich, sogar rubrikmäßig, noch ein titulus „pro suo“ vor [10]), welcher aber einen Grund aus dem besessen

2) z. B. l. 24 C. r. v. 3, 32.

3) z. B. l. 1 pr. D. pro dot. 41, 9.

4) s. die Wörterbücher, u. a. ciconia titulus tepidi temporis (Petron. 55, 6), die Synonymität von titulus und inscriptio — Verwandtschaft mit nomen z. B. legatorum nomine l. 1 D. pro leg. 43, 8 (Lotmar, über causa im r. R. S. 41. Voigt, cond. ob causam §. 19).

5) s. die Titelrubriken 42, 4—9 cf. l. 3 §. 21 D. a. v. a. p. 41, 2.

6) l. 46 D. h. t.

7) l. 3 §. 21 cit.

8) arg. l. 29 D. h. t. l. 8 C. usuc. pro emt. 7, 26.

9) §. 158 Anm. 8. Verkannt bei Bernhöft, indem er den titulus pro legato unter der „selbständigen (einseitigen) Besitznahme“ und nur unter dieser aufführt und behandelt (a. a. O. S. 30. 3. S. dagegen l. 5 D. h. t. 41, 8 Ea res quae legati nomine tradita est ꝛc. l. 6 eod. l. 8 si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatae rei usuc. competit — und Bernhöfts Gewährsmann Fitting, Arch. f. c. P. Bd. 52 S. 29 unten und fg. „— so daß unmittelbar auf Grund jenes Legates ... der Legatar die legirte Sache fordert und der Erbe sie ihm ausantwortet“. Derselbe S. 38. Zu dem Titel pro legato überhaupt Fitting a. a. O. S. 26 Nr. 36—43 und einen Beleg dafür, daß beim Vindicationslegat mangels Eigenthums nicht auf das SC. Ner. gegriffen zu werden brauchte, sondern pro legato usucapirt werden konnte (während es aus dem Damnationslegat zur usuc. pro soluto kam, S. 29 unten) vielleicht in l. 9 D. h. t. 43, 8 — et si non jure legatum relictum — cf. Gaj. 2, 196 »recte« §. 197 »optimo jure« §. 198 »jure civili« — (wogegen Fitting hier an mangelnde Rechtsförmlichkeit denkt — S. 40 Anm. 142).

10) D. pro suo 43, 10.

und usucapirt wird, nicht selbst ausdrückt, es sei nun, daß ein solcher außer oder über dem Erwerbe, außer oder über der Sache liegender Grund nicht vorliegt, und auch nicht vorzuliegen braucht, indem die Sache frei oder gar erst von dem nunmehrigen Besitzer geschaffen [11]) oder nur aus Erweiterung, Vervielfältigung derselben hervorgegangen ist [12]), — oder daß es an einem speciellen „Titel" (Namen) für die specielle causa fehlt [13]), — oder daß in der That keine (wahre) causa vorliegt und der Wille und der Glaube zu eigen zu besitzen, außerordentlicherweise zugleich als Grund des Besitzes gelten soll [14]), oder daß ein wirklicher Grund vorliegt und daß dies der Fall sei, nur im Allgemeinen und durch Nennung der Wirkung und des Glaubens an diese ausgedrückt werden will [15]). Alle diese Titel sind zugleich Eigenthumstitel, bedeuten den Grund aus dem Jemand Eigenthum oder rechten Besitz, bereits volles Eigenthum [16]) oder b. f. possessionem hat; einige aus ihnen können, seitdem es kein quiritisches Eigenthum mehr gibt, sogar nurmehr Eigenthumstitel sein (Anm. 11. 12).

Der Titel pro derelicto zeigt keinen Eigenthumserwerbsgrund, sondern den Grund an, weshalb man im vorliegenden Falle (da res libera ist oder zu sein scheint), keinen Grund braucht — es wäre denn den, daß man will. Soll es der Usucapion bedürfen, so darf Derelinquent nicht der wirkliche Eigenthümer sein [17]); von wem derelinquirt sei, braucht Usucapient nicht zu wissen [18]); dagegen daß derelinquirt sei, muß er wis-

11) l. 3 §. 21 D. a. v. a. p. 41, 2 — pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ab hostibus capimus, vel quae ipsi ut in rerum natura essent, fecimus. —

12) l. 2 D. h. t. 43, 10.

13) z. B. l. 1 §. 2 in fin. §. 4 pro dot. 41, 8 — ante nuptias . . non pro dote usucapit, sed pro suo — l. 67 D. j. d. 23. 3 l. 4 §. 1 und wohl auch §. 2 D. h. t. 41, 10.

14) l. 5 pr. §. 1 D. h. t.; unten §. 160.

15) l. 1 pr. D. h. t. — cum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus ex qua acquiritur et praeterea pro suo.

16) vgl. unten Anm. 38. Fitting, a. a. O. über den tit. pro suo Bd. 51 S. 8 Anm. 9; §. 47 J. r. d. 2, 1.

17) Arg. l. 1 l. 2 l. 5 §. 1 D. h. t.

18) l. 4 eod.

sen [19]); auch muß wirklich derelinquirt sein — der Existenz [20]) und der Art [21]) nach. Daraus, daß hier bloßer Glaube an den Titel nicht ausreicht, läßt sich schließen, daß Occupation außer nach vorgängiger Dereliktion nicht zur Ersitzung führt [22]). Irgend eine Auctorität, wenn auch nur die der Preisgebung, scheint b. f. possessio allenthalben vorauszusetzen.

Außer der Dereliction gibt es noch einige Ersitzungsgründe, welche keine Eigenthumserwerbsgründe sind, hinwider nicht sowohl des Erwerbsgrundes überheben, wie die Dereliction, als das Dasein eines solchen, nach gemeiner Glaubwürdigkeit, verbürgen [23]). Von dieser Art sind der gerichtliche (auf das Dasein des Eigenthums geleistete) Eid, und das richterliche, rechtskräftige (Eigenthum declarirende) Urtheil. Titelmäßig kommen diese Gründe nicht vor; der des Eides aber ist sicher bezeugt [24]), und darnach auch der des Urtheils nicht zu bezweifeln, trotzdem l. 3 §. 1 cf. l. 4 l. 5 D. Publ. 6, 2 nicht dafür anzuziehen sind [25]).

Erbgang ist ein Eigenthums-Erwerbsact und Erwerbsgrund zugleich, ein Grund zur Besitznahme nicht nur von Sachen die wirklich, sondern auch von solchen die scheinbar in den Nachlaß gehören, vorausgesetzt nur, daß dies ein wirklich trügerischer, kein leicht zu behebender Schein ist [26]). Gleichwohl legt der Erbe,

---

19) l. 4 cit. — quod pro derelicto habitum est et haberi putamus. —

20) l. 6 eod. Julian.

21) l. 7 eod. — merces ex nave jactatae ... quia non viderentur derelictae. —

22) S. dagegen Windscheid, P. §. 179 Anm. 5: „Wenn man aus gutem Grunde glaubt, die in Besitz genommene Sache sei eine herrenlose, z. B. vom Eigenthümer derelinquirt". — Vgl. im übrigen Fitting, a. a. O. Bd. 52 S. 24 Nr. 34.

23) So wesentlich Arndts in Betreff des rechtskräftigen Urtheils, Arch. f. civ. P. Bd. 13 Nr. 15 S. 285 und ähnlich trotz scheinbarer Opposition, Windscheid, P. §. 179 a. E.; anders Vangerow, der (§. 320. Anm. 3) im Urtheil einen wirklichen Erwerbsgrund verlangt, und darnach voraussetzt, daß der siegreiche Vindicant den Beklagten für den Eigenthümer gehalten haben müsse.

24) L. 13 §. 1. D. jurej. 12, 2 (Julian).

25) vgl. Scheurl, Beitr. Bd. 2 S. 85. Die Gegner der Ersitzung pro judicato s. bei Vangerow a. a. O., unter ihnen neuerdings Unger, österr. Privr. Bd. 2 §. 132 Nr. 10 a. E. Fitting, a. a. O. Bd. 52 S. 43.

26) Vielleicht nur darauf geht die Differenz von l. 4 C. usuc. pro

trotzdem er in gutem Glauben eine fremde Sache als Nachlaßſache in Beſitz nimmt, nicht überall den Grund zur Erſitzung. Denn wenn ſich bereits der Erblaſſer im Beſitze befand, ſuccedirt der Erbe entweder in usucapionem (§. 162), oder in vitia defuncti [27]). Daß dagegen auch dann, wenn die Sache erſt nach dem Tode des Erblaſſers unter den Nachlaß gerieth, der aus gedachtem Grunde beſitzergreifende Erbe zwar uſucapire, allein nur pro suo, nicht pro herede [28]), will (da denn doch der Erbgang Grund der Beſitzergreifung iſt) [29]), nicht einleuchten [30]), wogegen allerdings nicht verkannt werden kann, daß die pro herede usucapio dieſes Falles nicht die „eigentliche", durch Gajus aufgehellte, nunmehr folgende pro h. u. war [31]). — Eine usucapio pro herede gab es und gibt es nämlich auch ohne vorhergehenden Erbgang, im vorjuſtinianiſchen Rechte ſelbſt für denjenigen, der wiſſend, daß er nicht Erbe ſei, Erbſchaftsſachen noch bevor der Erbe Beſitz ergriffen, in Beſitz nimmt (lucrativa p. h. u. [32]), um ſo mehr alſo für denjenigen, welcher zwar gleichfalls ohne Erbrecht, aber im Glauben Erbe zu ſein, Beſitz ergriff [33]). Dieſer

her. 4, 29 — nec obtentu velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, dominii intentio ullo longi t. spatio absumitur — l. 4 C. pr. l. t. 7, 33 — possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad praescriptionem . . non potest — im Gegenſatze zu l. 3 D. h. t. 41, 5 — Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere — hinaus. Vgl. Huſchke, usuc. pro h., Zeitſchr. f. g. R. W. Bd. 14 S. 185 unten. — Arndts, Rh. Muſ. f. J. Bd. 2 S. 185. Anders Fitting, a. a. O. Bd. 52 S. 255 fgg.

27) l. 11 D. div. temp. pr. 44, 4 — usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. — S. übrigens Fitting, a. a. O. S. 251 — „im juſt. Rechte nicht zu beſtreiten . . ob . . aber von jeher"?

28) Huſchke, a. a. O. S. 182 c. Unterholzner, §. 106 S. 363 und Schirmer daſelbſt *), Seſſ, dingl. Rechte Thl. I. S. 201 Note *)

29) mithin ein verus titulus vorliegt, während Fitting, a. a. O. S. 255 unten bis S. 260 einen Putativtitel annimmt, und die Differenz zwiſchen l. 3 D. pro h. cit. einerſeits und l. 1 l. 4 C. h. t. 7, 29 citt. anderſeits aus der Geſchichte des Putativtitels erklärt.

30) bedenke u. a. l. 1 §. 4 C. pro herede (4, 29).

31) Arndts, rh. Muſ. f. J. Bd. 2. S. 127 „aber man muß nicht dadurch das Eigenthümliche des titulus pro h. beſtimmen wollen", — und ſo auch Fitting, a. a. O. S. 260. Vgl. auch Windſcheid, §. 179 Anm. 3.

32) Gaj. 2, 52—58.

33) l. 33 §. 1 D. usurp. 41, 3. — Si justam causam habuerit

Fall der pro h. u. hatte seine Besonderheiten [34]), vor allen die, daß in Gestalt der einzelnen Sachen nicht blos diese, sondern die Erbschaft selbst und überhaupt usucapirt, Usucapient also nicht blos Eigenthümer, sondern Erbe wurde [35]). Da nun aber, nicht unwahrscheinlich vor dem aufsteigenden Gestirn der bonorum possessio [36]), das dieser pro herede usucapio niederging, und letztere zweifelsohne noch vor Hadrian (olim) die Bedeutung eines Erbschaftserwerbes oder Erbgrundes verloren hatte, pro herede also überall nur einzelne Sachen wie besessen so erworben wurden, so mag eine weitere Beschränkung der usucapio pro herede — Revocabilität durch hereditatis petitio — zunächst auf bloßer Folgerung beruht haben. Wird, wer pro herede usucapirt, nicht Erbe, so besitzt er auch nach der Usucapion aus einem Titel, mit dem er der hereditatis petitio des wirklichen Erben weder ausweichen, noch siegreich begegnen kann; nicht ausweichen: denn er hat keinen Singularerwerbstitel [37]); zwar ist er jetzt Eigenthümer und also pro suo possidens; allein der Grund aus dem er Eigenthümer geworden, bleibt der alte; aus ihm (pro herede) zu besitzen, kann er nicht aufhören [38]); er besitzt aus einem der Titel, die zur Einlassung auf hereditatis petitio zwingen [39]), und

existimandi, se heredem vel bonorum possessorem esse, fundum pro herede possidebit —

34) bei Huschke a. a. O. S. 146. A. systematisch verfolgt. — S. auch Fitting, a. a. O. Nr. 49: res hereditaria l. 3 C. h. t. 7, 29 l. 1 D. h. t. 41, 5; — cujus possessionem heres nondum nactus est: Gaj. 2, 52; 3, 201 l. 29 D. usurp. 41, 3; — testamentifactio des Usucapienten: l. 4 D. h. t. 41, 5; dazu denselben Nr. 51 a. E.; Ausschluß entgegen dem suus heres: l. 2 C. h. t. 7, 29 worüber ausführlicher Huschke S. 167—174 (Gaj. 3, 201 cf. 2, 37, 87).

35) Gaj. 2, 54 — quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi viderentur — weshalb überall uno anno.

36) Huschke, a. a. O. S. 214.

37) worauf l. 4 C. in quib. caus. cessat l. t. p. 7, 34 geht, wenn wie nicht nur möglich ist, sondern nahe liegt, longi t. possessio pro herede vorlag.

38) l. 1 §. 1 D. pro suo 43, 10 — an desinam ex causa emtionis (possidere) post usucapionem dubitatur: et Mauricianus dicitur existimasse non desinere. l. 3 §. 4 D. a. v. a. p. 41, 3 — et pro emtore et pro suo possidet.

39) l. 9 D. her. p. 5, 3

seiner Einrede, daß die Sache nicht mehr hereditarisch sei [40]), widerfährt die Replik, daß er sie ja doch nur als Erbe, mithin nothwendig als hereditarische besitze; — nicht siegreich begegnen: denn wer wirklich Erbe ist, kann von demjenigen der es nicht ist, in hereditatis controversia nicht überwunden werden. Restitution der pro herede usucapirten Sachen war die Folge der Niederlage, Folge der Thatsache, daß man pro herede zwar noch immer fort usucapiren, allein pro herede usucapirend nicht mehr Erbe werden konnte [41]). Indessen scheint der Vordersatz, daß man auch nach der Usucapion nicht aufhöre pro herede zu besitzen, nicht allgemein anerkannt gewesen zu sein [42]), und da mag denn, mehr entscheidend als schaffend, die Revocabilität durch Senatusconsult festgesetzt worden sein [43]). Was dergestalt bezüglich der hereditatis petitio Rechtens wurde, mußte auch für das interdictum quorum bonorum Geltung bekommen [44]). — Wie, wann, warum die lucrativa pro h. u. gänzlich abkam, ist mit Sicherheit nicht zu bestimmen [45]); in den justinianischen Quellen war sie *ohne* den echten Gajus nicht zu entdecken und unentdeckt; *mit* ihm ist sie aus denselben fast nicht zu bannen, und denn auch nur dem Systeme nicht dem Buchstaben der Compilation nach als antiquirt zu erachten [46]). Als Ersitzung des gutgläubigen, sich als

40) vgl. l. 21 D. h. p. 5, 3 — quod usucaptum esset et ideo de heredifate exiit —

41) Eine andere Erklärung, und zwar aus dem SC. Juvencianum, s. bei Arndts, Rh. M. a. a. O. S. 125–148, und Beiträge S. 81–88; ihr folgt Unterholzner, vielmehr Schirmer in der Einschaltung zu Unterh. §. 107 Z. 2 und 3). Manche, wie z. B. Fitting, S. 270 nennen jenes SC. ohne weiteres Juvencianum. S. dagegen Fritz, Erläutt. S. 331 fgg. und bedenke gegen Arndts S. 86, daß es doch etwas anderes ist, durch den zufälligen Umsatz einer *fremden Sache* Eigenthümer werden, oder aber ex instituto (durch Usucapion) Eigenthümer werden.

42) vgl. Arndts, Beiträge, a. a. O. Anm. 158.

43) Gaj. 2, 57 — ex auctoritate D. Hadriani SC. factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo qui rem (pro h.) usuceperit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi atque si usucapta non esset.

44) l. 1 D. quor. bon., 43, 2 — vgl. Arndts, Beitr. S. 88. 2.

45) Arndts datirt von der Aufstellung des crimen expilatae hereditatis unter M. Aurel (Rh. Mus. a. a. O. S. 133), Fitting eher erst aus l. un. §. 3. C. usuc. transf. 7, 31 (S. 271).

46) Huschke, a. a. O. (S. 222–224, vgl. Fitting a. a. O. S. 270; übrigens auch schon Arndts, Beiträge S. 106.

Erben erachtenden Nichterben aber dauert u. p. h. fort (Anm. 33). Daß sie auch als solche der Revocabilität ex SC. Hadriano unterworfen war, kann nach unserer Erklärung keinem Zweifel unterliegen [47]). Eben so wenig konnte sich die longi t. (pro herede) praescriptio derselben entziehen; abgesehen davon, daß diese wohl niemals den Präscribenten zum Erben selber gemacht hat, schützte sie nur gegen in rem actiones, während hereditatis petitio mixta ist [48]). Um so sicherer darf man annehmen, daß die Revocabilität auch nach justinianischem Rechte fortdauert. Zwar ist in diesem auf das Senatusconsultum nirgends Bezug genommen; allein von der longi t. pro herede possessio, welche nunmehr großentheils an Stelle der Usucapion steht, ist ausdrücklich gesagt, daß sie hereditatis petitionem nicht ausschließe (Anm. 48); und daß die usucapio pro herede gegen das interdictum quorum bonorum nichts vermöge (Anm. 44), ein Satz, der sich nur als Wiederholung dessen was für hereditatis petitio gilt, denken läßt — wissen wir nur aus dem Corpus Juris.

Wie mit der longi t. p. mußte es sich mit der longissimi t. (30 v. a.) p. verhalten, so lange diese nur gegen in rem actiones ging (S. 339). Nachdem sie dagegen durch Theodosius II. auch gegen in personam actiones und zwar gegen universales nicht minder als gegen speciales gegeben war (§. 114 Anm. 3), stand ihrer Wirksamkeit auch gegen hereditatis petitio nichts mehr im Wege [49]). Daran konnte der Umstand, daß sie in ihrer Richtung gegen in rem actiones unter Voraussetzung der b. f. possessio

47) ist auch von Arndts Rh. M. S. 133. Beitr. §. 7 und nach ihm von Unterholzner S. 366 fg., ferner von Huschke a. a. O. S. 216—220 angenommen, dagegen von Fritz zu Wening-Ingenheim §. 132 Not. v. v., Savigny, interd. q. b. Verm. Sch. Bd. 2 S. 239 u. A. bekämpft worden, heute jedoch wohl als herrschende Lehre zu betrachten (Vangerow, P. §. 320 Anm. 1, 2. Windscheid, §. 179 Anm. 3).

48) l. 7 C. h. t. 3, 31 Hereditatis petitionem ... praescriptione l. t. non submoveri nemini incognitum est: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat — cf. l. 4 C. in q. c. c. l. t. p. 7, 34 — was Huschke S. 226–228 tiefer zu begründen trachtet.

49) vgl. Unterholzner, §. 107 S. 369 unten.

von Justinian als Ersitzung erklärt oder bestätiget (§. 154) wurde, nichts ändern. Obwohl sie aber entgegen der hereditatis petitio als bloße Klagenverjährung wirkt, darf sie nach kanonischem Rechte doch auch hier von keiner alienae rei conscientia begleitet sein [50]).

So lange die lucrativa pro h. usucapio in Geltung war, mochte mancher, der, vom Erben noch nicht in Besitz genommene, Erbschaftssachen in Detention, unrechtmäßigem Besitz oder aus einem Titel hatte, zufolge dessen er erst nach zwei Jahren usucapirte, dieselben pro herede zu besitzen den Willen fassen. Vornehmlich, wenn nicht einzig hiegegen kam der Satz auf: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (S. 530) [51]). Dieser Satz begegnet uns in den justinianischen Quellen noch mehrfach [52]), wiewohl man nach justinianischem Rechte nicht mehr lucrativ pro herede ersitzen kann und sich also nicht denken läßt, wie man denn überhaupt, der natürlichen Möglichkeit nach, sich jetzt noch justam causam possessionis durch einseitigen Willensentschluß zu verschaffen vermöge [53]). Auf Grund vermeintlichen Erbrechtes ist noch Ersitzung möglich [54]); allein das ist einer

50) §. 114 Anm. 20.

51) Außer auf die lucrativa pro herede u. wird sie auf usureceptio des miethenden Fiduciarschuldners bezogen von Thon, Rhein. Mus. f. J. Bd. 4 S. 109, dem Savigny (Bes. 7. Aufl. S. 86 Anm. 1), Schirmer, zu Unterh. Bd. I. S. 336 u. A. folgen. Eine dritte Verwendung (gegen Erzwingung der hereditatis petitio) s. bei Huschke, a. a. O. S. 197. Indessen „ihre Celebrität verdankte diese Regel gewiß ihrem beschränkenden Einfluß auf die usuc. p. h." (Arndts, a. a. O. S. 128, 4), ihre „eigenthümliche Wichtigkeit hatte sie bei der u. p. h." (Unterh. S. 336).

52) l. 33 §. 1 D. h. t. 41, 3 l. 2 §. 1 D. pro her. 41, 5 l. 18 pr. l. 19 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 22 pr. D. prec. 43, 26 l. 5 C. a. e. r. p. 7, 32. Zu l. 10 D. si pars 5, 4 Rudorff, zu Sav. Bes. S. 597. Huschke, a. a. O. S. 197. Gegen die Beziehung auf den Detentor Baron (Iher. Jahrbb. Bd. 7 S. 155 §. 13, hinwider Rudorff, a. a. O. S. 599.

53) Unterholzner, §. 100 a. E. „Für das just. R. geht aus allen diesen Untersuchungen so viel hervor, daß die Regel nemo sibi etc. im Grunde ganz entbehrlich scheint, weil die lucrativa usucapio, bei welcher sie allein von Wichtigkeit war, ohnehin nicht weiter im Gebrauch ist. Savigny, Bes. S. 85. „Jene Regel hat nun freilich ihre bestimmte Bedeutung seit Hadrian größtentheils und im Just. R. gänzlich verloren."

54) Nicht entgegen l. 1 C. h. t. 7, 29. Cum pro h. u. locum non teneat. — Huschke, a. a. O. S. 184.

von den vielen Fällen, in denen die Regel nemo sibi etc. nicht platzgreift [55]).

§. 160.

Ist die b. f. possessio eine Art Eigenthums [1]), so muß der Usucapionstitel überall ein wirklicher (titulus verus) [2]), kein blos vermeintlicher (s. g. putativus) sein. Denn wie das volle Eigenthum ohne wirklichen Erwerbsgrund nicht aufkommt, so muß auch dieses halbe, bonitarische Eigenthum ohne solchen unmöglich sein. Also mag der gestrenge Celsus [3]) denen, welche bei bloßem Putativtitel usucapiren lassen, einen Denkfehler vorwerfen [4]), und die gemeine Lehre [5]) die richtige gewesen sein. Afrikanus aber hat die gegentheilige Lehre als eine Modification der wahren hingestellt [6]), und als solche ist sie von Justinian recipirt. Bei glaubhaftem Irrthum soll darnach der bloße Putativtitel genügend sein [7]) — und es ist uns überlassen, zu entscheiden, ob damit die Ersitzung aus einer Verwandlung schwächeren Eigenthumes in volles zu einer Verwandlung von Nichteigenthum in Eigenthum gesteigert, oder ob damit der Begriff des schwächeren Eigenthums (der b. f. possessio) selbst gelockert, d. i. ein Nachlaß ihrer Voraussetzungen (des titulus verus) eingetreten sei. Minder sicher

---

55) l. 33 §. 1 D. h. t. 41, 3 und dazu Arndts, a. a. O. S. 128, Anm. 4. Huschke, a. a. O. S. 199 fgg.

1) §. 143 und Festschrift für Arndts Doctorjub.

2) l. 5 C. pr. l. t. 7, 33.

3) Vgl. oben §. 141. Anm. 13. 14.

4) l. 27 D. h. t. — errare eos . . . —

5) l. 11 D. pro emt. 41, 4 Afric. Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere — l. 1 pr. D. don. 41, 6 Paul. — nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet. l. 5 C. pr. l. t. 7, 33 Diocl. §. 11 J. h. t. 2, 6. l. 2 D. pro legato 43, 8 Paul. l. 1 §. 4 D. pro dot. 43, 9. l. 48 D. h. t. 41, 3 in fin. Ulp. l. 6 D. pro derel. 43. 7 Julian.

6) l. 11 cit. Quod vulgo traditum est . . . hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emtor habeat; vgl. Paulus in l. 4 D. pro leg. 43, 8. — Subest justa causa quae sufficit ad usucapionem. — S. übrigens Fitting, a. a. O. Bd. 51 S. 6 Bd. 52 S. 255 fgg.

7) Gegen §. 11 J. h. t. 4, 6 vgl. Anm. 6 l. 5 §. 1 D. pro suo 41, 10 Nerat. — quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est; ein Beispiel in l. 11 cit. l. 9 D. pro legat. 43, 8 Hermog.

wäre ein solcher für die Publiciana zu constatiren [8]), und dafür, daß der Fruchtgewinn bei bloßem Putativtitel platzgreife, gibt es u. W. kein Zeugniß [9]). Auch ist die Zulänglichkeit des Putativtitels bei der Usucapion von seinen Vertretern nicht nur als Modifikation, sondern auch als bloße Opportunitätssache hingestellt [10]). Vom Putativtitel muß übrigens der Irrthum in der Dispositionsbefugniß des Auctors — ein Theil der bona fides — unterschieden werden (vgl. §. 158 Anm. 18).

Umgekehrt kann ein Erwerbsgrund da sein und der Besitzer nichts von ihm wissen. Vorausgesetzt nur, daß hier der Besitzer für sich haben will: daß er den wirklich vorhandenen Erwerbsgrund kenne und an ihn glaube, ist nicht nothwendig; ein „guter Glaube" kann an einen nicht existenten Erwerbsgrund nothwendig sein: der existente Erwerbsgrund gibt einen Ersitzungstitel auch ohne den Glauben an ihn [11]).

§. 161.

Bona fides.

Wer trotz fehlender Auctorität (§. 157 Anm. 3) die Sache dennoch, geflissentlich, für sich in Besitz nimmt, bringt es auch seinerseits zu keiner Auctorität, Ersitzung, Proprietät (§. 153 Anm. 3), er mag nun einen noch so guten Titel, und noch so lange Zeit für sich haben; daß man von diesem Mangel „nichts wisse", oder was eins ist, das Auctorrecht in seiner doppelten Richtung,

8) Gegen l. 7 §. 2 §. 4 l. 5 l. 13 §. 2. D. h. t. 6, 2 s. einstweilen die grundsätzlich redende l. 2 §. 16 D. pro emt. 43, 4.

9) Vgl. §. 35 J. r. d. 2, l. l. 2 D. pro suo 41, 10 Entschieden gegen Putativt. Köppen, Fruchterwerb des b. f. possessor S. 48 und besonders S. 99 S. 106. S. auch Huschke, a. a. O. S. 185. Anm. 42.

10) l. 2 §. 15 §. 16 l. 7 §. 5 D. pro emt. 41, 4. Paul. l. 13 §. 1 l. 12 h. t. 41, 3 l. 5 D. pro suo l. 7 §. 2. § 4. Publ. 6, 2. l. 13 §. 1 D. her. pet. 5, 3. Stintzing, das Wesen ꝛc. S. 70. S. übrigens Fitting S. 257. Anm. 161.

11) l. 2 §. 2 D. pro emt. 41, 4; l. 3 pr. D. pro don. 41, 6 l. 25 D. don. i. v. e. u. 24, 1. In l. 32 §. 1 D. h. t. 41, 3 geht Wissen und Nichtwissen wenigstens zunächst auf die Usucapirbarkeit der Sache. — Vgl. l. 9 §. 4 D. jur. e. f. ign. 22, 6 — plus in re est quam in existimatione mentis — und dazu die verdächtige l. 2 §. 15 D. pro emt. 41, 4 wo schon Cujacius ut hic plus quam in re sit in existimatione statt ut hic plus in re quam i. e. —

als Eigenthum und als Dispositionsrecht vorhanden „meine", ist Grundbedingung der b. f. possessio [1]) und damit der Ersitzung; mit dieser Unkenntniß und diesem Meinen hängt das zweite Moment der b. f. possessio, die bona fides, zusammen.

Auf etwas anderes, mehreres als das Auctorrecht ist diese bona fides [2]) nicht gerichtet; Stellen und Fälle, in denen sie diese Grenze zu überschreiten scheint [3]), führen schließlich — woferne man nur von derjenigen bona fides, welche sich nicht innerhalb der Ersitzung, sondern in sonstigen Geschäften, Klagen, Rechtsmitteln bewegt, absieht — denn doch auf das Dispositionsrecht zurück [4]); namentlich ist es nicht nöthig, sie irgendwo [5]) als Glauben an den Erwerbgrund, d. i. als den Glauben des Putativtitels zu denken; vielmehr läßt sich erhärten, daß da, wo sie nach Lage des Falles dieser letztere Glaube sein könnte, Glaube an das Dispositionsrecht ist [6]).

Daß die bona fides in ihrem auf das Auctorrecht gerichte-

1) l. 109 D. v. s. 50, 16 B. f. emtor esse videtur qui ignoravit rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse cf. l. 27 D. c. e. 18, 1; irreführend zu dem aut Stintzing, S. 61 §. 15 „was ganz dasselbe sagt". Zum jus vendendi s. noch l. 14 l. 7 §. 2 §. 5 §. 6 D. pro emt. 41, 4 l. 13 §. 2 D. Publ. 6, 2. Vat. fr. §. 1 l. 27 D. c. e. 18, 1.

2) Eine Uebersicht ihrer Definitionen, s. bei Bruns, das Wesen der b. fides bei der Ersitzung. Ein practisches Gutachten nebst theoretischem Anhang. Berlin 1872 S. 98.

3) vgl. meine Festschrift, S. 92 fg. Bruns, a. a. O. S. 89. §. 7.

4) auf mangelnde Vollmacht (zur Collusion) l. 7 §. 6 D. pro emt. 41, 4 — auf mangelndes Recht (zu dolosem Verkauf) l. 1 C. si vendito pignore agatur 8, 30 — auf mangelnde tutelarische Auctorität (zum Kaufe des Tutors per interpositam personam) l. 5 §. 3 D. auct. et cons. tut. 26, 8 — auf die (freilich bejahte) Frage nach der Dispositionsbefugniß des nicht interdicirten Verschwenders: l. 8 D. pro emt. 41, 4.

5) namentlich in l. 13 §. 1 D. h. t. 41, 3: Eum qui a furioso bona fide emit usucapere posse constat —

6) Denn die »bona fides« in l. 13 §. 1 cit. ist identisch mit dem „sanae mentis putare," mit dem „ignorans eum furere« in l. 2 §. 16 D. pro emt. 41, 4, — wie bona fide a pupillo emere identisch wäre mit dem puberem esse putare in l. 2 §. 15 eod. — oder wie b. f. a. prodigo identisch mit dem Nichtwissen, daß der Prätor ihn vetuit alienare l. 7 §. 5 eod., Ausdrücke die ihrerseits den Glauben an die Vernünftigkeit, Mündigkeit, Selbständigkeit und damit an die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit bedeuten. — Vgl. übrigens oben §. 158 Anm. 16.

ten Glauben den Erwerbsgrund oder Titel vorausſetzt, nicht erſetzt, bedarf kaum der Erwähnung. Schon der Gedanke an die Auctorſchaft iſt ohne den an den Erwerbgrund oder Titel nicht möglich. Aber nur die logiſch nothwendige Vorausſetzung jenes Glaubens iſt der (wirkliche oder vermeintliche) Titel, nicht die Rechtfertigung desſelben [7]). Zwiſchen dem Titel und dem Glauben an das Auctorrecht beſteht keinerlei Cauſalität [8]). Wie in den Quellen [9]) ſtehen ſie in der Natur der Sache *neben*-, nicht unter-, noch über-einander; zwei Dinge, von denen eines (der gute Glaube) niemals ohne das andere ſein *kann*, dieſes andere (der Titel) aber niemals ohne jenes ſein *darf*, wenn es zu b. f. possessio und Erſitzung kommen ſoll; zwei Faktoren, welche zuſammen die Cauſalität eines Dritten (der b. f. p., Erſitzung), mit nichten dagegen Grund oder Folge untereinander oder für ſich ſind [10]).

Die bona fides iſt wie der Zuſatz bona zeigt, ein moraliſcher, kein ſcientiviſcher, intellektueller Begriff, um eben deswillen mit jenem Nichtwiſſen, Irrthum, Meinen (die da ſcientiviſche Dinge ſind) zwar zuſammenhängend, aber nicht eins. Etwas moraliſches dagegen iſt das *Vertrauen*, das man (activ) auf Andere ſetzt, ſowie die *Vertrauenswürdigkeit* oder der *Verlaß*, den man (paſſiv) Anderen bietet, und in denen beiden die Fides [11]) beſteht. In den (b. f.) contractus iſt ſie beides, activ es und paſſives Vertrauen; hier in b. f. possessione und Erſitzung iſt ſie blos das eine, active Vertrauen, im allgemeinen

---

7) wogegen z. B. *Savigny*, Syſt. B. 3, 371 das Erforderniß des Titels aus dem Bedürfniß der Rechtfertigung des Irrthums (Glaubens) herleitet, und *Windſcheid* §. 178 den „guten Glauben" „auf die Erwerbthatſache ſtützt".

8) *Bruns*, a. a. O. S. 99: „es iſt ein unlogiſcher Gedanke, daß der Titel den Irrthum über die Mängel des Titels rechtfertigen ſoll." Vgl. auch *Stintzing*, a. a. O. S. 59 unten.

9) z. B. l. 2 §. 1 D. pro emt. 41, 4 — qui sciens (nesciens) alienam rem *emit* —

10) *Bruns*, a. a. O. S. 96 §. 9. „Titel und Fides ſind ganz zu trennen."

11) M. *Voigt*, das jus. nat. der Römer, Bd. 4 S. 377—390. *Bruns*, a. a. O. S. 17 §. 6; S. 78 §. 5, wobei jedoch *Bruns* vielleicht etwas zu allgemein auf *Redlichkeit* hinauskommt.

dahin gehend, daß das Geschäft von Bestand sein werde. Dieses Vertrauen kann ebensowohl ein „schlechtes", ein mit der Kenntniß oder Erkennbarkeit mangelnder Auctorität verknüpftes, darum ein mit dem Bewußtsein, der Ahnung oder Vermuthung des Unrechts verknüpftes Vertrauen, Wagniß, — als ein „gutes", ein dem Guten und „unter Guten" ziemendes, nur unersichtliches Unrecht verschuldendes, darum unschuldiges Vertrauen sein. Will man bona fides mit „gutem Glauben" übersetzen, so muß man den Glauben nicht als Meinen, sondern als Vertrauen denken [11a]). Jenes Wissen, Nichtwissen, Meinen, daß der Auctor Eigenthümer, Nichteigenthümer u. s. f. sei, ist nicht selbst Vertrauen, sondern nur die Bedingung, unter welcher dieses gut oder verwerflich ist. Darin liegt es auch, daß nicht schon das Nichtwissen, Meinen als solches, sondern erst eine gewisse Unerkennbarkeit des obwaltenden Unrechts zur bona fides ausreicht. Nur die Vorstellung, als ob das Nichtwissen oder Meinen selbst die Fides sei, kann zu der Behauptung führen, daß wo jenes „einmal vorhanden ist", die bona fides „nicht durch die Art des Irrthums, aus dem sie besteht, sei er noch so unentschuldbar, ausgeschlossen werden kann" [12]). Ist jenes Nichtwissen, Meinen dagegen eine Bedingung, welche zum Vertrauen und zwar zu gutem Vertrauen, Glauben (an die Rechtlichkeit des Geschäftes) führen soll, so darf es kein grober, unentschuldbarer Irrthum sein; denn sonst dürfte das Vertrauen auch ein blindes, ja leichtfertiges anstatt eines guten sein. In Wahrheit darf es aber nicht einmal ein blindes, geschweige denn leichtfertiges sein [13]). Reden die Quellen da wo sie usucapiren lassen, häufig von einem bloßen ignorare, nescire rem alienam esse, putare jus vendendi habere, majorem, sanae mentis esse u. s. f. [14]), so geschieht es nicht, als ob sie den Grundsatz,

11a) z. B. „Du mußt glauben, Du mußt wagen, denn die Götter leih'n kein Pfand" (Schiller, Sehnsucht) —

12) Wächter, die b. f.. insb. bei der Ersitzung des Eigenthums, 1870. §. 15. vgl. §. 14. Unger, österr. Vierteljahrsschrift Bd. I. Nr. 4. Stintzing, a. a. O. S. 65 fgg.

13) l. 3 §. 1 D. de juris et f. ign. 22, 6. Cassius „ignorantiam" Sabinum ita accipiendam existimasse refert: non deperditi et nimium securi hominis.

14) z. B. l. 109 D. v. s. 50, 16 l. 2 §. 15 §. 16 D. pro emt.

daß nicht jedes ignorare ignorantia ſei (Anm. 13) vergäßen oder verließen, ſondern weil ſie ihn als bekannt vorausſetzen. Daß ſie in der Uſucapion nicht minder als anderwärts zwiſchen entſchuldbarem und unentſchuldbarem Irrthum unterſchieden haben wollen, zeigt auch der Umſtand, daß ſie hier nicht minder als anderwärts zwiſchen error facti und error juris unterſcheiden [15]). Auch ſtünde der Berufung auf einen unentſchuldbaren Irrthum hier wie ſonſt ſeine Unerweislichkeit, (daß er nicht „probabilis error" iſt) entgegen [16]). Allerdings braucht Uſucapient bonam fidem nicht zu beweiſen [17]); allein wenn der Gegner Umſtände darthäte, unter welchen Uſucapient nur bei grobem Irrthum „nicht wiſſen" ꝛc. konnte, ſo würde dieſer hingegen nicht aufkommen können.

Aus dem Geſagten erhellt, daß auch der Zweifel am Auctorrechte — vorausgeſetzt nur, daß er in den Umſtänden, nicht in bloßer Scrupuloſität begründet iſt — mit b. fides unvereinbar ſei [18]). —

41, 4; dieſe und viele andere Stellen beſonders verwerthet und ausgeführt von Stintzing, S. 65 unten — S. 72.

15) l. 4 D. juris et f. ign. 22, 6. Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse; facti vero ignorantiam prodesse constat. l. 31 pr. l. 32 §. 1 h. t. 41, 3. l. 2 §. 15 D. pro emt. 41, 4 l. 2 D. j. e. f. i. 22, 6. In omni parte etc. Gegen Wächter, der all das nur für den Putativtitel gelten laſſen will, ſ. Bruns, a. a. O. S. 112 §. 12 §. 13; ferner das „aut scit aut scire debet" in l. 7 §. 2 D. pro emt. 41, 4 und dazu Bruns, a. a. O. S. 96. §. 9; — gegen Stintzing, der a. a. O. S. 65 fg. inſonderheit aus l. 2 §. 17 l. 4 l. 6 §. 1 l. 7 §. 4 D. pro emt. 41, 4 l. 15 §. 3 D. h. t. 41, 3 l. 3 in f. D. pro dot. 41, 9 beweiſen will, daß lediglich nescire u. ſ. f. bona fides ſei, ſ. Scheurl, Beiträge Bd. 2. Nr. 15 §. 16.

16) Vgl. l. 5 §. 1 D. pro suo 41, 10. Bähr, Anerkennung, erſte Aufl. S. 78. „Dieſe innere Annäherung zwiſchen Entſchuldbarkeit und Beweisbarkeit findet einen Ausdruck in der Bezeichnung . . . error probabilis.«

17) Azonis Summa in Cod. usuc. pro emt. 7, 26 §. 19 auf Grund der l. 21 pr. D. prob. 22, 3. Bruns, S. 100 unten.

18) Arg. l. 4 pr. l. 6 §. 1 D. pro emt. 41, 4. Windſcheid, §. 176. Anm. 3. Directer die im Tübinger-Erkenntniß (Metſch) allegirten l. 10 C. a. e. r. p. 7, 32 (— qui . . super jure possessionis vacillet ac dubitet) und l. 30 C. evict. 8, 45, deren Auslegung im Gießner-Erkenntniß und von Wächter S. 40 als eine „gekünſtelte" bezeichnet wird, während es eine Kunſt iſt, aus den zwei Theſen Non . . . alienae rei scientia convincitur, nec opinio ejus ex hoc laeditur eine, und aus dem poſitiven Wiſſen und dem beunruhigten Gewiſſen Eins zu machen.

Der Glaube, daß man Eigenthümer sei, ist eine natürliche Folge der bona fides [19]), nicht diese selbst [20]). Diese natürliche Folge kann, aus Irrthum über sich selbst, oder über die Existenz der causa (§. 160[a] E.) unterbleiben, indeß die bona fides besteht [21]); ihr ist genügt, wenn man sich nur nach außen keines Unrechtes bewußt ist.

Aus gutem Grunde verlangt das römische Recht bonam fidem nur für den Anfang des Besitzes [22]); Fortdauer derselben verlangen erst die Decretalen [23]). Nicht blos am Anfange des Besitzes, sondern auch schon im Augenblicke, da der Besitzerwerbsgrund in's Leben tritt, muß der gute Glaube da sein, wenn der Erwerbsgrund in einem Kaufe besteht [24]). Dies kommt vielleicht von der den Contractsbegriff überbietenden alten imaginaria venditio her [25]), ist nur für den Kauf und mit Ausschluß aller

19) vgl. l. 1 pr. l. 3 D. pro suo 43, 10.

20) wie man lange annahm: Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens §. 4. Savigny, L. vom Besitz S. 104. Puchta, P. §. 157, früher Arndts, P. §. 160. Schmid, Handb. §. 14 Nro. 3. Scheurl, Beitr. II. S. 54. Böcking, Inst. d. h. P. §. 147, vergl. §. 146. Seuffert, §. 136. Dagegen zuerst Stintzing, a. a. O. S. 60, und Scheurl, Beitr. II. S. 29 — 86, und nunmehr Bruns, a. a. O. S. 98: „Die ältere Definition bei uns war, guter Glaube sei der Glaube, Eigenthümer zu sein. Daß dies falsch sei, steht gegenwärtig fest." Vgl. jetzt auch Arndts, §. 160. Anm. 1. E. A. Seuffert zu Seuffert a. a. O. Anm. 8. Windscheid, §. 176. Anm. 5.

21) l. 44 §. 4 D. h. t. 41, 3 — cum b. fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitraretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit (cum patremf. se factum ignoraret) — l. 2 §. 2 D. pro emt. 41, 4. — si extitit (conditio et ignoret).

22) §. 143. I. 5. S. 536.

23) a. a. O. S. 587. Anm. 28.

24) l. 48 D. h. t. — in emtione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur — l. 2 pr. D. pro emt. 41, 4 — et bona fide emisse debet et possessionem bona f. adeptus esse — l. 7 §. 17 D. Publ. 6, 2. Aber l. 10 pr. D. h. t. 41, 3? — utrum emtionis initium . . an traditionis? et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectandum. Gemeiniglich hilft man sich mit einem etiam vor traditionis; darüber und dagegen Ubbelohde, Festschrift zu Roestells Doct. Jub. Marburg 1873: usucapio pro mancipato. S. 13. Anm. 13. — Vgl. auch oben §. 126. Anm. 25.

25) Die verschiedenen Ansichten s. Ubbelohde, a. a. O. S. 11. Ubbelohde selbst geht von dem weiteren Begriffe des emere als eines Veräußerungsgeschäftes (Voigt, jus nat. Bd. 4 §. 12 S. 522 §. 13

anderen Contracte gesetzt [26]), darf also nicht „auf jedes Rechtsgeschäft, in welchem wie im Kauf der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist [27])" geschweige denn auf alle die Fälle ausgedehnt werden, „wo der Titel ein vom Besitzerwerb getrenntes Geschäft ist, wie beim Kauf" [28]).

Findet der Erwerb vermittelst Dritter statt, so kann der Erwerber insoweit als er von dem Erwerb überhaupt nichts zu wissen braucht und nichts weiß, auch keiner bona fides bedürfen [29]); hier ist bona fides seitens der Mittelsperson nothwendig [30]), und weiß der Prinzipal von dem Geschäfte, so muß auch er sie haben [31]), heutigen Tages ohne Unterschied des Anfanges und der Fortsetzung des Besitzes [32]).

§. 162.

Zeit.

Zur Ersitzung ist eine gewisse, gesetzlich bestimmte, Dauer des Besitzes [1]), nach canonischem Rechte dieselbe Dauer auch des guten

---

S. 527 sub 2 c., vgl. mit §. 6 S. 479), und einem Zwiespalte der Sabinianer (l. 10 pr. cit.) und Proculejaner aus.

26) l. 2 pr. cit. — in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus —

27) Windscheid §. 177. 1, worauf auch Bernhöfts „Uebergabeverträge" hinauskommen (Besitztitel S. 22. 2., und am Ende auch Fitting, Arch. f. civ. P. Bd. 52 S. 1 und Anm. 79, so wie Leist, Manc. und Tradition S. 291 hinauskommen muß. Siehe aber die bewußte Auseinanderhaltung von tempus contractus und solutionis in l. 48 cit., sowie die ceteri contractus in l. 2 pr. cit.

28) Puchta, Inst. Bd. 2. §. 239 m. Dagegen l. 15 §. 3 D. h. t. 41, 3. Scheurl, Beitr. a. a. O. §. 44.

29) — ut ignorantes usucapiamus, in peculiaribus tantum rebus receptum est (l. 47 l. 8 pr. D. h. t. 41, 3 l. 1 §. 5 l. 49 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 2 §. 11 D. pro emt. 41,4) — aber auch in tutelarischen (l. 13 §. 1 D. a. r. d. 41, 1) und ähnlichen (l. 1 §. 22 l. 2 D. a. v. a. p. 41, 2)

30) l. 2 §. 12 §. 14 D. pro emt. 41, 4 — quodsi peculiari, tunc mentem servi quaerendam —

31) l. 2 § 13 eod. l. 43 §. 1 D. h. t. 41, 3.

32) anders nach römischem Rechte: l. 2 §. 13 cit., vgl. oben Anm. 23.

1) l. 3 D. h. t, 41, 3 — per continuationem possessionis temporis lege definiti —

Glaubens [2]) nothwendig — eine dreijährige, zehn- oder zwanzigjährige für die ordentliche [3]), eine dreißigjährige, seltener 40jährige für die außerordentliche Ersitzung [4]).

Der Ersitzende braucht nicht die ganze Zeit hindurch selbst besessen zu haben. Denn 1. gibt es, von der alten usucapio her, eine **successio in usucapionem**, vermöge deren die vom Erblasser begonnene und bis zu dessen Tod fortgesetzte Ersitzung für den Fall, daß kein Dritter den Besitz an sich bringt, selbst ohne Besitzergreifung fortgesetzt und vollendet wird, sowohl bei liegender, als angetretener Erbschaft [5]). Daß der Erbe immerhin erst noch in den Besitz kommen müsse [6]), widerstrebt namentlich der l. 6 §. 2 cit. [7]), und wird weder durch die l. 13 §. 4. D. a. v. a. p. 41, 2, die von der accessio possessionis redet [8]), geschweige durch l. 30 §. 5 eod. unterstützt, nach welcher der Erbe nur den Besitz, nicht aber die Usucapion nicht ohne weiteres erwirbt [9]). Fides ist nach r. R. in der Person des in usuca-

2) §. 154. Anm. 23.

3) l. unica C. transf. usuc. 7. 31 — rem mobilem seu se moventem . . . per continuum triennium — im übrigen 10 vel 20 vel 30 annorum . . tempora currant — l. 12 C. pr. l. t. 7, 33: — si uterque domicilium in eadem habeat provincia, causam inter praesentes esse videri, et decennii praescriptione agentem excludi . . . si autem non in eadem provincia, tunc ut inter absentes causam disceptari, et locum esse 20 a. exceptioni — De rebus autem . . nulla erit differentia, sive in eadem provincia sint etc. cf. pr. J. h. t. 2, 6. Ueber den Fall getheilter Anwesenheit oder Abwesenheit Nov. 119 c. 8.

4) s. oben §. 156.

5) l. 30 pr. D. ex q. c. maj, 4, 6 — quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem et plerumque nondum adita hereditate completur — l. 6 §. 2 D. pro emt. 41, 4 — quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen ejus; sed ita hoc si nemo eum possedisset —

6) überhaupt: Unterholzner, a. a. O. §. 133. 2; — wenn die usucapio nicht noch jacente hereditate vollendet ist: Puchta §. 156. — Gegen Beide s. Schirmer, zu Unterh. S. 472 Note *), und vergl. Windscheid, §. 181. Anm. 9.

7) — quamvis . . . possidere eum heres non coepisset, fiet tamen ejus —

8) Jhering, Abhh. N. 3 S. 255.

9) l. 30 §. 5 in f. anstatt quod pro emtore possideo per colonum etiam usucapiet etiam heres meus — lies quod p. e. possideo, per colonum etiam usucapiet heres meus entgegen dem quod per colonum possideo, heres meus . . . non poterit possidere —

pionem succedirenden Erben folgerecht nicht erforderlich [10]), und für den Fall, daß sie dem Erblasser fehlte, demselben auch nicht behilflich [11]); nach canonischem Rechte ist sie erforderlich [12]). Was für die usucapio scheint auch für die longi t. praescriptio gegolten zu haben [13]), und gilt denn auch unbezweifelt für die justinianische Ersitzung, wiewohl Constitutionen und Institutionen die successio in usucapionem und die accessio possessionis nicht auseinanderhalten [14]). Bei der ganzen successio in usucapionem ist übrigens nicht zu vergessen, daß ihr ein Erbgang in die b. f. possessio (als niederes Eigenthum), der keiner Vermittlung durch den gemeinen Besitz bedurfte [15]), zu Grunde liegt. — 2. Aus der temporis praescriptio stammt das Recht des Usucapienten, zu der Zeit seines Besitzes den seines Auctors hinzuzurechnen (accessio possessionis s. temporis) [16]). Im Gegensatze zur successio in u. ist hier der Besitz desjenigen, der schließlich ersitzen soll, die Hauptsache, der des Auctors accessio; darum hier vor allem Besitz des Ersitzenden selbst nothwendig [17]); eine bonae fidei possessio aber muß die accedirende nicht minder sein, als die principale [18]). Nur derjenige Besitz des Auctors, welcher

10) arg. l. 43 pr. D. h. t. 41, 3 §. 12 J. h. t. 2, 6. Oben S. 536. 5.

11) s. g. successio in vitia defuncti: §. 12 J. cit. l. 11 D. divv. tempp. pr. 44, 3 Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit — usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. — Oben §. 159. Anm. 27.

12) s. dagegen Köppen, Erbr. S. 68. Anm. 20.

13) vgl. §. 12 J. h. t. l. 11 cit. in fin.

14) l. unica C. usuc. transf. 7, 31 §. 12 §. 13 J. cit., desgl. auch noch Unterholzner, Bd. I. S. 132—134.

15) vgl. oben S. 595. Scheurl, Beitr. Bd. I. S. 22. 90.

16) Rubr. D. de divv. tt. pr. et accessionibus possessionum. 44, 3. Ausdrückliche Uebertragung auf die neue Ersitzung: l. unica C. usuc. transf. 7, 31 §. 12 §. 13 J. citt.

17) l. 16 D. h. t. 44, 3 Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest — l. 15 §. 1 eod. — nec ei qui non possidet, auctoris possessio accedere potest.

18) l. un. C. transf. usuc. 7, 31 — continuetur ei possessio etiam anterioris justi possessoris — die sonst hiefür z. B. von Unterholzner, Bd. I. S. 479. 483 citirten Stellen gehen auf das int. utrubi (l. 13 §. 13 §. 1 D. a. v. a, p. 41, 2), oder sind zu allgemein (l. 116 pr. D. r. j. 50, 17 l. 37 D. a. e. e. v. 19, 1), oder gehen auf die Mög-

mit dem des Ersitzenden durch keinen Dritten unterbrochen zusammenhängt, wird zugerechnet [19]; unter Voraussetzung solchen Zusammenhangs jedoch nicht blos der Besitz des Auctors, sondern auch der des Auctors des Auctors u. s. f. [20]. Zu den Auctoren gehört auch der Erblasser [21]; allein wo zwischen Erblasser und Erben, aus der alten longi t. possessio her, accessio possessionis begründet wäre, trifft, von der alten usucapio her, auch successio in usucapionem zu, und macht die accessio possessionis entbehrlich, während umgekehrt die accessio p. jene nicht entbehrlich macht (Anm. 5). Wo seitens des Auctors eine Mittelsperson handelt, muß eine Vollmacht hiezu da sein, wenn der Besitz des Auctors dem Usucapienten accediren soll [22]. Aus Billigkeit (bei solcher Länge der Zeit) erwachsen wollte die Accession im übrigen beim Auctoritätsverhältniß nicht buchstäblich festgehalten sein [23]; namentlich nimmt man Accession auch an, wo statt des Successionsverhältnisses ein Resolutionsverhältniß vorliegt [24]. — 3. Endlich fährt der Faustpfand-Verpfänder trotzdem er seinen Besitz an den Gläubiger aufgelassen insolange zu ersitzen fort, als dieser den Besitz für ihn hat [25]. Es ist darum nicht accessio, sondern continuatio possessionis, wenn der Besitz vor vollendeter Ersitzung vom Gläubiger an den Verpfänder zurückgegeben wird. Weshalb dasselbe

lichkeit des Anfangs, nicht Zusammenrechnung des Usucapionsbesitzes (auf succ. in vitia) l. 5 pr. §. 1 D. divv. tt. pp. 44, 3.

19) — possessio non proderit quia conjuncta non est l. 15 §. 1 eod.

20) l. 15 §. 1 cit.

21) l. 14 §. 1 eod. Plane tribuuntur his qui in locum aliorum succedunt — l. 15 §. ult. eod.

22) l. 15 §. 3 cf. §. 4 eod.

23) l. 14 pr. eod. De accessionibus p. nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.

24) l. 13 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 — si quis hominem venditori redhibuerit . . venditionis est resolutio redhibitio; alii emtorem venditoris accessione usurum et venditorem emtoris, quod magis puto; — l. 6 §. 1 D. h. t. 44, 3 Vendidi, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset — id (servandum) quod servetur quum redhibitio sit facta; hunc enim perinde haberi ac si retrorsus homo mihi veniisset — l. 19 D. usurp. 41, 3 — ut si aliqua condicio extitisset inemtus fieret —

25) s. oben §. 139. Anm. 11—13

was beim Faustpfandbesitze nicht bei jedem anvertrauten Besitze gelten sollte, ist schwer abzusehen; beim sequestrirten Besitz scheint Fortsetzung des Usucapionsbesitzes durch den Deponenten denn auch nicht sicher ausgeschlossen [26]); die accessio possessionis, deren aus Anlaß des Precariums gedacht wird [27]), geht eher vom interdictum utrubi [28]) aus [29]), und schneidet darum die Möglich eines Fortbesitzes quoad usucapionem auch bei precaristischer Besitzeshingabe nicht ab.

Zur Fristenberechnung s. einstweilen l. 6 l. 7. D. h. t. 41, 3 und l. 15 pr. D. divv. tt. pr. 44, 3.

§. 163.

Aufhebung, Unterbrechung.

Die „Unterbrechung" z. B. einer Sitzung läßt den Gedanken an spätere Fortsetzung ebensowohl zu, als daß sie ihn ausschließt. Nichtsdestoweniger pflegt man dieses Wort für diejenige Unterbrechung der Ersitzung zu gebrauchen, welche die begonnene Ersitzung aufhebt, also deren spätere Fortsetzung ausschließt [1]). Daneben gibt es aber eine Unterbrechung der Ersitzung, welche keine Aufhebung der bisherigen Ersitzung ist, also deren spätere Fortsetzung und Vollendung zuläßt. Sie rührt von der praescriptio temporis her und hat von dieser den Namen der „ruhenden Verjährung" (s. g. praescriptio dormiens) [2]).

Erstere erfolgt 1. durch Verlust des Besitzes (usurpatio) [3]);

26) l. 39 D. a. v. a. p. 41, 3 — si custodiae (nicht omittendae possessionis) causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem (quae apud sequestrem deposita est? cf. l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3) victori procedere constat.

27) l. 13 §. 7 D. eod.

28) Gaj. 4, 151 §. 4 J. interd. 4, 15.

29) arg. l. 13 §. 1 D. eod. (41, 3) — addimus in accessione de vi et clam et precario venditoris —

1) vgl. „interruptio usucapionis": l. 2 l. 5 D. h. t. 41, 3.

2) Unterholzner, Bd. I. §. 122. S. 430 oben und dazu Schirmer*); Unterh. Bd. I. S. 116.

3) l. 2 l. 5 l. 15 D h. t 41, 3 l. 5 D. pro don. 43, 6, Zu der naturalis interruptio in l. 5 D. h. t. cit. die civile bei Cic. orat. 3, 28. Huschke, Zeitschr. f. Civilr. und P. R. F. Bd. II. S. 141 fg.; hinwider P. Krueger, de temporum computatione diss. Berol. 1861

ob 2. nach angeblichem Vorgang der temporis praescriptio auch durch Litisconteſtation (der neuerdings die Mittheilung der Klage gleichkäme [4]), iſt zweifelhaft. Juſtinian führt zwar in l. 2 C. de exc. ital. contr. toll (7, 40) das ſ. g. remedium protestationis [5] „ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive 30 vel 40 annorum sit“ ein, und ſpricht damit ſtillſchweigend aus, daß durch die Klaganſtellung ſelbſt (welche durch das remedium protestationis nur für den Nothfall erſetzt wird) die „Zeit“ der nunmehrigen 3-, 10- oder 20-, 30- oder 40jährigen Erſitzung unterbrochen wird. Allein anderſeits ſind nicht wenige Stellen, nach welchen durch die Litisconteſtation die usucapio nicht unterbrochen, ſondern für den Vindicanten im Falle des Sieges nur unſchädlich gemacht wird, in Digeſten und Inſtitutionen aufgenommen [6]). Ueberdieß eignet ſich der Natur der Sache nach die Litisconteſtation, die ja doch nur inter partes platzgreift und wirken ſoll, nur zur Unterbrechung der Klage- oder Anſpruchsverjährung, d. i. zur Perpetuirung von Anſprüchen (von Perſon gegen Perſon [7])), nicht aber zur Unterbrechung der Erſitzung, die ja nicht blos gegen den zufälligen Vindicanten, ſondern unbeſtimmt gegen Alle geht [8]). Endlich aber ſind die Conſtitutionen, aus welchen die Unterbrechung der alten longi t. praescriptio durch L. C. hervorgehen ſoll, in der That nicht beweiſend [9]). Hiernach erſcheint es räthlicher, die durch Litisconteſtation zu bewirkende „Unterbrechung der Zeit“ einſchränkend, von der (auch in der alten usucapio beſtehenden) Sicherung des Anſpruches gegen nachherige Erſitzung,

p. 46—51, Hölder, Theorie der Zeitrechnung nach r. R. Gött. 1873. S. 120. Grueber (Dr. Erw.), Einfluß der Eigenthumsklage auf die Erſitzung S. 11—14.

4) §. 100. Anm. 17 S. 356.

5) §. 119. Anm. 55—57. S. 426.

6) §. 100. Anm. 11.

7) vgl. S. 248 fg.; §, 79; S. 401 „Anſpruchsverſäumung“. Unterholzner, (der ſich ſeinerſeits auf Donellus beruft) Bd. 1 §. 125

8) vgl. Grueber, und die von dieſem weiter verfolgten theoretiſchen und praktiſchen Schwierigkeiten der Unterbrechung durch LC. a. a. O. S. 35 fgg.

9) ſ. oben §. 154 Anm. 15.

nicht aber von Unterbrechung der Ersitzung selbst zu verstehen [10]). — Eine aufhebende Unterbrechung liegt endlich 3. nach canonischem Rechte in der mala fides superveniens [11]). Was dagegen außerdem noch zuweilen als eine solche Unterbrechung aufgeführt wird, wie die nachher eintretende Unfähigkeit der Person oder Sache [12]), gehört unter die Unterbrechung durch Verlust des Besitzes [13]). —

Die Unterbrechung der anderen, einen bloßen Stillstand der Ersitzung herbeiführenden Art verwirklichet sich dadurch, daß eine in (ordentlicher oder außerordentlicher) Ersitzung befindliche Sache einer der Personen, Eigenschaften, Unvindicirbarkeiten zufällt, um derentwillen sie von jeder Ersitzung ausgenommen ist, daß dieser Wandel der Sache ohne Besitzesverlust platzgreift (also nicht auf Diebstahl oder Vergewaltigung beruht [14])), und daß dieser Wandel selbst ein vorübergehender ist oder sein kann; denn da kann auch die Exemtion vorübergehen, und die unterbrochene Ersitzung wiederaufgenommen und fortgesetzt werden.

Demgemäß ist diese Unterbrechung mit Ausnahme der gestohlenen oder gewaltthätig in Besitz genommenen Mobilien und Immobilien an allen Sachen möglich, welche aller Ersitzung entzogen sind. Sie greift platz an allen Sachen, welche bislang in Ersitzung befindlich nunmehr durch Erbgang, Vermächtniß, Adjudication, kurz eine besitzentrathende Erwerbsart in das Eigenthum von Pupillen oder Hauskinder fallen [15]), aus dem Nachlasse des Disponenten vermacht [16]), oder durch ein Justitium unvindicirbar [17]) sind.

---

10) Zu den oben §. 154 Anm. 15 hiefür agff. Autoren s. noch die bei Windscheid §. 180. Anm. 7 agff. (Kierulff, Buchholtz, Puchta, Demelius), und namentlich in Betreff der von Windscheid für die Unterbrechung in Anspruch genommenen l. 2 C. pr. l. t. 7, 33: Arndts, P. §. 163 Anm. 2.

11) §. 161. Anm. 23.

12) Puchta, P. §. 160.

13) z. B. l. 15 D. h. t. 41, 3: ab hostibus captus est . . interrumpitur usucapio . . desiisse possidere —; nachträgliche Furtivität!

14) §. 155 I.

15) §. 155 II, 2. IV. Anm. 42.

16) ebendas. III. Anm. 41.

17) ebendas. VI. Anm. 53. 54.

An allen diesen Sachen kann insolange sie in gedachter Pertinenz, Bestimmung, Noth sind, auch keine Ersitzung beginnen [18]); Dotalität schließt überhaupt nur den Eintritt, nicht die Fortsetzung der Ersitzung aus [19]).

An Sachen, die nach begonnener Ersitzung in das Eigenthum des Fiskus, des Regenten, der Kirchen, frommen Stiftungen und Corporationen, oder in das der Minderjährigen fallen, tritt keine Unterbrechung, wohl aber eine Verlängerung der Ersitzung ein, wenn sie zuvor in ordentlicher Ersitzung stunden. Aber die zuvor erlaufene Ersitzungszeit ist einzurechnen — sonst wäre gegen Minderjährige auch die 30jährige Ersitzung nicht möglich [20]).

Innerhalb der alten Usucapion kam diese Art der Unterbrechung nicht auf; eine Reproduction des utile tempus der temporales actiones im Bereiche der perpetuae actiones datirt sie aus der temporis praescriptio [21]), und ging sie, durch die klagetilgende Seite der Ersitzung vermittelt, mit der temporis praescriptio und so weit wie diese in die Ersitzung über [22]).

Unvordenkliche Zeit.

§. 164.

Ob oder inwieweit in Verbindung mit der Ersitzung, insonderheit des Eigenthums, die s. g. unvordenkliche Zeit, die man ja auch „unvordenklichen Besitz", oder „Immemorial-Verjährung" (praescripto immemorialis s. indefinita) nennt, in Betracht zu kommen habe, hängt von dem Begriffe, dem Gegenstande, und von der Wirksamkeit dieses Dinges ab.

Unvordenklich nennt man die Zeit eines annoch fortbestehenden und dermaßen alten Zustandes, daß über seine Entstehung Niemand, weder aus eigener Wahrnehmung, noch vom Hörensagen, zu berichten weiß [1]). Hieraus ergibt sich aber, daß zwei

18) §. 155 III. Anm. 40. IV. Anm. 44.
19) ebendas. Anm. 16.
20) vgl. §. 156 Anm. 31, überhaupt II. 1.
21) §. 114. Anm. 35—40 S. 403.
22) vgl. die in den obigen Verweisungen citirten Stellen; zu den einzelnen Fällen Unterholzner, Bd. I. §. 122. §. 123.
1) l. 3 § 4 D. aqua quot. 43, 20 Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit — l. 3 pr. D. loc. et it. 43, 9. Viae . . quarum

Zustände, welche zur Ersitzung (jedenfalls des Eigenthums) unentbehrlich sind: die b. f. possessio, und der gemeine Besitz nicht Gegenstand der unvordenklichen Zeit sein können. Denn was zunächst die b. f. possessio anlangt, so ist diese ihrem Begriffe nach von dem Gedanken, und so denn auch von der Erinnerung an einen bestimmten, concreten Erwerbgrund untrennbar [2]), und also mit Unvordenklichkeit der Entstehung schlechthin unvereinbar; der gemeine Besitz aber kann insoweit, als er einer lebendigen Person zusteht, schon um deswillen nichts unvordenkliches sein, weil er niemals älter sein kann als sein Inhaber.[3]); besteht er aber für ein Gemeinwesen, oder einen anderen ebenso dauerhaften Zweck, so steht seiner Unvordenklichkeit das andere Hinderniß entgegen, daß man das Dasein des Besitzes als solchen nur aus seiner Entstehung erkennt [4]), ohne Kenntniß seiner Entstehung auch von seinem Bestande nicht reden kann. Darum können auch Rechte von was immer für einer Art — woferne sie nicht etwa erst in Folge der unvordenklichen Zeit als Rechte erscheinen — nicht unvordenklich sein. Denn entweder ist man ihrer bewußt: dann muß man auch von ihrer Entstehung wissen; oder man weiß von ihnen nichts: dann kommen sie überhaupt nicht zur Sprache, so wenig als zeitlich bestimmbare, wie als unvordenkliche. So können nur rein factische Thatsachen oder Zustände, wie Depositionen (Bergung von Schätzen), öffentliche Benutzung von Wegen, Anlagen zum Abzug oder zur Stauung des Regenwassers (aggeres, ductus, fossae) Gegenstände der unvordenk-

memoria non exstat — l. 31 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 — depositio . . cujus non extat memoria — l. 2 § 3 D. a. p. a. 30, 3 — opera . . quorum memoriam vetustas excedit. Verfänglicher c. 1 praescr. in 6to 2, 13 — cujus contrarii memoria non extat, — in welchem Betreffe zu vergl. Arndts Beitr. „Wird durch Lehenserneuerung die Wirkung eines unv. Besitzes des Lehensherren unterbrochen?" S. 150 Anm. 1. — Zum Beweise der unv. Z. s. l. 2 §. 8 D. a. p. a. 39, 2 l. 28 D. probat. 22, 3 — cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse cum id opus fieret, neque ex eis audisse qui vidissent aut audissent, und dazu Savigny, Syst. Bd. 4 S. 517 sgg.

2) s. oben §. 161 S. 629 oben.

3) s. oben §. 141. Anm. 36. 37.

4) s. oben §. 138 a. E. S. 516 — was der gangbaren Vorstellung allerdings entgegen ist —

lichen Zeit sein, und ist es kein Zufall, daß im römischen Rechte nur gerade diese als solche vorkommen [5]). Daß unter dem unvordenklichen ductus aquae keine Servitutenausübung zu denken sei, zeigt der Gegensatz, in welchem derselbe zu dieser steht [6]); daß er eben so wohl als den Wasserbezug auch die Wasserleitung (Röhre, Graben, Canal) bedeuten könne, sein Vorkommen im Titel de aqua pluvia [7]); auf Wasserbezug aus öffentlichen Brunnenstuben, Wasserleitungen [8]) darf er mindestens nicht ausschließlich bezogen werden; rein factische, nicht gerade publicistische [9]) Zustände, erscheinen als Gegenstand der unvordenklichen Zeit im römischen Rechte. Auch die „vetustas possessionis“ [10]) steht dem nicht entgegen; denn jede unvordenkliche Zeit ist vetustas, nicht jede vetustas u. Z. [11]). — Im canonischen Rechte wird die Ausübung von kirchlichen wie weltlichen Hoheitsrechten mit der u. Z. in Verbindung gebracht, jedoch auch hier nicht so, als ob des Quasibesitzes gedacht, und etwa dieser als unvordenklich bezeichnet wäre, sondern so, daß lediglich von dem Faktum der Erhebung von Zöllen, Zehnten u. s. f. die Rede ist [12]). Nicht anders verhält es sich mit den Reichsgesetzen, soferne sie überhaupt nicht blos rühmenshalber von u. Z. reden [13]).

Ist also die unvordenkliche Zeit begriffsnothwendig schon durch ihren Gegenstand von der Ersitzung geschieden, so bewegt uns auch ihre rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit, „den Gedanken an deren Gleichstellung . . mit der Ersitzung ganz fallen zu las-

5) l. 31 §, 1 D. a. r. d. 41, 1 §. 148. Anm. 18—20; — l. 3 pr. D. loc. et it. publ. 43, 7; — l. 1 §. ult. l. 2 pr. — §. 8; l. 26 D. a. pl. a. 39, 3 l. 3 §. 4 D. aqua quot. 43, 20; l. 28 D. prob. 22, 3

6) l. 1 §. ult. cit.: — sane . . in servitutibus hoc idem sequimur etc. Unterholzner, Verj. L. Bd. I. S. 510 §. 142.

7) s. l. 26 D. a. pl. a. cit. gegen l. 3 §. 4 D. aqua quot. cit. Unterholzner, S. 511.

8) Savigny, Syst. Bd. 4. S. 492 fgg., bes. S. 500.

9) wie Savigny meint: S. 484 vgl. S. 504. Vgl. Hesse, Rechtsverhh. zw. Nachbaren, S. 208—211.

10) vgl. l. 14 C. fund. patr. 11, 61 mit c. 2 C. Th. l. t. pr. 4, 13.

11) Unterholzner, S. 503, unten Schmidt (v. J.), civr. Abhh. S. 173—195.

12) c. 26 X. v. 5. 5, 46. c. 1 de praescr. in 6to 2, 13.

13) vgl. Unterholzner, a. a. O. §. 144.

ſen“ [14]). Allerdings wächſt jenen factiſchen Zuſtänden durch Unvordenklichkeit ihrer Zeit eine gewiſſe Rechtlichkeit zu: der vetus depositio die Qualität des Schatzes (Anm. 5 ab init.), der factiſchen Oeffentlichkeit des Weges die rechtliche [15]), den Waſſeranlagen Geſetzlichkeit [16]), den Zöllen und Zehenten die kaiſerliche oder ökumeniſche Autorität [17]); allein von dieſem letzteren canoniſch-rechtlichen Falle abgeſehen, kann man nirgends, oder doch nirgends (nämlich auch im Falle des ductus aquae nicht) ſicher von einem Erwerbe, zum mindeſten nicht vom Erwerbe eines Rechtes (Eigenthums, jus in re) reden, wie ſolcher in Geſtalt der Erſitzung platzgreift; und ſelbſt da wo man vom Erwerb eines Rechtes reden kann, wie in den Fällen des canoniſchen Rechtes und der dieſem nachbildenden Praxis [18]), iſt die u. Zeit nicht Faktor eines erſt jetzt eintretenden, ſondern Beweis eines längſt ſtattgehabten Erwerbes [19]). Allerdings erſcheint ſie in einer Decretale unter dem Namen praescriptio [20]) und iſt auch außerdem mit der (rechtzeugenden) Erſitzung oder Verjährung in Verbindung gebracht [21]); allein gegen die Wucht ſchon des einen Argumentes,

14) Arndts, Beitr. I. zur L. von der unv. Verj. S. 141.

15) l. 3 pr. D, loc. et it. publ. 43, 17 — publicarum viarum numero sunt.

16) l. 2 pr. D. a. p. a. 39, 3 — vetustas pro lege, habetuo (bedenke die leges agrorum)

17) c. 26 X. v. s. 5, 40 — quae non apparent imperatorum vel regum vel Lateranensis concilii largitione concessa, vel ex antiqua consuetudine a tempore cujus non estat memoria introducta —

18) S. darüber insb. Pfeiffer, pract. Ausff. Bd. 2 S. 106 fg. Bd. 7 S. 248 fgg. Seufferts, Arch. alph. Regiſter sub v. „Unvordenklichkeit“, ſyſt. Reg. „Unv. Verj. S. 20. IV.

19) Gegen Pfeiffer, der in ſeinen prakt. Ausführungen Bd. 2, Nr. 1 wider die Aelteren zuerſt wieder die Erzeugungstheorie ausführlich zu begründen geſucht hat, ſ. insb. Schelling (P.), die L. v. d. unvord. Zeit, München 1835, Arndts, a. a. O. S. 131 fgg. und der von Arndts S. 145 citirte Göſchel: „die Immemorialverj. iſt überhaupt kein modus acquirendi etc.“ Darüber, daß und warum die unvord. Z. gleichwohl keine praesumtio, namentlich auch keine praes. juris et de jure iſt, ſ. Arndts S. 138.

20) worauf namentlich Windſcheid §. 113. Anm. 4 verweiſt —

21) c. 1 praescr. cit. licet ei, qui rem praescribit ecclesiasticam, si sibi non est contrarium jus commune .. sufficiat bona fides; ubi tamen est ejus commune contrarium . . . bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat praescri-

daß man auf dem Wege der Erzeugungstheorie zu einer Rechtsentstehung gelangt, für die man einen bestimmten Zeitpunkt gar nicht denken kann [22]), könnten die Nomenclaturen und die Combinationen einer einzigen Decretale selbst dann nicht aufkommen, wenn wir ihres Sinnes vollkommen sicher wären. So nun aber ist „praescriptio" ein Einwand, den man der Anfechtung eines unvordenklichen Zustandes entgegensetzen kann gleichviel ob dieser blos den Beweis oder den Entstehungsgrund selbst abgibt. Auch gilt diese praescriptio einem Zustande, der durch keinerlei Ersitzung oder zeitlich bestimmte Verjährung legitimirt, also doch auch in der Decretale in einer von den sonstigen Präscriptionen begrifflich abweichenden Weise zurecht gebracht und gedacht werden konnte [23]).

Ueberhaupt sollte gegen die unvordenkliche Zeit die Schranke festgehalten werden, daß Zuständlichkeiten, welche mit Titel und gutem Glauben in bestimmter Zeit (durch ordentliche oder außerordentliche Ersitzung) legitimirt werden können, nicht auch noch titels- und glaubenslos der Heilung durch unvordenkliche Zeit theilhaftig werden [24]); vor allem aber ist dieser der Zutritt zum Eigenthum zu wehren.

bendi, nisi tanti temporis allegatur praescriptio, cujus contrarii memoria non extat.

22) Arndts, S. 140 fg.

23) l. cit. — qui ecclesias et decimas . . licet in tua sint constitutae dioecesi, se legitime praescripsisse proponit — vergl. dazu Unterholzner, S. 514. Savigny S. 506 fg.

24) Derart einschränkend Savigny, S. 484. S. 504. „Die Servitutenlehre von jeder Anwendung der unvord. Z. gänzlich befreit" — nach ihm zumeist auch die Reallasten, „deren Verj. großentheils nach den röm. Regeln über die Servituten zu beurtheilen ist"; S. 508; — Unterholzner, S. 520: „Wo eine Verjährung mit bestimmter Dauer angeordnet ist, da findet die unvord. V. keine Anwendung" S. 520 vgl. S. 510 oben. Ganz anders Arndts, P. §. 91. Windscheid, §. 113. Enthaltsamer wiederum Seuffert, P. §. 118 „ein auf Rechte Bezug habendes Verhältniß."

Verlust des Eigenthums.

§. 165.

Einen Verlust des Eigenthums für den bisherigen Eigenthümer

I. ohne Untergang des Eigenthums führt mit sich

1) die Erweiterung des Eigenthums durch Accession (§. 146 I. 1), nur daß dieses Ereigniß unter Umständen die Möglichkeit, ja das Recht des Wiedergewinns in sich trägt [1]); — nicht accessorische Verbindungen führen nicht sowohl Verlust als Veränderung im Eigenthum mit sich (Communication §. 146 II.); —

2) aller successive Erwerb des Eigenthums, er mag nun kraft des bisherigen Eigenthums vor sich gehen (eher „auctoritativ" als blos „derivativ" sein — Tradition, Adjudication, testamentarische Succession, Vermächtniß), oder ohne den positiven Willen des bisherigen Eigenthümers platzgreifen (Verwirkung, Ersitzung, Intestaterbfolge); —

II. mit Untergang des Eigenthums

3) der Untergang der Sache [2]) —

4) die Entweichung des Wildes [3]) —

5) die Specification bei nicht mehr rückgängig zu machender Verarbeitung des Stoffes (§. 149) —

6) die Dereliction [4]), welche, wenn nicht blos Besitz, sondern Eigenthum aufgegeben werden will, nicht durch bloßen Willen [5]), nach einer verworfenen Meinung sogar nicht vor erfolgter Besitzergreifung durch Dritte [6]), also keinesfalls vor factischer Trennung von der Sache, Wegwerfen, Verlassung, Flucht, Dejection, Prohibition — §. 141 S. 525 — anderseits aber auch nicht ohne den Willen der Preisgebung [7]) erfolgt. Unter der Voraussetzung

1) §. 146. Anm. 11—22.
2) z. B. l. 1 C. jure emph. 4, 66.
3) l. 3 §. 2 — l. 5 §. ult. l. 55 D. a. r. d. 41, 1.
4) l. 1 D. pro derel. 43, 7
5) l. 17 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2
6) l. 2 §. 1 D. h. t. 43, 7
7) z. B. l. 7 eod. — merces ex nave jactatae — l. 25 pr. D. a. v. a. p. 41, 2 — si ita perdidimus ut ignoremus ubi sit —

factischer Trennung kommt aber auch bloße Vernachläßigung durch Länge der Zeit der Dereliction gleich [8]). Die Faktoren der Dereliction sind enthalten in der Tradition [9]), ohne daß die Tradition Dereliction wäre; consequent sollte Dereliction übrig bleiben, wenn es zur Tradition blos am Empfänger fehlt; allein außer der consequenten Ansicht ist eine nachsichtigere in unseren Quellen vertreten [10]). Zweifelhaft ist, ob die Preisgebung von Sachen an unbestimmte Personen (jactus missilium) überhaupt noch Tradition, nicht wesentlich Dereliction sei [11]). — Eine Sache, die man ganz hat theilweise zu behalten, theilweise zu derelinquiren, ist unmöglich; die Dereliction des Antheiles dagegen, den man an der Sache hat, ist möglich [12]) —

7) die Publication, insoferne die zur res publica juris gentium, oder zur res publica publico usui destinata in keinem, namentlich auch nicht in des Staates Eigenthum stehen sollte [13]).

Geltendmachung und Schutz.

I. Des Eigenthums.

§. 166.

Einleitung.

Von den Actionen, die wir aus dem Eigenthum entspringen sehen, sind etwelche „actiones“ im engeren Sinne des Wortes (§. 78, Anm. 7), andere „vindicationes“ oder „petitiones“, wieder andere Cautionen, Nunciationen oder Prohibitionen.

Actiones engeren Sinnes (in personam actiones, For-

8) §. 141. Anm. 21–25, insb. Anm. 24.
9) l. 17 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2 — si quis igitur —
10) §. 141. Anm. 4–15
11) §. 140. Anm. 23. 24
12) l. 3 D. h. t. 43, 7; vgl. §. 131. Anm. 17–22.
13) §. 127 a. E. S. 464; §. 128. Anm. 11. 12 S. 466; z. B. l. 7 §. 5 §. 6 D. a. r. d. 41, 1 l. 23 l. 24 D. q. m. usfr. am. 7, 4.

derungsklagen), von denen man sagen kann, daß sie aus dem Eigenthum ihren Ursprung nehmen, sind nicht nur gewisse Delictsklagen (de damno dato, jam facto — voran legis Aquiliae actio) [1]), sondern auch alle die Condictionen, denen ein Eigenthumswechsel zu Grunde liegt; in Anbetracht des Umstandes aber, daß in diesen Actionen das (vielleicht zerstörte, consumirte, auf den Beklagten übergegangene) Eigenthum nicht unmittelbar und selbst, sondern nur ersatzweise, in Gestalt der an seine Stelle getretenen obligatio (Schuld, Forderung) geltend gemacht wird, bleibt ihre Darstellung dem Obligationenrechte vorbehalten.

Diesen Forderungsklagen nächstverwandt ist die petitio, welche den Anspruch bedeutet, der aus dem Eigenthum auf der einen, und aus der Vorenthaltung (Detention, Besitz) der Sache auf der anderen Seite sich ableitet — (§. 78 S. 249; §. 79). Die Geltendmachung dieses Anspruches beruht auf Geltendmachung, d. i. Behauptung, Erhärtung, vor Alters wesentlich auch Verwettung (§. 83) des Eigenthums. Daß einst lediglich diese Geltendmachung des Eigenthums rei vindicatio geheißen habe, dürfte daraus erhellen, daß die Geltendmachung des Eigenthums und der Anspruch (auf Restitution oder Condemnation) einst in zwei Prozesse getrennt waren, und nur der erste, die Geltendmachung (Behauptung und Verwettung des Eigenthums) vindicatio hieß [2]); daß man sich späterhin die vindicatio und die petitio als eins und dasselbe denkt, hängt mit der nachmaligen Vereinigung der beiderlei Prozesse in Einen Prozeß zusammen. — Eine vindicatio und petitio ist aber nicht nur die rei vindicatio, petitio, sondern auch die negatoria de servitute actio, indem in dieser unter Geltendmachung der entsprechenden Frei-

1) vgl. Rudorff, über die Jul. Edictesredaction, Zeitschr. f. Rechtsg. Bd. 3 S. 65 fg.; desselben praefatio zum de jurisdictione edictum, p. 4, Alin. 2: „res enim in patrimonio nostro constitutas triplici actionum genere defendimus: in rem, in personam quae ex delicto oriuntur, ad exhibendum — und dazu meine Recension in der M. Vierteljahrsschr. Bd. 11 S. 493 Alin. 1.

2) vgl. oben §. 83 Anm. 7. 8; Gaj. 4, 16 in jure vindicabantur ad hunc modum etc. —; Civilp. §. 16 a. E. oben §. 83. Anm. 7.

heit des Eigenthums [3]) der Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung der Servitutenanmaßung erhoben wird.

Recht eigentlich Schutz des Eigenthums bezweckend, weil Beschädigungen oder Beeinträchtigungen desselben vorbeugend oder gegen sie sicherstellend, sind die damni infecti cautio und aquae pluviae arcendae actio. Und wie diese die Sache schirmen sollen, ist ein gewisses Verbot (prohibitio mit nachfolgendem interdictum quod vi aut clam) hauptsächlich berufen, die Freiheit des Eigenthums vor drohender Dienstbarkeit zu bewahren, indessen operis n. nunciatio umgekehrt der drohenden Befreiung von Dienstbarkeiten wehren soll.

Mittelbar kommen, insoferne sie zur Erlangung, Erhaltung oder Wiedererlangung des Besitzes führen, dem Eigenthum auch die Interdicte zu statten.

Von den Theilungsklagen dürfte am ehesten finium regundorum actio den Vindicationen anzureihen sein, während communi dividundo actio weder Geltendmachung noch Schutz des Eigenthums bezweckt, und wesentlich nichts anderes ist als was das Wort sagt: eine Theilungsaction.

§. 167.

Rei vindicatio.

D. 6, 1. C. 3, 32 (de rei vind.).

Der „Eigenthumsstreit" [1]), wie man die in der rei vindicatio enthaltene Eigenthums-Behauptung (intentio, contentio) im Gegensatze zu der in derselben mitbegriffenen (rei) petitio, — oder der „Eigenthumsanspruch", wie man die rei vindicatio in ihrer Verbindung mit der rei petitio übersetzen möchte [2]), hat seiner Gattung nach zweierlei Ursachen: die Möglichkeit, daß Ei-

3) vgl. die libertatis vindicatio und unten §. 171. Anm. 2.

1) vgl. die rerum corporalium controversiae in §. 2 J. act. 4, 6 — die proprietatis controversia, z. B. in l. 1 §. 3 D. uti poss. 43, 17.

2) vgl. „petitorium judicium" l. 36 D. h. t.; „rem, servum, fundum petere" l. 24 l. 36 §. 1 l. 57 eod.; „petitor" l. 57 l. 62 §. 1 l. 73 §. 2; „is a quo petitur" l. 7 eod.

genthum und Beſitz ſich trennen, und das Recht des Eigenthümers auf Beſitz (jus possidendi) [3]. In ſeinem concreten Vorkommen iſt derſelbe mithin nur unter der Vorausſetzung eines factiſchen Eingriffes in das Eigenthum, der Vorenthaltung des Beſitzes nämlich, denkbar; gegen die Beſtreitung des Eigenthums mit bloßen Worten iſt nicht einmal eine Provokationsklage [4], geſchweige denn unmittelbarer Eigenthumsſtreit möglich. Der Kläger muß alſo außer Beſitz ſein [5]. Das Räthſel des „Einen Falles", in welchem gleichwohl vom Beſitzer geklagt werden kann [6], findet am eheſten in der Betrachtung des Beklagten ſeine Löſung.

Wie Kläger außer Beſitz, ſo muß der Beklagte im Beſitze ſein [7]. Damit iſt nicht geſagt, daß wer einmal im Beſitze iſt, den Vindicationsprozeß auf ſich nehmen müſſe — ungefähr ſo wie wer einmal contrahirt, delinquirt hat, actionem leiden muß; denn er kann denſelben nicht etwa blos durch freiwillige Reſtitution, ſondern auch durch Ableugnung des Beſitzes abwenden, indem dieſe zu einem eigenen Prozeſſe „ob Beklagter den Beſitz habe," und wenn er unterliegt, zur Uebertragung des Beſitzes auf den Kläger führt [8]. — Anderſeits will auch nicht geſagt ſein, daß ohne Beſitz auf Seite des Beklagten die Klage ſchlechthin unſtatthaft ſei; denn obwohl 1) der durch den Beſitz des Dritten wider dieſen begründete Anſpruch des Eigenthümers ſonſt durch den Wegfall dieſes Beſitzes wieder aufhört, ſo wird derſelbe doch dann als fortbeſtehend erachtet, wenn ſich der Beſitzer des Beſitzes, um der Reſtitution zu entgehen, argliſtig entſchlägt (dolo malo possidere desiit) [9]; und obwohl ſonſt 2) gegen denjenigen, der

3) §. 13 o. Anm: 11—15.

4) Francke, über Prov. zur Erhebung einer dinglichen Klage, Arch. f. civ. P. Bd. 18 S. 227.

5) §. 2 J. cit. — nam in his is agit qui non possidet —

6) §. 2 J. cit. — sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. S. unten Anm. 27.

7) l. 9 D. h. t. Officium judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat —

8) l. 156 pr. D. r. j. 50, 17 l. 80 D. h. t. In rem actionem pati non compellimur etc. wohin das interdictum quem fundum in den Endlicher'ſchen Fragmenten (Rudorff, Zeitſchr. f. g. Rw. Bd. 9, 2).

9) l. 17 pr. §. 1 l. 25 D. h. t. — cum non possideret nec dolo

gar nicht in den Besitz gekommen ist [10]), unsere petitio nicht entstehen kann, so nimmt doch der Nichtbesitzer, wenn er seines Nichtbesitzes bewußt sich auf den Streit einläßt (liti se obtulit) und damit den Kläger täuscht [11]), auch dessen Anspruch auf sich, und darf nicht absolvirt werden, wenn er sich nachträglich auf Nichtbesitz beruft [12]) — was anders wäre, wenn er dies noch vor der Litiscontestation thäte [13]).

Im Uebrigen ist das Erforderniß des Besitzes keines von denen, deren Dasein sich nach der Zeit der Litiscontestation bemißt [14]); würde Beklagter noch vor dem Urtheil schuldlos den Besitz verlieren, so müßte er absolvirt werden, trotzdem er zur Zeit der Litiscontestation im Besitze gewesen, wie umgekehrt zu condemniren wäre, wenn er zur Zeit der LC. nicht besessen, den Besitz aber noch vor dem Urtheil erlangt hätte [15]). Der Grund hievon liegt darin, daß der Vindicationsprozeß sich um zwei Dinge (proprietatis controversia und petitio) bewegt, die Litiscontestation in demselben aber nicht über den (vom Besitz abhängigen Anspruch (petitio), sondern nur um das vom Besitz unabhängige Eigenthum ergeht. Daß aber dem Beklagten nicht bloß

---

fecisset, quominus possideret — arg. l. 52 eod. Cum . . fundi possessor ante litem cont. dolo malo fundum possidere desiit — besonders aber l. 27 §. 3 eod. Sed et is qui ante litem c. dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione, idque ex senatusc. colligi potest — per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. l. 25 §. 2 D. her. pet. 5, 3 — quasi possiderent . . . dolus praeteritus — l. 95 §. 2 D. solut. 46, 3 (wozu l. 7 D. h. t.) l. 157 D. r. j. 50, 17. Semper qui dolo fecit quo minus haberet pro eo habendus est ac si haberet (wovon die wieder einmal überflüssige Fiction der s. g. „ficta possessio«).

10) l. 25 D. h. t. — cum non possideret —

11) l. 25 cit. — Si actor ignoret . . non decipit actorem — l. 26 — a se decipitur: et ideo reus absolvitur —

12) ll. citt. vgl. l. 20 §. 1 D. interrog. in jure 11, 1.

13) l. 25 l. 26 eod. —

14) vgl. §. 112 Anm. 12 S. 355.

15) l. 27 §. 1 D. h. t. Possidere autem aliquis debet utique et litis c. tempore et quo res judicatur — (erfteres nur im Sinne der l. 80 eod. (Anm. 8); si l. c. tempore non possedit, quo autem judicatur possidet . . condemnetur l. 68 eod.

der dolose [16]), sondern auch der culpose [17]) Besitzesverlust angerechnet werden kann, beruht allerdings auf der Litiscontestation.

Nach der älteren Art des Vindicationsprozesses [18]) konnte derjenige, welcher sich als bloßen Detentor darstellte, undenkbar Beklagter sein. Nachmals, da die Vindication auch bei bloßer Läugnung vor sich ging, und für den Anspruch auf Restitution die facultas restituendi genügend schien, ward auch der bloße Detentor belangbar [19]). Bei den Nachtheilen aber, denen der Besitzer ausgesetzt war, wenn er keine Gelegenheit zur Intervention bekam, wurde der belangte Detentor nicht blos berechtiget [20]), sondern auch verpflichtet [21]), den „dominus possessionis" zu nennen, auf daß dieser von Gerichtswegen zur Uebernahme der Vertheidigung (nicht blos zur Assistenz in dieser) [22]) geladen, und vergeblichen Falles Kläger nach summarischer Cognition seines Anspruches und unter Vorbehalt alles rechtlichen Vorbringens für den Beklagten in dem auf dessen etwaiges späteres Anlangen wiederaufzunehmenden Prozesse in den Besitz eingewiesen würde [23]). Die Einschränkung dieser s. g. auctoris laudatio auf „im Dienste" des dominus possessionis befindliche Vertreter [24]) geht gegen den Buchstaben der Constitution [25]), und ist auch durch den der Hilfstelle (Anm. 24) nicht gerechtfertigt [26]), während es anderseits wahrscheinlich ist, daß unter den Vertretern auch Sclaven gemeint waren. Die Beschränkung auf Immobilien ist buchstäblich,

16) wie die in Anm. 9 citt. Stellen zu sagen scheinen —

17) §. 100. 3 a. l 27 §. 2 D. h. t. (Wechsel von »dolus« und »culpa«).

18) Contravindication: Gaj. 4, 16 — adversarius eadem similiter dicebat et faciebat —

19) entgegen den Pegasianern: l. 9 D. h. t.

20) wie man bis auf Wieding, der just. Libellprozeß, 1865 S. 631, annahm —

21) vgl. Wieding, a. a. O., und bedenke außer dem »debet statim in judicio dominum nominare« das Motiv der Constitution: utpote domino possessionis nec post hujusmodi humanitatem sui praesentiam faciente — l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 Const. M.

22) „— actoris intentiones excipiat. —"

23) l. 2 C. cit. Const. M.

24) Wieding, unter Anknüpfung an l. 1 C. si per vim 8, 5 —

25) — si quis alterius nomine quolibet modo possidens etc.

26) „— vel coloni —", die auch Zeitpächter sein können —

die übliche Ausdehnung auf Mobilien dem Sinne nach gerechtfertigt.

Wäre der Eigenthümer Besitzer, ein Dritter als Pächter oder dergleichen für ihn im Besitze, dieser nun aber, ohne sich selbst oder sonst wen zum Besitzer zu machen, nicht geneigt, die Sache auf Anlangen des Verpächters ꝛc. zu restituiren, etwa weil nicht dieser, sondern ein Dritter der Eigenthümer sei, so dürfte das der „unicus casus“ sein, in welchem der Eigenthümer, trotzdem er Besitzer, zur Vindication zuzulassen ist [27]).

Ist der Besitz zwischen dem Eigenthümer und Dritten zweifelhaft, oder durch ein Interdict zu erlangen, so soll jener nicht sofort „petitorisch“ (Anm. 2), sondern in possessorio oder sonst mit einem Interdicte klagen — kluger, nicht nothwendiger Weise [28]).

§. 168.

Der Grund, auf welchen Vindicant seinen Anspruch stützt, ist das Eigenthum [1]). Weil er diesen beweisen muß [2]), darum jener Rath, wo möglich possessorisch, überhaupt mit Interdicten zu klagen. Damit, daß Kläger sein Eigenthum beweisen muß, ist noch nicht entschieden, womit oder wieweit er es beweisen müsse, namentlich noch nicht entschieden, daß er auf bloßes Läugnen „absoluten“ Beweis, im Falle derivativen Erwerbes also (anstatt der probatio diabolica) den der Ersitzung erbringen müsse [3]). Natürlicher, gerechter, und der überhaupt auf Glaubhaftigkeit, nicht Evidenz angewiesenen Theorie des Beweises entsprechender ist, dem Kläger, der ein Eigenthumserwerbsgeschäft nachweist, insolange zu glauben, als Beklagter nicht eben so viel für sich oder das Nichteigenthum des Gegners erhärtet; bin ich durch ein sol-

27) §. 2 J. act. 4, 6. Fritz, Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. I. Nro. 2 Bd. 18 Nro. 21 Bd. 19 Nro. 3. Pagenstecher, Eigenthum Bd. 3 S. 44—56. Zimmermann, Zeitschr. f. C. u. P. N. F. IX. 8; abweichende Ansichten daselbst.

28) wie l. 13 C. h. t. zu sagen scheint; s. dagegen l. 24 D. h. t.

1) l. 66 D. h. t.

2) l. 9 D. h. t.

3) wie man gemeiniglich annimmt: Vangerow, Bd. I. §. 332. Anm. 1. Schmid, Hdb. §. 15. Anm. 145.

ches Geſchäft ja doch zum Glauben an den Erwerb des Eigenthums berechtigt [4]).

Die rei vindicatio iſt ein Streit um je Eine Sache, alſo um je Ein Eigenthum [5]). Gewiſſe Mehrheiten von Sachen, nämlich Heerden, und was heerdenweiſe gehalten wird [6]), gelten aber gerade für die rei vindicatio als Eine Sache [7]), können in dieſer als Eins (unum corpus) in Anſpruch genommen werden, und bilden in ihr den Gegenſtand Eines, von dem Eigenthum an den einzelnen Stücken verſchiedenen Eigenthums [8]). Iſt dieſes Eigenthum an der Heerde unabhängig von dem an den einzelnen Stücken, ſo ſcheint auch ſein Beweis nicht aus dem Erwerb der einzelnen Stücke, ſondern nur aus einem auf die Totalität der Heerde gerichteten Erwerb erbracht werden zu können [9]); l. 2 D. h. t. [9a]) ſpricht von keinem Beweiſe, ſondern von der Thatſache, daß ihrer mehrere jeder je eine gewiſſe Zahl von Stücken als (Eine) Heerde zuſammenhalten und hieran anknüpfend von der Frage, ob Jeder oder wer von ihnen gregem vindiciren könne [10]).

---

4) l. 3 D. pro suo 41, 10: — quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est, pro meo possideam — Vgl. Thibaut, Arch. f. c. P. Bd. 6 Nro. 15. Pagenſtecher, Eigenthum Bd. 3 S. 143 fg, u. a. bei Vangerow, a. a. O. beſprochene Autoren; hingegen Windſcheid, §. 196 Anm. 3, „— aus Gründen, welche keine Beweiskraft haben"; gleichwohl fragt auch Windſcheid: „darf ſich der Richter (unter Umſtänden) nicht auch mit dem Beweiſe des Geringeren begnügen?"

5) §. 130 S. 475. Alin. 1; §. 135 S. 497. Alin. 1; §. 146. I.

6) l. 1 §. 3 D. h. t. S. 545 unten.

7) §. 129. Anm. 11. 12 S. 470; §. 130 S. 475 unten; §. 144, Anm. 20—27 S. 545.

8) l. 1 §. 3 D. h. t. — posse etiam gregem vindicari — sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim, non singula corpora vindicabuntur.

9) ſ. dagegen z. B. Exner, Tradition, S. 234, nach welchem Vindicant den major numerus als im Einzelnen ſein beweiſen muß — während Andere, wie z. B. Wächter, Unger (Anm. 13) das Eigenthum an jedem Stücke beweiſen laſſen müſſen.

9a) Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.

10) verkannt und mit der Frage nach dem Eigenthum an den ein-

Weil aber Besitz und Ersitzung nur an den einzelnen Stücken möglich sind [11]), so müssen die zum Erwerb der Totalität tauglichen Erwerbsarten besitzentrathende — Erbgang, Vermächtniß, Adjudication (vor Alters in jure cessio, vielleicht auch mancipatio) sein; vom legatum gregis wissen wir denn auch, daß es so einheitlich gedacht ward, wie die vindicatio gregis [12]). Nur wer das Eigenthum an der Heerde entgegen der l. 1 §. 3 h. t. in dem an den einzelnen Stücken aufgehen läßt [13]), bedarf der gesuchten Erwerbsart nicht [14]). Aber auch dieser Erwerb der Totalität wäre, weil hinter ihm keine Ersitzung steht, zum Beweise unzulänglich, wenn es wahr wäre, daß überall, wo Beklagter es will, absoluter Beweis nothwendig sei [15]). — Endlich läßt sich nicht beweisen, daß, wenn einmal das Eigenthum an der Totalität in Streit ist, das Eigenthum an den einzelnen Stücken irgendwie, etwa zur Befreiung von ihrer Restitution, in Frage komme [16]). In l. 2 cit. bleiben allerdings etwelche Stücke außer der Restitution, aber nicht als ob der Beklagte sie aus der vindicirten Heerde als die seinigen, oder überhaupt als fremde ausschiede, sondern weil Kläger sie als nicht zu seiner Heerde gehörig ausscheidet [17]). l. 23 §. 5 D. h. t. spricht nur von einer (singularum rerum) vindicatio, nicht von einer exceptio oder

zelnen Stücken vermengt von Exner, Tradition S. 220, S. 234; annähernd, aber von der Meinung ausgehend, als ob ein Dritter diese Heerde nicht blos besitze, sondern auch erst zusammengebracht habe, Baron, Gesamtrechtsverhh. S. 35 — ferner Girtanner, Jahrb. f. Dogm. Bd. 3, S. 115, der Einen von den Zweien allein die Heerde bilden läßt —

11) l. 30 § 2 D. usurp. 41, 3 — non . . universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio —

12) §. 18 J. 2, 20 l. 6 D. leg. II. 31. Grege . . legato non potest quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est —

13) z. B. Wächter, Erörtr. S. 18. Unger, Syst. d. ö. a. P. §. 57 und im wesentlichen auch Exner, a. a. O. S. 233. Alin. 1.

14) z. B. Exner, S. 235. „Ganz überflüssig erscheint demnach ꝛc."

15) s. oben Anm. 3 und 11.

16) wie man auf Grund von l. 2 D. h. t. anzunehmen pflegt: z. B. Schmid, Hdb. der bingl. R. S. 292, Anm. 79. Exner, a. a. O. S. 229—231 (so daß Vindicant nur seine eigenen Stücke herausbekomme), Girtanner, Baron, (a. a. O.) (so daß Beklagter seine Stücke nicht zu restituiren brauche) — so auch Windscheid §. 137 Anm. 6.

17) ut detracto alieno nihilo minus gregem vindicaturus sit (alter dominorum) —

Einrede, die dem Eigenthümer einzelner Stücke gegen den Eigenthümer des Ganzen zuſteht [18]). Nur l. 21 §. 1 D. exc. r. j. 44, 2 mag Bedenken erregen, inſoferne die Vindication der Heerde eine exceptio rei judicatae gegen die der einzelnen Stücke nicht begründen zu können ſcheint, wenn in jener nicht zugleich ein Streit und Spruch über das Eigenthum an den einzelnen Stücken möglich iſt [19]). Indeſſen würde dieſes Bedenken auf der von uns verworfenen Theorie von der ſ. g. poſitiven Funktion des Urtheils (§. 96) baſiren; von der ſ. g. negativen Funktion aus kann man ſagen, daß in der Vindication der Heerde (eben weil ſie kein Abſtractum, ſondern ein körperliches Ding iſt [20])) jedes einzelne Stück einmal mitvindicirt, und daß in dem Spruch über die Heerde jedes einzelne Stück mitbefangen war, exceptio r. j. gegen die Vindication der einzelnen Stücke alſo platzgreift, trotzdem ein Schluß vom Eigenthum an der Heerde auf das am einzelnen Stücke nicht ſtattfindet — gleichwie vom Nichteigenthum an der ganzen Sache kein Schluß auf das Eigenthum am Theile ſtattfindet, und exc. r. j. aus der Vindication des Ganzen gegen die Vindication des Theileigenthums gleichwohl platzgreift [21]). — In der That ſteht demnach der Behauptung, daß gregis vindicatio, eine universitatis petitio, und alſo, gleich hereditatis petitio durch keinen Streit um die Einzelſachen zu zerſetzen ſei, von Seite der Quellen nichts Entſcheidendes entgegen, während Andere „nach den beſtimmten Ausſprüchen der Quellen daran gar nicht denken" laſſen [21a]).

So wenig als Eigenthum iſt Vindication an dem körperlichen Theile einer Sache möglich [22]). Kommt eine derartige Vindication gleichwohl vor [23]), ſo gilt, was dem Auge bloßer Theil iſt, unter den beſonderen obwaltenden Umſtänden als Einheit [24]).

18) — me gregem vindicare quamvis aries tuus immixtus sit, sed et te arietem vindicare posse —

19) vgl. Exner, a. a. O. S. 232 fgg. Windſcheid, a. a. O. Anm. 6 a. E. Unger, Syſt. d. ö. a. Privr's §. 57. Anm. 49.

20) S. 470; dagegen namentlich Windſcheid, §. 137 Anm. 4.

21) §. 96. Anm. 7

21a) Exner, S. 229.

22) l. 23 §. 5 D. h. t. — non posse dici brachium tuum esse — vgl. oben §. 146. Anm. 14–16 S. 556.

23) l. 5 §. 1 eod. — sed si plumbum etc.

24) §. 144. Anm. 17 S. 544; §. 146. Anm. 40. 41 S. 560.

Wie man dagegen, als Miteigenthümer, eine Sache zu gewissem Theile (pars certa, pro indiviso) sein nennen kann, so gibt es auch eine Vindication solcher Eigenthumsantheile [25]). Der Anspruch, welcher auf Grund des Eigenthumsantheils erhoben wird, geht überall auf Einräumung des Besitzes zu dem der intendirten pars entsprechenden Antheil [26]). Besitzt Beklagter die Sache ganz, oder einen Theil derselben pro diviso (was nur bei Immobilien möglich ist [27])), so bleibt er demnach unterliegenden Falles immer noch theilweise im Besitz, gleichviel ob er condominus ist oder ob nicht [28]); besitzt er sie theilweise pro indiviso, so muß er seinen Besitz gänzlich räumen, wenn er nicht Miteigenthümer ist und von seinen Mitbesitzern, weil sie Miteigenthümer sind, und zu ihrem Theile besitzen, nichts begehrt werden kann [29]). — Ex justa causa wird der Miteigenthümer zur incertae partis vindicatio zugelassen; diese justa causa besteht darin, daß man die Größe des Antheils zur Zeit noch nicht wissen kann [30]).

Verschieden von dieser Theilvindication aus dem Miteigenthum ist die Vindication des Werthantheiles, der bei der Vindication von fungibeln und vermengten Sachen an die Stelle der gewissen einzelnen, eigenen Körper tritt [31]).

§. 169.

Von den Exceptionen, mit welchen sich Beklagter noch im

25) §. 131. Anm. 20.

26) vgl. l. 76 pr. D. h. t. — pro modo partis restitui oportere —

27) l. 8 D. h. t. — quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest cf. l. 35 §. 1 eod. Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat.

28) l. 8 cit. — aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum etc.

29) l. 8 cit. — non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio qui non sit dominus totum semissem —

30) l. 76 §. 1 D. h. t. — si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud judicem examinatur; justam enim ignorantiam habet legatarius etc.

31) §. 146 III. S. 561, besonders Anm. 47.

Falle erwiesenen [1]) oder zugestandenen Eigenthums vertheidigen kann, ist

1) der rei vindicatio eigen die exceptio rei venditae et traditae [2]). Sie gründet sich darauf, daß Vindicant, nachdem oder trotzdem auf seiner Seite an den Beklagten oder dessen Auctoren [3]) verkauft und tradirt worden, Eigenthümer geworden [4]) oder geblieben [5]) ist, und dieses sein Recht mißbrauchend [6]) nun selbst gegen denjenigen klagt, dem er im Falle der Entwerung regreßpflichtig zu sein pflegt [7]). Ob Vindicant selbst verkauft und tradirt hatte, oder derjenige, dessen Universal- oder Singularsuccessor er geworden [8]); ob der Verkäufer und Vindicant den Eigenthümer oder der Eigenthümer den Verkäufer beerbt, und nun vindicirt [9]), ob Vindicant in eigenem Namen oder als Mandatar verkauft [10]), ob er selbst oder in seinem Auftrag ein Anderer, wenn nur mandatmäßig, verkauft und tradirt hat [11]), ob er Mandator oder schlechthin Bürge [12]) war, ist gleichgiltig; nur den Erben des Bürgen soll, wenn er das Eigenthum aus eigener Person (nicht vom Bürgen her) vindicirt, die exceptio nicht treffen [13]). Ist nur verkauft, nicht auch tradirt, der Käufer aber fehlerlos in den Besitz gekommen, so findet die exceptio gleichwohl

---

1) l. 9 D. h. t. — ubi . . probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem —

2) D. de exc. rei venditae et traditae 21, 3.

3) l. 3 pr. D. h. t.

4) l. 1 pr. l. 2 D. h. t. l. 72 D. r. v. l. 4 §. 32 D. exc. doli 44, 4.

5) l. 49 D. mand. 17, 1 erster Fall — vergl. oben §. 151. Anm. 4—7; l. 1 §. 1 D. h. t.

6) vgl. l. 4 §. 32 D. exc. doli 44, 4 — vel exceptione doli — l. 11 C. evict. 8, 45.

7) Regel der Praktiker: Quem de evictione tenet actio, eundem repellit exceptio — vgl. l. 11 C. cit. l. 10 D. distr. pign. 20, 5.

8) l. 3 §. 1 D. h. t.

9) l. 1 pr. §. 1 D. h. t.

10) l. 49 D. mand. 17, 1 erster Fall — s. dagegen Windscheid §. 197. Anm. 6.

11) l. 1 §. 2 §. 3 D. h. t.; zweiter Fall in l. 49 cit.

12) l. 11 C. cit.

13) l. 31 C. h. t.

ſtatt [14]). Daß dieſe in entſprechender Abänderung auch in anderen Veräußerungsfällen platzgreife [15]), läßt ſich nicht ablehnen; der ſie beſeelende Gedanke, daß man ſeiner eigenen Handlung [16]) nicht ſelbſt zuwider handeln dürfe, trifft noch da zu, wo man das bedingt Veräußerte bei ſchwebender Bedingung vindiciren wollte [17]). — Daß der Vindicant zugleich regreßpflichtig wäre (Anm. 7), iſt nur ein die Unbilligkeit desſelben in's Licht ſtellender, kein die exceptio begründender, nicht einmal ein gar überall zutreffender Umſtand. Es laſſen ſich Fälle nachweiſen oder denken, in denen Vindicant von der exceptio betroffen wird, trotzdem er nicht regreßpflichtig iſt [18]), desgleichen einer, da Vindicant regreßpflichtig iſt, und der exceptio gleichwohl nicht unterliegt [19]).

2) Der rei vindicatio mit gewiſſen anderen dinglichen und perſönlichen Klagen gemein iſt eine exceptio doli wegen Nichterſtattung von Auslagen [20]). Dem Anſpruche des Klägers auf Reſtitution der Sache kann nämlich ein Gegenanſpruch des Beklagten aus Auslagen auf dieſelbe Sache (ex eadem re) entgegenſtehen — für nothwendige [21]) Auslagen ein Anſpruch ſelbſt des malae fidei possessor [22]), für nützliche [23]) nur des b. f. possessor [24]); Luxusauslagen [25]) geben überall keinen Anſpruch auf Erſatz, ſondern nur die Befugniß zur Weg-

14) l. 1 §. 5 D. h. t. — ſ. dagegen Windſcheid, a. a. O. Anm. 6.

15) Windſcheid, a. a. O. Anm. 4.

16) vgl. l. 31 C. cit. »factum« ejus —

17) l. 7 §. 3 D. jure dot. 23, 3 — exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum.

18) l. 10 D. distr. pign. 20, 5. Et si is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem etc. — Schenkung? l. 62 D. aed. 21, 1.

19) l. 31 C. cit. Anm. 13 — scilicet evictionis causa durante actione.

20) §. 30 §. 32 J. r. d. 2, 1 l. 27 §. 5 l. 48 l. 65 pr. D. h. t. vgl. §. 30 J. act. 4, 6.

21) l. 79 pr. D. v. s. 50, 16 l. 1 — l. 4 D. imp. 25, 1.

22) l. 5 C. h. t. 7, 32 l. 1 C. inf. exp. 8, 52 — si non a fure vindicaveris —

23) l. 79 §. 1 D. v. s. 50, 16 l. 5 §. 3 l. 3 l. 6 l. 14 D. imp. 25, 1.

24) §. 30 §. 32 J. cit. l. 5 C. h. t.

25) voluptariae: l. 79 §. 2 eod.

nahme (jus tollendi)[26]), und auch dieſe nur inſoweit die Sache darunter nicht Schaden leidet oder Kläger nicht ſo viel bietet als ſie dem Beklagten werth iſt[27]). Die bis zur Litisconteſtation vom Beklagten gezogenen Früchte kommen in Gegenrechnung[28]). — Daß dem Beklagten auslagenhalber vertheidigungsweiſe ſein Recht werde, iſt um ſo dringender, als ihm ohne beſondere geſetzliche oder contractliche Grundlage[29]) eine Klage nicht zuſteht[30]); ſo lag deſſen Wahrnehmung hier und in bonae fidei judiciis denn auch ſchon in der potestas[31]) und in dem officium judicis[32]). Im officium judicis lag es und liegt es, je nach Umſtänden dem Kläger Erſtattung der Auslagen bis zum wirklichen Werthe der Melioration, Reparatur, aufzulegen, oder den Beklagten in der Condemnation (durch entſprechenden Abzug) ſchadlos zu halten[33]), oder aber aus menſchlicher Rückſicht auf das Affectionsintereſſe des Klägers und deſſen Armuth zugleich ſelbſt für nützliche und nothwendige Auslagen auf das Recht der Wegnahme zu beſchränken[33a]). Zu all dem bedarf es keiner exceptio doli und gibt es keine; ihrer bedarf es nur für den Fall, daß der Kläger lediglich aus Hartnäckigkeit dem Koſtenerſtattungsbefehl nicht nachkommt und alſo den Richter in die Lage verſetzt den Beklagten abſolviren zu ſollen: dies vermochte der Richter bei

26) arg. l. 9 D. imp. 25, 1 l. unic. §. 5 C. rei ux. act. 5, 13.

27) arg. l. 38 D. h. t. 6, 1 — dum ita ne deterior sit fundus — si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus esset possessor his rebus ablatis —

28) l. 48 D, h. t. vgl. §. 170. Anm. 5

29) wie beides in l. unica §. 5 in Betreff der utiles impensae des Mannes auf die dos — und wie ſelbſt der malae fideipossessor negotiorum gestor ſein kann, l. 5 C. h. t.

30) l. 33 D. cond. ind. 12, 6 nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse. l. 48 D. h. t. — neque ab eo qui praedium donavit neque a domino (sumtus) peti possunt —

31) §. 30 J. act. 4, 6.

32) l. 11 D. nox. act. 9, 4 — vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat — l. ult. D. her. pet. 5, 3 — etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli — cf. l. 1 §. 4 D. si pars her. pet. 5, 4.

33) l. 48 D. h. t. vgl. l. 46 D. usur. 22, 1 l. 7 pr. D. sol. matr. 24, 3.

33a) l. 38 D. h. t. cit. — bonus judex varie ex personis causisque constituet . . . reddat impensam ut fundum recipiat, usque

vorliegendem Eigenthume des Klägers nicht ohne Ermächtigung durch exceptio [34]). „Sumtus . . exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur [35])“ kann demnach nicht sagen wollen, daß der Richter dadurch, daß exceptio doli eingestellt ist das officium nach Billigkeit zu verfahren erhält, sondern nur bedeuten, daß er nebstdem, daß ihn eine exceptio doli bei etwa dolosem Verhalten des Klägers zur Consequenz der Abweisung (Absolution) ermächtigt, ihm das Officium billigen Ausgleichs zur Seite steht [36]). Nur gegen dolose Richterstattung der Auslagen, gegen diese aber mit der gemeinen klagebefreienden Wirkung ist exceptio doli gewährt.

3) Ein Retentionsrecht, und zu seiner Geltendmachung exceptio doli kann dem Beklagten auch aus einem jus in re entspringen [37]); ob auch aus bloßem Kontracte, ist für das römische Recht nicht unbedenklich [38]), wird aber für das heutige gleichwohl angenommen.

§. 170.

Das Urtheil besteht, entsprechend der Zusammensetzung des Prozesses aus vindicatio und petitio, wenn Kläger obsiegt, in

eo duntaxat quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere . . . nisi reddit . . eo deducto tu condemnandus es.

34) l. 11 D. nox. act. 9, 4 — doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur — l. ult. D. her. pet. 5, 3 — restituere habita ratione eorum quae . . erogavit . . . an . . nihilominus perseverans petere . . doli exceptione summoveri possit? — l. 27 §. 5 D. h. t. — per doli mali exceptionem ratio eorum (sumtuum) haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumtibus —

35) l. 48 D. h. t.

36) gegen Dernburg, der per exceptionem doli condemnationem minuere läßt, ist auf die Compensation zu verweisen —

37) z. B. l. 1 §. 4 D. superf. 43, 18. Einschränkend Novelle 18 c. 10 (Windscheid, §. 167. Anm. 1).

38) Ziebarth, Oblig. und Realexecution S. 40. — Dagegen Windscheid, a. a. O. Anm. 2. Degenkolb, krit. Vj. Bd. 9 S. 221.

einer Deklaration, daß Kläger Eigenthümer sei [1]), und in einem Restitutionsbescheid, der nöthigenfalls in Schuldigsprechung (condemnatio) des Beklagten übergeht.

Der Restitutionsbescheid geht auf Herausgabe der Sache samt Zugehör [2]). Unter letztere gehören nicht nur die Früchte, natürliche u. s. g. civile, sondern „omnis causa“ [3]), d. i. alle die Vortheile, die dem Kläger zugefallen wären, wenn ihm seinerzeit restituirt worden wäre [4]); die Früchte jedoch nur abzüglich des darauf gemachten Aufwandes [5]).

Schuldigsprechung (condemnatio) erfolgt, wenn schuldhafterweise [6]) nicht [7]) oder nicht so [8]) restituirt wird, wie restituirt werden soll, es sei nun, daß dies in Betreff der Sache selbst oder ihrer Zubehör zutrifft [9]). Schuldhafter Weise wird nicht oder nicht gehörig restituirt, 1) wo Beklagter geflissentlich nicht restituirt (contumacia non restituentis) [10]), oder es geflissentlich dazu gebracht hat, daß er nicht restituiren kann, dazu gebracht hat vor oder seit der Streiterhebung, wenn er m. f.

---

1) l. 35 §. 1 D. h. t. l. 40 §. 2 D. proc. 3, 3 l. 31 D. pign. 20, 1 l. 6 §. 2 D. confess. 42, 2.

2) §. 2 J. off. jud. 4, 17 — jubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus — l. 5 C. h. t. — praeses provinciae cum pensionibus . . et omni causa restitui (restituere) jubebit. —

3) Die vorige Anm. und l. 17 §. 1 D. h. t. — non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam —

4) §. 100 Anm. 6; im Allgemeinen l. 35 D. v. s. 50, 16: „Restituere“ is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset — Beispiele: das Eigenthum selbst (usucapionis causa — §. 100. 3. b.) — actiones, fructus fructuum, partus (l. 16 pr. l. 17 §. 1 l. 21 D. h. t.) Erlöse: l. 15 §. 2 eod.

5) l. 46 D. usur. 22, 1 l. 3 §. 1 l. 16 D. imp. 25, 1.

6) vgl. §. 87. 4. S. 290.

7) l. 41 §. 1 D. re jud. 42, 1 — si non restituat . . damnandus est — l. ult. D. fidej. 46, 1 — noluit . . restituere et ideo magno condemnatus est — l. 6 §. 2 D. confess. 42. 2 — et si non restituatur, lis aestimabitur —

8) §. 31 J. act. 4, 6 — arbitrarias . . in quibus nisi arbitrio judicis is cum quo agitur satisfaciat, veluti rem restituat . . . condemnari debeat — l. 13 D. Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit —

9) §. 2 J. off. jud. 4, 17 — Illorum autem fructuum etc.

10) l. 68 D. h. t.

possessor ist, seit der Streiterhebung, wenn er b. f. besitzt [11]); — 2) wo zufolge einer culpa des Beklagten nicht oder nicht gehörig restituirt werden kann [12]). Auch in culpa kann der b. f. possessor unmöglich vor der Streiterhebung sein; der m. f. possessor kann es vom ersten Augenblicke seines Besitzes an sein; allein daß die dingliche Belangbarkeit aus Handlungen oder Unterlassungen des Besitzers vor der Streiterhebung über das dolo m. desinere possidere hinaus auf die Fälle bloßer Nachläßigkeit erstreckt worden sei, läßt sich nicht nachweisen [13]); — 3) wo der Untergang oder die Beschädigung der Sache zwar Zufall (casus), dem Beklagten aber insoferne zuzurechnen ist, als man sagen kann, daß Kläger bei unverweilter Restitution die Sache nicht verloren [14]) oder durch deren Verkauf den Preis gerettet hätte [15]). Hiemit ist eine mora vorausgesetzt [16]), die wir selbst beim malae f. possessor nicht vor Anstellung der Klage [17]), beim

11) vgl. oben §. 167 Anm. den dolo malo possidere desinens — l. 22 D. h. t. l. 25 §. 7 D. her. post litem contestatum omnes incipiunt malae f. possessores esse, quin imo post motam controversiam — post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones habentur — qui vero praedo est ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus —

12) in faciendo: l. 16 §. 1 arg. l. 13 D. h. t. — in non faciendo: z. B. Vernachläßigung des Fruchtbezugs, der custodia: l. 22 D. h. t.

13) gegen Glück, Sintenis, Wächter, Savigny, die zwischen dolus und culpa keinen Unterschied machen, s. Windscheid §. 193 Anm. 13; — gegen Windscheid, der a. a. O. und Anm. 9, zwischen culposem Untergang oder Verlust des Besitzes und culposer Beschädigung unterscheidet und für letzteren den m. f. p. auch aus der Zeit vor der L. C. haften läßt, bedenke daß die allegirten l. 13 — l. 15 pr. ununterschieden vom b. f. wie m. f. possessor reden, mithin nur an die Zeit nach der Erhebung des Streites denken können; —

14) vgl. l. 12 §. 4 D. ad exh. 10, 4 — eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.

15) l. 15 §. 3 D. h. t. cf. l. 14 §. 11 in fin. D. quod med. 4, 2 l. 47 §. 6 D. leg. I.

16) l. 15 §. 3 cit. — moram passo deberi praestari —

17) arg. l. 15 §. 3 cit. si servus petitus vel animal demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris — vgl. l. 40 pr. D. her. pet. 5, 3 — ut post acceptum judicium etc. — l. 12 §. 4 D. ad exh. 10, 4. Windscheid, a. a. O. Anm. 9, l. 82 §. 1 D. v. e. 45, 1. Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere.

bonae f. possessor aber auch nachher nicht annehmen dürfen[18]). Dagegen muß es zur Verschuldung des m. f. possessor genügen, daß Kläger verkaufen gekonnt hätte[19]).

Die Restitution kann auch in Cautionen bestehen[20]), und zwar 1) des Beklagten, wenn ohne Verschuldung desselben zur Zeit nicht restituirt werden kann, dagegen aber die Möglichkeit offen steht, daß Beklagter später zu restituiren im Stande sein werde[21]), — oder wenn die Sache sich ohne Verschulden des Beklagten auswärts befindet[22]) — oder wenn die Sache zwar selbst restituirt wird, der Kläger aber nicht wissen kann, ob er damit wahrhaft in den alten Stand versetzt (res integra) sei[23]); — 2) des Klägers: insoferne die Restitution nur Versetzung in den alten Stand, Kläger also nicht etwa auf Kosten des Beklagten besser daran sein soll, als er zuvor war, bei der wirklich erfolgenden Restitution aber nicht sicher ist, ob dem nicht wirklich so sein werde[24]). Ueberall hier (ad 1 u. 2) ersetzt die Caution den Mangel oder den Ueberschuß an naturaler Restitution.

Vindicant kann als Eigenthümer befunden, und Beklagter dennoch — trotzdem er nicht restituirt und auch durch keine Exceptio geschützt ist — für nichtschuldig befunden und absolvirt werden[25]). Zwischen dem ejus esse der Formel und ihrem condemna bestund kein nothwendiger Schluß; die rei vindicatio war gleich allen anderen in rem actiones arbitraria: nach Er-

18) l. 40 pr. cit. — in praedonis persona Proculus recte existimat, in b. f. possessoribus Cassius. Nec enim debet (b. f.) possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.

19) Mommsen, F., Beitr. zum Oblig. R. Die L. v. d. Mora III. S. 187 unten, vgl. I. S. 271. Gegen das apparebit in l. 12 §. 4 D. ad exh. 10, 4 vgl. das potuit vendere in l. 47 §. 6 D. leg. I. und l. 40 pr. D. her. pet. 5, 3.

20) vgl. das ita fieri collationem, ut recte caveatur — l. 1 §. 9 D. collat. 37, 6 mit §. 11 eod. — tamen etiam re (statt cautione) posse fieri collationem —

21) l. 27 §. 4 l. 21 in f. D. h. t.

22) l. 10 — l. 12 D. h. t.

23) l. 18 l. 20 l. 45 eod.

24) l. 13 l. 19 D. h. t.

25) s. oben Anm. 17. 18 vgl. mit Anm. 8 und 13.

kenntniß des Eigenthums mußte nicht blos über das wie und wieviel, sondern zuvor über das Ob der Restitutionspflicht und der eventuellen Condemnirbarkeit befunden werden [26]).

Die durch die Schuldigsprechung zu begründende Schuld ist noch immer eine Geldschuld [27]), setzt also eine Schätzung voraus, die sonst durch den Richter, für den Fall einer contumacia oder eines dolus non restituentis durch den Kläger, und zwar eidlich (jusjurandum in litem) erfolgt [28]).

Zwischen den Restitutionsbefehl und die Schuldigsprechung setzt sich aber in spät- oder nachclassischer Zeit, da wo Restitution möglich scheint, jedoch vom Beklagten verweigert wird, der Restitutionszwang [29]), so daß hier die Schuldigsprechung erst nach erfolgloser Anwendung der Zwangsmittel Anwendung finden und zur Grundlage weiterer Execution werden kann.

Für die Schuldigsprechung und den Restitutionsbefehl haben wir heute den gemeinsamen Ausdruck der „Verurtheilung" [30]).

§. 171.

Negatoria in rem actio.

Diese Klage setzt nicht minder als rei vindicatio einen thatsächlichen Eingriff in das Eigenthum voraus. Allein so gewiß es ist, daß gegen die volle factische Aneignung oder Vorenthaltung der Sache nur die Vindication der Sache (rei vindicatio) platzgreift, so wenig begründet ist es zu sagen, daß unsere negatoria gegen jedwede partielle Eigenthumsverletzung platzgreife [1]). Wird

26) vgl. oben S. 290 fg.

27) vgl. Gaj. 4, 48.

28) l. 5 §. 4 D. de in litem jurando 12, 3 — ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; haec enim judex aestimat — l. 2 eod. — cum vero dolus aut contumacia non restituentis . . quanti in litem juraverit actor. — Weiteres hierüber unter der Prästation im Obligationenrecht —

29) l. 68 D. h. t. §. 81. B. — Gegen die vielen vom Restitutionszwange absehenden Stellen auch aus späterer Zeit s. Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 77. 2.

30) über deren Gestaltung das Nähere bei Wetzell, Syst. d. ord. Civilproz. §. 46. 2.

1) wie namentlich seit Puchta, P. §. 172 gelehrt wird (z. B. Van-

hier wirklich eine gewiſſe Freiheit[2]) des Eigenthums vindicirt, ſo muß der Eingriff ſeiner Art oder Intention nach die Anmaßung irgend einer Dienſtbarkeit des Eigenthums ſein, er darf z. B. keine bloße Beſitzſtörung, kein bloßer Muthwille, oder bloß gegen die Perſon des Eigenthümers gerichtet ſein. Dafür ſpricht denn auch der Umſtand, daß unſere negatoria ihrem Namen und ihrer Charakteriſtik nach als das Widerſpiel der confessoria und mit dieſer als eine de servitute actio erſcheint[3]), — daß kein Negatorienfall vorkommt, in welchem der abzuwehrende Eingriff nicht als Servitutenanmaßung zu denken wäre[4]) — und gegen jene nicht ſervitutenartige Eingriffe anderweite Klagen oder Vertheidigungsmittel (uti possidetis — injuriarum actio — Nothwehr) zuſtehen[5]). Zur Probe dient ferner das Miteigenthum, innerhalb deſſen wohl ein partieller Eingriff des Einen gegen den

---

gerow §. 353. Anm. 1. Schmid, Handb. §. 17 S. 370. Windſcheid §. 198. Anm. 4. Arndts, §. 169. Anm. 2. Seuffert, P. §. 181. Anm. 2. Bekker, Aktionen I. S. 217. Baron, P. §. 54. I.

2) ſ. oben §. 166. Theoph. ad §. 2 J. act. 4, 6 in fin.: — *δοκῶ τῇ δυνάμει ταῦτα λέγειν. Εἰ φαίνεται ἐλεύθερον δουλείας ἢ ἐλεύθερον* usufructu *τὸν ἐμὸν εἶναι ἀνρόν* — vgl. mit deſſen Formel für das judicium liberale zu §. 13 J. eod: *Εἰ φαίνεται, με ἐλεύθερον εἶναι* — Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim, S. 365. Duroi, Arch. f. civ. P. Bd. 6 S. 296. Schmidt, Lehrb. v. Klagen und Einreden, 9. Ausg. §. 466. 467.

3) D. si usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur (7, 6); D. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur 8, 5; l. 2 pr. eod.: De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutem sibi competere contendit, negatoria domino qui negat. vgl. l. 4 §. 7 l. 8 pr. eod. und dazu die Klagefälle in §. 2 J. act. 4, 6 und Theophilus ad h. l.

4) in den für das Gegentheil aufgeführten ll. bedenke betreffs l. 8 §. 5 D. h. t. 8, 5 die Worte: nisi ei rei talem servitutem admittit — Ergo per contrarium agi poterit jus esse fumum immittere — dem entſprechendes zu l. 13 eod; betreffs l. 17 §. 1 eod.: daß hier nur eine confessoria (in negativer Form) in Frage ſteht; betreffs l. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47, 7 das analoge entſchieden ſervitutenmäßige tignum (immissum) aut protectum; — der Zweifel und die Verwerfung der actio de servitute (ſei ſie nun confeſſoriſch oder negatoriſch) in l. 8 §. 6 D. h. t. 8, 5 eben darum, weil kein Servitutenſtoff vorliegt.

5) l. 3 §. 3 §. 4 D. uti poss. 43, 16 — l. 5 pr. D. inj. 47, 10.. domumve suam vi introitam esse . . . cf. l. 13 §. 7 eod. — oben §. 82. Anm. 42.

Anderen [6]), dagegen keine Servitut [7]), darum keine confessoria und deswegen auch keine negatoria denkbar ist [8]). Namhafte Autoren haben sich denn auch gegen die hier bekämpfte Ausdehnung der Negatoria erklärt [9]). — Entgegen der Anmaßung weitergehender jura in re, wie der Superficies u. s. f. scheint die Negatoria nur um so mehr platzgreifen zu sollen; allein da jene nicht ohne Apprehension und Detention der Sache zu denken ist, so mag auch rei vindicatione geklagt, und die etwaige Einrede aus dem angeblichen Rechte nöthigenfalls durch Gegenbeweis bekämpft werden. Für den Fall pfandweiser Innehabung steht negatoria a. nirgends zu; für den Fall superficiarischer, emphyteuticarischer Detention dürfte dasselbe gelten; wenigstens ist die negatoria a., welche zudem eine de servitute actio ist, für diese Fälle nicht bezeugt.

Der Grund, aus welchem Kläger das angemaßte Recht negiren und Restitution verlangen kann, ist nicht schlechthin das Eigenthum: denn das Eigenthum begründet keine Vermuthung, geschweige denn einen Schluß auf Nichtexistenz von Servituten [10]);

---

6) l. 11 D. h. t. 8, 5 — quodammodo sibi alienum quoque jus praecipit (in communi loco invitis caeteris aedificando).

7) l. 26 D. s. p. u. 8, 2,

8) l. 11 cit. — et magis dici potest prohibendi jus quam faciendi esse jus socio — was als Verneinung der beiden zuvor in Frage gestellten de servitute actiones dasteht (l. 26 D. s. p. u. 8, 2), so daß prohibendi jus nicht die negatoria ist (wie selbst Schmidt v. J. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 15 Nro. 6 S. 166 annimmt), sondern die prohibitio mit interd. quod vi aut clam: l. 28 D. comm. div. 10, 3 vergl. l. 27 §. 1 D. s. p. u. 8, 2. Vgl. im allgemeinen noch l. 4 D. serv. leg. 33, 3 und die Unmöglichkeit der operis n. n. zwischen Miteigenthümern: l. 3 §. 1 D. o. n. n. 39, 1: — prohibebo communi div. vel per Praetorem. Vgl. Burckhard, die op. n. n. (Forts. d. Glück'schen Comm. Nro. 33 bes. S. 110.

9) Schmidt v. Z. f. g. Rw. Bd. 15 Nro. 6. VIII.; B. Hollweg, röm. Civ. P. Bd. 2 S. 255. Hesse, Rechtsverhh. der Grundstücknachbaren, II. S. 8 fgg. Von den Aelteren s. Schmidt, Lehrb. v. d. Klagen und Einr. §. 466. §. 467.

10) vgl. Fitting, Rückbeziehung S. 94: „daß auf einem Grundstücke Dienstbarkeiten haften wird — wenigstens nach Ansicht der Römer — als etwas ganz Natürliches, als der regelmäßige Zustand betrachtet" (mit Allegation von Vangerow §. 619. Anm 3); — s. dagegen Puchta, P. §. 172. Arndts, P. §. 169. Schmid, Hdb. S. 368. 1. Bekker a. a. O. S. 216. Alin. 2.

der Grund liegt vielmehr in dem Umſtande, daß das dem Eigenthume natürlicherweiſe (S. 471 unten und fg. S. 482 oben) innewohnende Prohibitionsrecht entgegen der jenſeitigen Anmaßung zur Stunde beſteht, oder was eins iſt, daß das klägeriſche Eigenthum von der angemaßten Servitut [11]) frei iſt. Nicht das Eigenthum ſchlechthin, ſondern ein ſo und ſo beſchaffenes [12]), von der ihm zugemutheten Dienſtbarkeit freies Eigenthum, oder die durch den Beklagten in Frage geſtellte Eigenthumsfreiheit iſt Grund der Klage, ſo denn auch Gegenſtand der Geltendmachung, des Streites und Beweiſes. Nicht das einfache rem ejus esse der rei vindicatio, ſondern ein jus sibi esse prohibendi oder ein jus ei non esse invito se aedificandi utendi fruendi etc. [13]) bildete die Intentio unſerer Klage im förmlichen Prozeſſe, wornach denn aber auch nicht das Eigenthum, ſondern nur jenes Prohibitionsrecht oder jene Freiheit des Eigenthums den Gegenſtand des Beweiſes bilden kann [14]).

Die Läugnung des Eigenthums wäre Beſtreitung der Legitimation zur Klage, keine negative Streiteinlaſſung, würde den Streit hindern, nicht bilden; erſt die Läugnung des Prohibitionsrechtes oder der Freiheit, d. i. die Behauptung der Servitut formirt den Streit, und damit den zu ſeiner Beilegung nothwendigen Beweis [15]). Daß dieſer auch hier dem Kläger obliege,

---

11) nicht überhaupt: l. 4 §. 7 D. h. t.

12) tale dominium: l. 20 §. 1 D. a. s. d. 41, 1.

13) l. 4 §. 7 l. 9 in fin. l. 12 D. h. t. 8, 5 l. 5 pr. D. h. t. 7, 6 l. 15 D. o. n. n. 39, 1 l. 9 §. 2 D. damn. inf. 39, 2. Vgl. darüber Bekker, a. a. O. Schmidt, v. J. a a. O. S. 154 fgg.

14) was von den meiſten Anm. 1 citt. Autoren und vielen Anderen widerſprochen wird. S. dagegen J. A. Seuffert, Erörtt. II. S. 73—85 Pand. §. 185 Anm. 5. Pfeiffer, verm. Aufſätze S. 205. Samhaber, Zeitſchr. f. Civilr. und P. Bd. 18 S. 135. Pape, Zeitſchr. f. Civilr. u. P. Bd. 16 S. 194. Reuter, dieſelbe Zeitſchr. N. F. Bd. 12 Nro. 15.

15) Theoph. ad §. 2 J. act. 4, 6: — *ἐπειδὴ γὰρ συνομόλογηται. ἐμὲ εἶναι δεσπότην τοῦ ἀγροῦ. ἢ τῆς οἰκίας, καθ' ὧν ὁ ἀντίδικος ἑαυτῷ προσεῖναι* usumfructum *ἢ δουλείαν φήσιν, ἐγὼ λέγων, τὸνδε μὴ ἔχειν* usumfructum *ἢ δουλείαν κατὰ τοῦ ἐμοῦ ἀγροῦ, δοκῶ τῇ δυνάμει ταῦτα λέγειν· εἰ φαίνεται ἐλεύθερον δουλείας* etc. *τὸν ἐμὸν εἶναι ἀγρὸν* — nachdem mein Eigenthum zugeſtanden iſt, nicht indem ich es behaupte, intendire ich die Freiheit deſſelben. —

würde kaum streitig sein, wenn er nicht auf Nichtexistenz einer Servitut, also auf eine Negative ginge. Denn überall sonst liegt der Beweis dem Kläger ob [16]), überall sonst liegt der Beweis dem Besitzer nicht ob; der negatorisch Verklagte wird aber gewöhnlich im Besitze der bestrittenen Servitut sein; denn so lange dies nicht der Fall ist, kann der Eigenthümer sich seiner durch factische Prohibition erwehren; erst wenn der Gegner im (Quasi-) Besitz der Servitut ist, wäre die factische Prohibition eine Gewaltthätigkeit, gegen welche jenem ein Interdict zustünde [17]). Soll es eine Bedeutung haben, daß wir durch operis novi nunciatio den Gegner zum Besitzer machen [18]), und daß darum demjenigen, der sich durch Prohibition helfen kann, von o. n. n. abgerathen wird [19]), so muß der Besitzer beweisfrei sein; die Klage aber zu der die einmal vorgezogene o. n. n. hier [20]) führen würde, ist die Negatoria. Die l. 5 §. 10 cit. erweist uns mithin eine Negatoria, in der Kläger, trotzdem er Nichtexistenz der Servitut behauptet, den Beweis gleichwohl führen muß. — Gleicherweise wäre die „Strafe", welche den negatorisch Verklagten im Falle der Nichtvertheidigung befährt, und die darauf hinausläuft, daß künftig Er als Kläger auftreten muß, wenn er bei seinem angeblichen Rechte bleiben will [21]) — unverständlich, wenn dieser Wechsel in der Parteirolle keinen Wechsel in der Beweislast mit sich brächte [22]), der ursprüngliche Kläger die Beweislast nicht zu tragen gehabt hätte; der ursprüngliche Kläger kann aber ebensowohl ein Negatorienkläger sein, als er in l. 15 ein confessorisch Klagender ist. Ist doch die zweite Confessoria dieser Stelle nur ein künstlich zur Servitut gestaltetes, dem Eigenthume sonst na-

16) l. 15 D. o. n. n. 39, 1 — ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse, petitoris partes sustinere —

17) s. das vim fieri veto z. B. in l. 1 pr. D. itin. 43, 19 und vgl. l. 3 §. 2 eod. — recte a me via uti prohibetur — überhaupt D. quod vi aut cl. 43, 24. (§. 174. II. 1.).

18) l. 1 §. 6 D. h. t. 39, 1.

19) l. 5 §. 10 D. eod.

20) l. cit. — quotiens quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere velit —

21) l. 15 D. o. n. n. 39, 1. Si priusquam . . . altius tollere —

22) s. zum Ueberfluß den oben Anm. 16 gedruckten Schluß der l. 15 cit.

türlicherweiſe innewohnendes Prohibitions- oder Negationsrecht [23]). — Dem allem gegenüber kann die Schwierigkeit des Beweiſes um ſo weniger in Betracht kommen, als es prozeßualiſch nichts weniger als feſtſteht, daß das Beweisthema keine Negation enthalten dürfe [24]), und als es nicht an Mitteln fehlt, die Beſitzerwerbung auf Seite des Gegners zu verhindern, und die Klägerrolle de servitute (in petitorio) dieſem zuzuſchieben. Auch dadurch, daß er ſich bei Zeiten ſeine Freiheit als Servitut beſtellen ließ [24a]) beugte der Römer der Beweisſchwierigkeit vor. Wollte aber der Eigenthümer trotzdem der Beſitzſtand (der Freiheit) für ihn iſt, etwa um ein alsbaldiges Definitivum zu ſchaffen, anſtatt zu Prohibitionen und Interdicten ſofort zur Negatoria greifen [25]), ſo müßten wir die Beweislaſt allerdings dem Beklagten aufbürden [26]); die Thatſache, daß der Eigenthümer Kläger iſt, würde von der Thatſache, daß er Beſitzer iſt, überwogen [27]); wir würden ſeine Klageſtellung wie eine Provocation zur confessoria zu denken haben; denn nur ſo kann noch nachdem die Klage (es ſei nun negatoriſch oder confeſſoriſch) geſtellt iſt, gefragt werden, quis possessoris, quis actoris partes sustineat [28]).

Das Urtheil iſt auch hier zunächſt declaratoriſch, und wenn zu Gunſten der Freiheit erkannt wird, reſtitutoriſch, eventuell condemnatoriſch. Es iſt reſtitutoriſch, indem dem klägeriſchen Anſpruch auf Wiederherſtellung des vorigen Standes zu genügen befohlen wird [29]). Dieſe Reſtitution beſteht nicht nur in der Ent-

23) — Idemque e contrario si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere — Schmidt, v. J. a. a. O. S. 159.

24) Bayer, der gem. d. ord. Civilpr. 8. Aufl. S. 685—690, und z. B. Wetzell a. a. O. §. 17 Anm. 22.

24a) Elvers, röm. Serv. L. §. 39. Scheurl, Zeitſchr. f. g. Rw. Bd. 12, S. 255 fgg. Keller, §. 172, 4.

25) l. 14 pr. D. h. t. 8, 5 si nova tigna velis immittere — l. 5 §. 6 D. h. t. 7, 6 - si negatoria actione utatur . . . si non sit possessor . . . quod si possident . .

26) vgl. J. A. Seuffert, Pfeiffer, Samhaber an dem Anm. 14 agf. O.

27) wie auch in der confessoria, wenn hier der Beſitzer klagt: l. 6 §. 1 D. h. t. 8, 5.

28) l. 8 §. 3 D. h. t. 8, 5 — Antwort: — possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem tibi deberi ait: si vero non sint immissa eum qui negat —

29) l. 8 C. serv. 3, 34 — integrum . . restituere compellitur.

fernung unbefugt errichteter Anlagen[30]), und in dem Ersatz der inzwischen etwa entgangenen Früchte[31]), „oder"[32]) des durch die Anmaßung sonstwie gestifteten Schadens[33]), sondern auch in dem Ersatz der alten, durch den Eingriff gestörten Sicherheit, d. i. in der Aufrichtung einer „Friedensbürgschaft" für die Zukunft[34]) — einer Caution, welche von der wegen Nichtvertheidigung[35]) selbstverständlich unterschieden werden muß. Für den Fall des Ungehorsams kann nach neuerem Rechte auch hier Restitutionszwang eintreten[36]); wo dieser vergeblich wäre, oder vornherein nicht anginge, wie z. B. da wo die Parteien über die Größe des Schadensersatzes sich nicht einigen, oder überhaupt nicht gezahlt werden will oder kann, muß Schätzung und Condemnation platzgreifen[37]).

§. 172.

Schutzklagen.

I. Gegen körperliche, aber vorderhand erst drohende Beschädigung des Eigenthums (de damno nondum facto s. futuro[1])) geht

1) die damni infecti postulatio, actio[2]). Diese ist veranlaßt, wenn die Gefahr in der Schadhaftigkeit, Fehlerhaftig-

30) „sumtibus suis opus tollere" l. 8 C. cit. l. 14 D. h. t. 8, 5; vgl. das aedificatum non habere in l. 9 pr. in fin. eod.

31) l. 5 §. 6 D. si ususfructus petatur vel . . negetur 7, 6 si non sit possessor qui agat — l. 4 §. 2 D. h. t. 8, 5 — et in negatoria fructus computantur —

32) wie zwischen computantur und quanti in l. 4 §. 2 cit. zu denken ist —

33) l. 4 §. 2 cit. — quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium —

34) — an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi, judicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat. l. 12 D. h. t. 8, 5. Schmidt, Hdb. §. 17 Anm. 11 und der daselbst citirte J. R. A. §. 162 mit der in diesem verordneten cautio de non amplius turbando, impediendo, excedendo, attentando, offendendo —

35) l. 15 D. o. n. n. 39. 1.

36) Vgl. oben §. 170. Anm. 29.

37) Schmid, Hdb. S. 372 „auf volle Ersatzleistung ꝛc."

1) l. 7 §. 1 D. damn. inf. 39, 2 l. 14 §. 2 D. aq. pluv. arc. 39, 3.

2) D. damni infecti (39, 2).

keit (vitium) eines fremden „Gebäudes, Platzes, Werkes“ [3]), oder in der Inangriffnahme eines Werkes an ſich [4]) begründet iſt. Denn was inſonderheit das „Werk“ anlangt, ſo ſind darunter nicht nur die fertige Anlage („Waſſerleitung“ [5]), Damm, Mauer, Brunnen, Brücke u. ſ. f. [6])), ſondern auch die dazu führende Arbeit [7]), und nicht nur die fertige oder im Werden begriffenen Anlage, ſondern auch vorübergehende Arbeiten auf fremdem, öffentlichem, eigenem Boden zu verſtehen [8]). Als ob man ferner auf den Fall des Einſturzes von Häuſern, Anlagen ſich gegen die Ausflucht des Caventen: daß dies nicht am Haus, an der Brücke, ſondern am Boden, Untergrunde gelegen geweſen, — habe ſchützen wollen, ward zugleich mit dem vitium aedium, operis auf das vitium loci, soli Bedacht, und dies gemeiniglich in die Caution mit auf-genommen [9]); daß de vitio loci überall nur in Verbindung

3) l. 24 §. 2 D. h. t. — ne quid »aedium, loci, operis vitio« damnum factum sit — cf. §. 5 §. 12 eod.; — aedes ruinosae: l. 6 l. 12 §. 5 eod. si aqua vitiet fundamenta; — loci vitio: si quid arborum locive vitio acciderit . . si vetustate arborum hoc fiat, l. 24 §. 9 cf. pr. §. 2 l. 15 §. 3 eod. und bedenke die viae in l. 24 pr. eod. die Erdrutſchungen in l. 9 §. 2 eod. Bäume: l. 24 §. 9 h. t.; operis, quod vel in aedibus, vel in loco urbano, aut in rustico aut privato publicove fiat — l. 19 §. 1 eod; quod aquae ducendae fit . . quod exempli gratia scriptum est — l. 30 pr. §. 2 eod.; utputa in domo mea puteum aperio . . . si tamen tam alte fodio in meo ut paries tuus stare non possit — l. 24 §. 12 eod.; destruere l. 24 pr. eod.; „si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur l. 18 D. rem rat. 46, 8. „Werkmeiſter.“

4) z. B. der Abbruch in l. 43 §. 1 D. h. t. Burckhard, Fortſ. des Glück'ſchen Comm., Serie der Bücher 39 u. 40, 2. Theil, S. 136 fgg., beſ. S. 137.

5) l. 30 §. 2 h. t.

6) ſ. oben Anm. 3; ferner Waſſerröhren (l. 18 D. s. p. u. 8, 2) Düngerhaufen (l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5) Oefen (l. 24 §. 7 D. h. t.).

7) Anm. 3 a. E.

8) z. B. Reparatur von Wegen ꝛc. l. 3 §. 11 l. 5 §. 4 D. it. 43, 19 l. 1 pr. §. 12 §. 14 D. cloac. 43, 23 l. 3 §. 9 D. riv. 43, 21, das tollere zufolge des jus tollendi l. 19 §. 4 D. loc. 19, 2, Schatzgraben, l. 15 D. ad exh. 10, 4. Burckhard, a. a. O. Nr. 13 insb. S. 162. Anm. 49.

9) arg. l. 15 §. 3 D. h. t. Notandum, quod non etiam de loci vitio sed de operis tantum vitio cavetur — l. 24 pr. D. h t. — propter quod operis dumtaxat nomine . . . cavetur, de vitio loci nihil cavetur — l. 10 (cf. l. 9 §. ult. l. 22 pr.) l. 20 l. 18 §. 4 eod.

mit Bauten und Anlagen cavirt worden sei [10]), hat manches gegen [11]), manches [12]) für sich. Am schwersten würde der Mangel an Fällen wiegen, wenn wir in der That keine hätten [13]). — Die Gefährlichkeit muß abwendbar [14]), also derart sein, daß man sie dem Besitzer, Unternehmer zurechnen [15]), wenn auch nicht (als culpa) vorwerfen kann [16]). Die der öffentlichen Gebäude, Plätze, Werke berechtiget blos zur Beschwerde bei der Obrigkeit [17]), ganz anders die von Privatwerken auf öffentlichen Plätzen, Flußbetten, Ufern [18]). Häuser die an sich fehlerfrei, dagegen aber mittelbar, durch ihre vitiöse Nachbarschaft, gefährlich sind, werden behandelt, wie wenn sie selbst vitios wären [19]).

Klageberechtigt ist vor allem der benachbarte Hauseigenthümer [20]), weiterhin aber jeder Nachbar, der als Miethsmann

10) wie Burckhard a. a. O. Nr. 12 der gemeinen Meinung entgegen ausführt —

11) namentlich l. 33 §. 1 eod.; doch s. Burckhard, S. 160, der an ein vitium arborum et loci denkt; — l. 24 §. 2 eod. Burckhard S. 150.

12) z. B. l. 19 §. 1 eod.

13) wie Burckhard behauptet; indessen s. die schon oben Anm. 3 citirte und namentlich von Sintenis (pract.-gem. Civilr. §. 127 Anm. 43 a. E.) hieher bezogene l. 9 §. 2 — crusta lapsa — ferner die Bäume (l. 24 §. 9), welche doch nicht überall opus sind. Von bloßem „Retentionsrecht" (Burckh. S. 161 unten) ist nicht die Rede wo dandum judicium de damno jam facto —

14) arg. l. 24 §. 8 h. t. damnum cui nulla ope occurri poterit — l. 43 eod.

15) l. 13 §. 7 h. t. — in quo nihil sit, quod imputari ei possit — l. 24 §. 3 eod. damnum, quod injuria fit, non si . . . quid casu fortuito acciderit z. B. §. 4 §. 5; ferner §. 2 eod. „quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit"; denique nemo dixit palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem — geht das accidens extrinsecus blos auf Plätze? oder was soll es bei Häusern sein? Burckhard. S. 140.

16) l. 18 §. 4 h. t. — plus autem (als culpa) in stip. venit damni i. — Burckhard, S. 136. S. 139 unten.

17) l. 24 pr. l. 15 §. 10 h. t. In Betreff des heutigen Rechtes s. Burckhard Nr. 53 S. 662 fgg.

18) l. 24 pr. eod.

19) l. 13 §. 2 eod. — cum prospicere sibi potuerit d. i. cautionem —

20) z. B. l. 13 §. 3 D. h. t. — utrum intersit ejus an non — vicinas aedes habeat an non —

u. ſ. f. auch nur mit ſeiner fahrenden Habe bedroht iſt[21]); dagegen nicht wer nur vorübergehend am Orte der Gefahr weilt[22]). Dieſelbe Gefahr, die dem Eigenthum, kann auch anderen Rechten an der Sache drohen, und droht überdies demjenigen, welcher die Gefahr der Sache trägt, ohne daß er ein Recht an ihr hat. In der That findet die Klage in dieſen weiteren Kreiſen ſtatt[23]), und wird ſogar fraglich, ob und wieweit der dominus proprietatis neben Anderen zur Klage zuzulaſſen ſei[24]). Ueberhaupt iſt das Eigenthum hier nicht Grund der Klage, wie in den Vindicationen[25]), wohl aber der Eigenthümer diejenige Perſon, welcher durch Geſetz[26]) und Magiſtratur[27]) geſchichtlich zuerſt[28]) ein Anſpruch auf die durch unſere Klage zu erwirkenden Schutzmittel verliehen worden iſt.

Dieſe Schutzmittel entwickeln ſich, was zunächſt den Urfall, nämlich den des gefährlichen Hauſes anlangt, aus dem Gedanken, daß für deſſen Einſturz und den daraus erfolgenden Schaden der Eigenthümer an und für ſich unverantwortlich[29]), der Beſchädigte vielmehr ſelber ſchuldig ſei, wenn er es ſo weit kommen laſſe[30]), daß dagegen inſolange, als ſich dem Schaden vor-

---

21) l. 13 §. 5 cf. §. 6 eod.

22) l. 13 §. 4 eod.

23) ſ. einſtweilen l. 18 pr. l. 11 l. 13 §. 7 §. 8 §. 9 eod.; in Betreff des b. f. possessor inſonderheit l. 11 l. 13 §. 9 citt. und unten §. 179.

24) l. 5 §. 2 eod. si et dominus proprietatis et fructuarius desideret sibi caveri d. i., uterque audiendus est: nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus, quam quod ejus intersit —

25) ſ. oben §§. 168. 171.

26) Huſchke, Gajus, S. 210; Gaj. 4, 31; l. 5 D. ne quid in l. publ. 43, 8; lex Rubria c. 20.

27) Gaj. cit. l. 7 pr. etc. h. t. Unten Anm. 64.

28) vgl. die Entwicklung von l. 13 §. 3 — §. 10 h. t. Burckhard a. a. O. Nr. 20. S. 274.

29) l. 6 h. t. Evenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione — l. 7 §. 1 eod. — de damno vero facto nihil edicto cavetur — l. 2 l. 44 pr. l. 14 §. 2 D. a. pl. a. 39, 3.

30) l. 44 pr. eod. — priusquam Praetor adiretur aedes tuae corruerunt — ut. . . . mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim — cf. l. 9 pr. eod. „propter angustias temporis“ l. 8 eod. — non ipsius negligentia —

beugen lasse, irgend ein Recht auf Abwendung desselben allerdings begründet sei. Darüber, daß dieser Anspruch zunächst auf mehr oder etwas anderes als Caution für Ersatz des etwaigen dereinstigen Schadens nicht gehen könne, besteht im römischen Rechte kein Zweifel; dagegen ist auf die Frage: was dann, wenn nicht cavirt wird? schon in diesem keine vollständige Uebereinstimmung zu finden. Zwar für den Fall, da der Einsturz wartet, bis der ganze Prozeß zu Ende gelangt ist, besteht wiederum keine Uneinigkeit; da tritt das aut aut der Caution oder Auslieferung des Hauses (cavere — carere [31]) in Geltung; die Nichtcavirung hat stufenweise Immission und Possession zur Folge; das gefährliche Haus gleicht dem schädlich gewordenen Sklaven oder Thiere [32]); der Herr verbricht oder schadet nicht selbst, was der Sklave verbricht, das Thier oder das Haus schadet, und braucht darum nicht schlechthin für den Schaden aufzukommen; allein er muß es defendiren [33]) oder an den Betroffenen ablassen, das Haus ordentlicher, fast möchte man sagen, natürlicher Weise nur so lange es steht, nicht mehr, nachdem es eingefallen ist [34]); die Defension besteht hier, wo sie nur damno infecto begehrt werden kann, nur in Caution [35]); zum „Ersatz" [36]) oder zur „Strafe" [37]), wenn nicht cavirt wird, bestehen Immission und Possession — mag damit der etwa wirklich eintretende Schaden oder dessen Abwendung weniger oder mehr als gedeckt sein. Hiemit stimmt es auch noch überein, daß dann, wenn der Einsturz zwar nach dem Immissionsdecret, aber noch vor dem Eintritt in den Besitz erfolgt, mehr als Immission nicht begehrt werden kann, trotzdem das Haus zur

---

31) l. 9 pr. eod.

32) l. 7 pr. eod. l. 5 D. nequid in l. publ. 43, 5 „noxae" A. Pernice, M. Antistius Labeo, S. 117. Burckhard, Nr. 1.

33) l. 9 pr. cit. — aedibu careres quas non defendit — l. 4 §. 6 eod. — ut ita monitus defensor existat.

34) l. 7 pr. cit. Ulp. — cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederint, desierint extare — vgl. l. 15 §. 28 eod. — missio cessabit — Hinwiber l. 15 §. 34 eod. Ulp. u. Anm. 42.

35) l. 9 pr. — cavere aut aedibus carere quas non defendit —

36) l. 15 §. 3 eod. »ut vice cautionis in possessione sit« —

37) l. 4 §. 1 D. ne vis fiat 43, 4.

Ruine oder zum leeren Platze geworden ist [38]). Ja selbst dann, wenn der Einsturz noch vor dem Cautionsgesuch erfolgt, und ausnahmsweise [39]) damno jam facto noch klageweise vorgegangen werden kann, geht die Klage nicht „auf Entschädigung," sondern „auf Entschädigung oder Ablassung des Hauses" [40]), — auf Entschädigung aller Wahrscheinlichkeit nach nur in Gestalt der Caution (de damno praeterito) [41]), und wenn weder cavirt noch gezahlt werden will, auf Ablassung wahrscheinlich in Gestalt des üblichen Immissionsverfahrens [42]). Denn soll der Beschädigte hier alles verlangen können, was er re integra verlangen konnte [43]), so kann ihm doch kein Anspruch auf mehr als das zustehen. Schlechthin **Ersatz** des Schadens kann der Betroffene nach diesem System nur fordern, wenn der Verklagte nicht nur nicht caviren, sondern auch die Missio nicht dulden will; da fordert er in factum, oder fictitia actione, wie wenn cavirt wäre [44]).

Nun aber findet sich diese letztere Klage auch da, wo der Erwirkung des Immissionsdecretes Unzugänglichkeit der Obrigkeit im Wege steht und inzwischen der Schade eintritt [45]); so wie da, wo dieses noch während der Cognition über das Cautionsgesuch

38) l. 15 §. 34 h. t. — in possessionem ruinae vel areae mittendus — trotz l. 7 pr. in Anm. 34.

39) l. 9 pr. h. t. — si quis propter angustias temporis aut quia rei p. causa aberat non potuerit d. i. stipulari l. 8 eod. — cum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit.

40) l. 9 pr. cit. — Praetorem curaturum ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat —

41) vgl. den vorhergehenden Theil der Stelle: ut etiam de praeterito damno caveatur —

42) vergl. Burckhard, Nro. 49 S. 628. — Hesse, Rechtsverhh. zwischen Nachbarn S. 134 (mit Vangerow und Sintenis); — s. dagegen Windscheid §. 458 I. „kann er Schadensersatz direct fordern" —

43) l. 9 pr. — quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium cavebitur — cf. l. 8 eod.

44) l. 4 §. 2 D. ne vis fiat 43, 4 — quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat.

45) l. 4 §. 3 eod. — haberet judicium qui damnum passus est, und zwar (ab init.) hoc judicium, nämlich dasselbe was l. 4 §. 2 eod.

geschieht[46]). Allerdings ist wenigstens für diesen letzteren Fall der Obrigkeit ausdrücklich[47]) das Ermessen vorbehalten, ob noch auf nachträgliche Caution, oder sofortige utilis actio zu dekretiren sei; allein immerhin ist Missio abgesprochen, und es fragt sich nur, ob nach dekretirter aber verweigerter Caution, oder ob sofort utiliter (als ob cavirt wäre) auf Ersatz zu klagen sei. Damit ragt aber ein zweites, außerhalb unserer Quellen vertretenes System des Schutzes gegen damnum infectum in unseren Quellen herein: das der Alternative der Caution oder Cautionsfiction, so daß im Falle des non cavere nicht das carere, sondern ein Schadensersatz, als ob cavirt wäre, an die Stelle tritt, — nur daß in unseren Fällen, da der Schaden bereits eingetreten ist, zum Theil auch von der Caution Umgang genommen wird[48]). —

Was die übrigen Gefährlichkeiten, außer der der Gebäude, anlangt, so ist die Defension durch Caution allenthalben, dagegen Immission nicht allenthalben, namentlich nicht gegen erst im Werden begriffene „Werke", selbst wenn sie auf dem eigenen Grund und Boden des Unternehmers vorkommen, und überhaupt da nicht begründet, wo die Gefahr „nicht in dem Zustand einer Sache, sondern in der Handlung einer Person liegt"[49]). Dafür, daß hier etwa eine in factum actio an die Stelle der Missio trete, gibt es kein Zeugniß, wohl dagegen wird sich zeigen, daß gewisse Verbotsrechte (prohibitio mit interdictum quod vi aut clam und operis novi nunciatio) auch damni infecti nomine (damni depellendi causa) bestehen (§. 174), so daß der Bedrohte entweder mit dem Verbote beginnt, und es Sache des Prohibirten oder Nunciaten ist, das Verbot durch Cautionserricht-

46) l. 15 §. 28 D. h. t. — et missio quidem cessabit; praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat. Burckhard, Nro. 48.

47) Denselben Vorbehalt nimmt Burckhard Nro. 47 auch für den vorigen Fall (der l. 4 §. 3 cit.) an.

48) System der lex Rubria, durch mangelnde Competenz (zum cavere jubere) veranlaßt. Vgl. auch das nonnunquam in l. 6 h. t.

49) l. 4 §. 1 D. h. t. — in possessionem ejus rei mittendus est. »Ejus rei« sic accipe, sive tota res sit, sive pars rei — l. 7 pr. — in possessionem ejus rei . . . ire et . . . etiam possidere jubebo — und so nach Hesse, Bachofen auch Burckhard, Nro. 38 S. 525.

ung oder Erwirkung obrigkeitlicher Remiſſion zu entkräften, oder aber zumal auf Caution klagt, und in und mit dem Cautionsdecrete zugleich ein obrigkeitliches Verbot des Weiterbauens ꝛc. für den Fall der Nichtcavirung erlangt [50]). — —

Was im Einzelnen die Caution betrifft, ſo wird zur Errichtung derſelben Jeder zugelaſſen, zur Errichtung durch bloßes Verſprechen aber nur wer „im eigenen Namen" cavirt; wer es in fremdem Namen thut, muß zugleich Bürgen ſtellen [51]). Im eigenen Namen cavirt der Eigenthümer, und ohne viel Anfechtung, der b. f. possessor [52]); daß das Gleiche für alle gelte, die ein jus in re haben, ſcheint früher entſchieden verworfen, von Ulpian dagegen angenommen, und recipirt zu ſein [53]); — bei der Caution für „Werke" kommt es lediglich darauf an, ob ſie auf eigenem oder fremdem Boden errichtet werden [54]). Hiernach geht zwar die Klage und Ladung einzig an den Herren des gefährlichen Hauſes, Platzes, Werkes; allein der Cautionsbefehl kann auch ohne daß er der Ladung Folge leiſtet, erwirkt, und muß dann, wenn er nicht an ihn ſelbſt oder ſeine Vertreter im Beſitze [55]) inſinuirt werden kann, derart bekannt gemacht werden, daß auch Dritte zu caviren Gelegenheit bekommen [56]). Ohne dieſe (dem Kläger ſelbſt obliegende) Mittheilung des Cautionsbefehls kann von keinem non cavere, keinem Ungehorſam des Beklagten die Rede ſein, und alſo das Verfahren weder zur Immiſſion, noch zur etwaigen in factum actio fortſchreiten. — Die Ertheilung des Cautionsbefehles hängt, gleichviel ob Beklagter vor Gericht

50) vgl. Burckhard, operis n. nunciatio S. 403, damni i. c. Nro. 17 Nro. 38.

51) l. 7 pr. eod. — d. i. suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo —

52) l. 13 pr. eod. — habet . . rationem ut magis repromittat quam satis det; suo enim nomine id facit — Burckhard, S. 308.

53) vgl. l. 13 §. 1 eod. (Ulp. 35 ad ed.) im Zuſammenhange nicht nur mit l. 13 pr. ſondern auch mit l. 9 §. 4 §. 5 eod. aus demſelben Ulpian'ſchen Buche, und den Einſtreuungen l. 10 — l. 12 eod. Zu der älteren Anſicht vgl. l. 15 §. 2 eod. — cum in alieno fiat, satisdationem praetor injungit —

54) l. 15 §. 9 eod. z. B. in loco publico l. 15 §§. 2 sqq.

55) l. 4 §. 5 eod. vel procuratori ejus vel certe inquilinis.

56) l. 4 §. 6 — necdum hereditas adita . . . libellum ad ipsas aedes proponere . . . ut ita monitus defensor existat —

erscheint oder nicht erscheint [57]), von dem Dasein der Gefahr, und von der Legitimation des Klägers ab; allein in beiden Richtungen bietet ein dem Kläger obliegender Calumnieneid für jetzt genügende Sicherheit [58]); nur das Ermessen darüber, ob ein seiner Gattung nach zu schützendes Interesse oder Recht vorliege, ist der Obrigkeit anheimgestellt [59]), und darum mehr als daß Kläger das Recht aus dem er Caution begehrt anführe [60]), von ihm, außer dem Calumnieneide, nicht zu verlangen. Bestünde das vom Kläger angeführte Recht in Wirklichkeit nicht, so würde es wohl überall auch an dem Schaden fehlen, um dessenthalben cavirt wird, und darum dem Kläger die Caution, Stipulation oder seinerzeitige Action nichts nützen [61]). — Ist „die Stipulation gewährt“ [62]), (die Repromissio oder Satisdatio befohlen) [63]), und der Beklagte oder Dritte zu deren Leistung bereit, so kommt es nun zur Abfassung des Versprechens, wie sonst und einst zur edictmäßigen [64]) Abfassung der actio [65]), gewöhnlich mit Einfüg-

---

57) vgl. nebeneinander lex Rubr. c. 20 — is . . eum qui in jus eductus erit, de ea re ex formula repromittere et si satisdari debebit, satisdare jubeto, decernito — u. l. 4 §. 5 h. t. — abesse autem videtur, qui in jure non est.

58) l. 7. pr. l. 13 §. 3 §§. 12 — 15 h. t.; in Betreff der Berechtigung, Aebli, cautio d. i. 1867 S. 21, dagegen Hesse, Rechtsverhh. S. 117 fgg., unterscheidend Burckhard, S. 271 S. 487 fg.

59) l. 13 §. 3 cit. — non inquiretur utrum intersit ejus an non — totum hoc jurisdictioni praetoris subjiciendum, cui cavendum sit, cui non. Ceterum neque ei qui in meo deambulet etc.

60) vgl. Bangerow, Leitf. §. 678 Anm. II.

61) arg. l. 18 §. 10 in f. D. h. t. — quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit: ut possit videre nihil interesse venditoris; — »quod damnum mihi etc. datum erit, quanti ea res est, tantam pecuniam mihi dare spondesne?« Rudorff, RG. Bd. 2 §. 56 Anm. 12. Die Sache, nicht den Grund nennt Bangerow, a. a. O. „Erst wenn der Schaden wirklich eingetreten ist und die Klage aus der Stipulation angestellt wird, muß das Recht des Stipulator, wenn es in Abrede gestellt wird, zum Gegenstand besonderer Beweisführung gemacht werden“ —

62) vgl. l. 15 §. 8 h. t. — dum Praetor de danda stipulatione deliberat —

63) lex Rubr. c. 20 — repromittere . . satisdare jubeto, decernito — l. 7 pr. h. t.

64) lex Rubr. c. 20 — ex formula repromittere, satisdare —

65) weshalb diese prätorischen Cautionen vice actionum sunt (l. 20 D. rat. r. h. 46, 8) oder actionis instar habent (l. 37 pr. D. o. e. a. 44 l. 15 pr. h. t. l. 10 §. 3 D. comp. 16, 2).

ung eines Termins, binnen deſſen der Schade eintreten muß [66]), — einer exceptio, wenn mit sadisdatio cavirt werden ſoll, trotzdem Cavent suo nomine zu caviren behauptet [67]), oder wenn ein Prokurator ſtipulirt [68]), — der Erben, Succeſſoren, und aller derer, „ad quos ea res pertinebit“ [69]). Daß Promittent auch den Schaden erſetzen müſſe, den die gefährliche Sache nach ihrer Veräußerung durch den Promittenten ſtiftet, verſtund ſich zwar von ſelbſt [70]); aber wenn dieſe Sache in der Formel als Sache des Promittenten und nur des Promittenten bezeichnet war, ſo lag darin eine „captio“ [71]) für den Fall, daß der gefürchtete Schaden zwar eintrat, allein die Sache nicht mehr des Promittenten war. „Ich bin eingeſtanden für meine Sache, mochte der nunmehr belangte Promittent (oder in ſeinem Namen der Univerſalſucceſſor) ſagen; die da den Schaden geſtiftet hat, iſt nicht meine Sache“. Darum Einfügung aller möglichen Nachfolger mit möglichſt umfaſſendem Ausdrucke, nicht um ſie ſelbſt zu binden [72]), ſondern um die Befreiung des Promittenten und

66) l. 13 §. 5 l. 7 pr. l. 15 pr. §. 1 §. 2 l. 4 pr. eod. l. 18 in f. D. rem rat. h. 46, 8 l. un. pr. D. rip. mun. 43, 15.

67) l. 7 pr. cit. — si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari jubebo — l. 22 §. 1 eod. — sub hac exceptione: si dominus non esset — l. 31 §. 1 eod.

68) l. 39 §. 3 h. t. — quodsi ei (procuratori) non cavebitur, mittendus est in p. procurator omnimodo, ut ei exceptio procuratoria non noceat. cf. §. ult. J. exc. 4, 13 und die Rudorff'ſche Formel in deſſen RG. a. a. O.: extra quam si mihi procuratorio nomine agere non liceat —

69) l. 24 §. 1 h. t. Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque ad quos ea res pertinet. Successores . . et hi qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur — denen die Sache überall gehören wird? (vgl. l. 70 in f. D. v. s. 50, 16; oben §. 130 Anm. 1), die gefährliche, oder die bedrohte Sache, oder dieſe wie jene? — oder „welche die Sache angehen wird“? als Cautionsberechtigte? Cautionspflichtige? oder Beide? — einzufügen als Perſonen, die geben? empfangen? Schaden leiden werden? Fragen, welche ſeit der Gloſſe verſchieden, aber u. E. nicht befriedigend beantwortet ſind (Burckhard, S. 495—502).

70) l. 17 §. 4 eod. — und dürfte alſo von hier aus l. 24 §. 1 cit. nicht zu verſtehen ſein. S. dagegen Windſcheid, §. 459 Anm. 21 und zum Theil Burckhard S. 498; — l. 18 §. 10 eod. betrifft Veräußerung auf Seite des Stipulators.

71) vgl. lex Rubria c. XX. gegen Ende.

72) Donellus, comm. lib. 15 c. 47 §. 11 gegen Bartolus: Hoc

seiner Universalsuccessoren zu verhindern. — Läßt sich denken, daß der Stipulator auch noch nach der Veräußerung der bedrohten Sache einen Nachtheil aus der jetzt erst eintretenden Beschädigung der Sache habe [73]), so gilt vonseiten des Stipulators dasselbe, was seitens des Promittenten.

Zu solcher Cautionserrichtung kann übrigens der Gegner nicht nur klage- oder prohibitionsweise, sondern auch exceptionsweise genöthiget werden [74]). Ist die Geltendmachung des Cautionsrechtes *versäumt*, so bleibt dem Geschädigten nur in Anbetracht des auf seinem Grundstücke befindlichen Schuttes ein Retentionsrecht oder Interdict, nicht auf Entschädigung, sondern auf vollständige Räumung; cautio de damno praeterito und insoweit Entschädigung kann nur verlangt werden, woferne der Geschädigte durch ehehafte Noth die cautio zu verlangen gehindert war [75]). — Was insonderheit ferner die

Besitzes-Einweisung anlangt, so erfolgt diese „wenn nicht cavirt wird", und zwar „anstatt der Caution" [76]), in contumaciam. Die Caution gilt als Defension der Sache, Nichtdefension zieht den Verlust der Sache nach sich [77]). Dieser Verlust erfolgt in der schließlichen Ueberweisung der Sache an den Kläger (missio ex secundo decreto [78])), setzt aber Einweisung in den Besitz (missio in possessionem) und einige Dauer dieses Zwischenzustandes, binnen dessen die Caution noch nachgeholt werden kann, voraus [79]); ist das zweite Decret (possidere jubere) einmal erfolgt, dann hilft (von i. i. restitutio abgesehen) kein Cautionser-

neque de singularibus successoribus .. stipulatoris, neque de singg. successoribus promissoris . . . intelligi ullo modo potest, repugnantibus manifestis regulis juris — wiewohl im übrigen auch *er* unzulänglich.

73) vgl. oben Anm. 61.

74) s. die oben Anm. 8 citt. Stellen.

75) l. 7 §. 2 l. 9 pr. cf. §. 1 h. t. Zum Theil anders die Anm. 42 agff. Autoren.

76) l. 15 §. 30 eod. »ut vice cautionis in possessione sit.«

77) l. 9 pr. D. h. t. — integra re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere quas non defendit — vgl. l. 4 §. 6 eod. — ut ita monitus defensor existat —

78) l. 15 §. 16 eod.

79) l. 15 §. 21 §. 22 §. 31 eod.

bieten mehr [80]); jetzt ist die Caution definitiv durch die Sache selbst ersetzt [81]) — Die Einweisung „in den Besitz" [82]) muß wenngleich das Gebäude nur zum Theil vitios ist, doch immerhin so weit erfolgen, daß nachher der Besitz selbst an die Stelle der Detention treten kann [83]). — Sie kann Mehreren, mit- oder nacheinander, ertheilt werden, und erfolgt an Alle, nicht etwa nach Maßgabe des Schadens, sondern an Jeden ins Ganze, also nur durch Concurrenz in Theile, selbstverständlich in gleiche [84]). So erfolgt denn auch das zweite Decret zu Gunsten ihrer Aller, und zu gleichen Theilen [85]); hätte dagegen Einer das zweite Decret erwirkt, bevor die Uebrigen das erste erlangt haben, so steht er nunmehr als Eigenthümer da, und können die Anderen nicht mehr mit ihm, sondern nur mehr gegen ihn durch Caution oder Immission sichergestellt werden wollen [86]). — Bis zum zweiten Decrete mag der Eigenthümer mit im Besitze bleiben; von da an darf er dejicirt werden [87]). Würde derselbe dagegen den (mit dem ersten Decrete) Eingewiesenen gar nicht in den Besitz kommen lassen, so wäre dieser nicht zur Dejection, sondern, für den Fall, da der Schade eintritt, zu einer in factum actio auf so viel, wie wenn cavirt wäre, berechtiget [88]). Dingliche Rechte von Seite derer, die caviren konnten und nicht caviren, braucht der Eingewiesene nicht zu achten [89]), — ein Umstand der Usufructuare. Pfandgläubiger ꝛc. leicht zur Errichtung der Caution bewegen wird,

80) l. 15 §. 34 eod. — et ita Labeo; ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur, — seposito quod quibusdam aetate vel qua alia justa causa subvenitur —

81) vgl. l. 15 §. 30 — ut „vice cautionis« in possessione sit.

82) vgl. S. 495 über »in possessione esse« —

83) l. 15 §. 12 eod. — nec profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat — §. 13 §. 14 l. 5 pr. eod.; vgl. S. 497 Anm. 1.

84) l. 15 §. 18 eod. — nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittetur, sed in totum — aequaliter concursu partes habebunt.

85) l. 15 §. 15 — §. 20 eod.

86) l. 15 §. 17 cit.

87) l. 15 §. 20 §. 23 eod.

88) l. 15 §. ult. eod. vgl. l. 16 (?) l. 17 pr. — §. 4 l. 4 §. 2 l. 9 pr. eod. l. 4 §. 2 D. ne vis fiat. 43, 4. Vgl. oben Anm. 44.

89) l. 15 §. 24 §. 25 eod.

— Schon die Einweisung in den Besitz ist „anstatt der Caution", allein noch nicht endgiltig; bis zum zweiten Decret kann immer noch cavirt werden [90]. Bis dahin gibt die Einweisung, nebstdem daß sie das erste Stadium eines Contumacialverfahrens darstellt, eine Art pfandrechtlicher Deckung, führt keine Verpflichtung, wohl aber die Berechtigung zur Reparatur nach sich; denn sie soll eben nur die Caution ersetzen, welche den Stipulator zu nichts verpflichtet [91]. Wer aber repariren könnte, und anstatt dieses zu thun, die Detention aufgibt, verliert das Recht auf Einweisung, trotzdem er den Besitz aus Furcht vor dem Einsturz verläßt [92]. Eine Caution, die sich nicht auf die seit der Einweisung gemachten Reparaturauslagen und bereits erlittenen Schäden erstrecken würde, braucht der Eingewiesene sich nicht gefallen zu lassen [93]; auf die Auslagen geht aber auch in factum actio [94]. —

Das zweite Dekret, obwohl nur „Ermächtigung zur Besitzergreifung" [95], bezweckt gleichwohl Eigenthumsrecht in der Person des Ermächtigten [96] — ein Eigenthum, das nur die höhere Magistratur zu gewähren vermochte [97] — immerhin blos magistratischen Rechtes und nur mittelst Usucapion in civilrechtliches Eigen zu übersetzen war [98] — nicht blos durch das Dekret, wohl aber gleichzeitig mit dem Dekrete erfolgte, insofern der Ermächtigte die bisherige Detention durch nunmehrigen animus possidendi in Besitz verwandelte, und in dem Besitze nun zugleich sein

90) vgl. oben Anm. 79.

91) l. 15 §. 30 cod. — reficere . . debere . . . exemplo ejus qui pignori accepit. Sed alio jure utimur; cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit —

92) l. 15 §. 35 eod.

93) l. 15 §. 31 eod.; — ex quo tempore damni ratio habeatur, utrum ex quo in possessionem ventum est an vero ex quo praetor decrevit —? Frage und Entscheid. §. 32 cod.

94) §. 34 eod. — sed non amplius quam quod boni viri arbitratu factum sit —

95) »possidere jubere« l. 7 pr. l. 15 §. 21 §. 22 §. 17 cf. §. 26 eod. l. 4 §. 4 eod.

96) l. 15 §. 16 §. 17 §. 33 eod. — possidere jure dominii a praetore jussus —

97) l. 4 §. 4 eod.

98) l. 5 pr. l. 12 l. 15 §. 26 §. 27 eod.

magistratisches Eigenthum hatte [99]). Jene Usucapion dürfte bereits durch Justinian zur Antiquität geworden sein [100]); gegen jeden Dritten, insonderheit gegen Pfandklagen, war der Besitzer aus dem zweiten Decret von jeher auch ohne Usucapion geschützt [101]). —

Der Grundsatz, daß man de damno jam facto sich in der Regel nicht mehr beschweren könne, gilt auch im heutigen gemeinen Rechte [102]). Anderseits muß aber auch als feststehend betrachtet werden, daß man dem künftigen Schaden nicht etwa blos durch Anrufen der Polizei [103]), als das Organ der öffentlichen Sicherheit, sondern immerfort auch durch Anrufen der Gerichte, als den Hort unseres Privatrechtes und Privatinteresses, vorbeugen kann. Die Römer hatten gegen Baugefahren nicht weniger Polizei als wir [104]), aber zugleich stipulationem, einst sogar legis actionem [105]). Ferner fehlt es auch dafür, daß die Vorsichtsmaßregel gemeinrechtlich in einer Caution zu bestehen habe, nicht an überwiegender Doctrin [106]) und zum Theil sehr entschiedenen oberstrichterlichen Erkenntnissen [107]), wiewohl die ein-

99) vgl. oben §. 147. Anm. 12.

100) vgl. §. 143 S. 541 oben.

101) l. 15 §. 25 l. 12 D. h. t.; vgl. oben §. 143 S. 538 II.

102) wenn gleich nicht unangefochten: siehe darüber Höpfner, Comm. §. 824. Anm. 4. Müller, prompt. tom. IV. p. 4013 der sogar behauptet: Plurimi enim JCC. statuunt, damnum . . . a vicino sarciendum esse, quamvis nulla cautionis praestatio (actio?) praecesserit, aber nicht belegt; preuß. Landr. Th. II. T. 20 §. 765 ff.; — s. dagegen Cod. Max. Bav. IV. 16 §. 10. Burckhard, S. 633 und besonders Hesse, Rechtsverhh. §. 47 S. 179 fg. lüb. Recht, p. 4 tit. 3 art. 5 — „wurde er aber nicht verwarnt, so darf er zu dem Schaden nicht antworten".

103) s. hierüber Burckhard (S. 634) und S. 661 gegen Buddeus, in Weiske's Rechtsl. v. Gebäuden; den richterlichen Bescheid bei Hesse, a. a. O. S. 309.

104) s. die von Burckhard S. 636. Anm. 82 hiefür agff. l. 7 D. off. praes. 1, 18 l. 8 C. aedif. priv. 8, 10 l. 46 D. h. t. Polizeivorschriften sind auch die von P. Roth, bayr. Civilr. §. 125 Anm. 7 excerpirten statutarische Bau u. a. OO.

105) Gaj. 4, 41.

106) vgl. Burckhard S. 640. Anm. 84.

107) Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 185 Bd. 9 Nr. 34. Hesse, a. a. O. Anhang, Rechtsfälle, Nr. I—VII. S. 298 fgg. Dadurch, daß particularrechtlich (Cod. civ. Bav. Max. a. a. O.) „wenn die Gefahr sehr groß oder der Schaden fast unvermeidlich ist, man nicht einmal cautionem zu-

heimischen Quellen mehr zu bloßer Verwarnung durch den Bedrohten zu neigen scheinen [108]) und zu Gunsten der Caution außer den richterlichen Grundsätzen auch die wirkliche Uebung (der Cautionserrichtung) [109]) noch mehr nachgewiesen werden sollte. Daß endlich für den Fall, wenn nicht cavirt (oder der Verwarnung nicht entsprochen) wird, Immissio und Uebereigung der gefährlichen Sache principiell das Bessere, und in jedem Falle das Gerechtere wäre [110]), läßt sich nicht verkennen. Liegt in dem Anspruch auf cautio ein Zwangsrecht gegen den Eigenthümer, und in diesem eine Beschränkung des Eigenthums, so sollte diese doch nicht über die Ueberlassung dieses Eigenthums hinaus getrieben werden; und eben das, daß der Eigenthümer zu *mehr* als der Preisgebung seines Eigenthums nicht soll *gezwungen* werden können, ist der Sinn und Grund des Immissionsverfahrens [111]); neben dem Interesse des bedrohten Eigenthümers soll beßtmöglich auch *sein* Interesse gewahrt werden: zwischen zwei Dingen, der Caution, d. i. völligem Ersatz des etwaigen Schadens, und Preisgebung des Eigenthums soll er wählen, ja sich über den Cautionstermin hinaus besinnen können [112]). Auch ist das andere System, welches für den Fall der Nichtcavirung dereinst klagen läßt, als ob cavirt wäre, in der That also rücksichtslos auf Schadensersatz geht, nicht nur an sich härter, sondern auch im römischen Rechte nur für besondere Fälle ausnahmsweise [113]), und namentlich in der lex Rubria nur mangels Immissionsrechtes (der Municipalmagistrate) begründet gewesen. Allein viel weniger als die Uebung der Cautionserrichtung scheint die unserer Immissionen nachgewiesen werden

läßt, sondern . . . alsogleich völlige Abstellung vorkehrt" wird die Caution nicht „bedeutungslos" (Roth a. a. O), wohl aber (falls die Abstellung doch nicht „alsogleich" erfolgen sollte) der nun klaglose Postulant gefährdet (vgl. Burckhard, S. 635).

108) Hesse, a. a. O. §. 47.

109) wie wir sie aus den Erkenntnissen bei Hesse Nro. III. und IV. S. 310 fgg. folgern können.

110) s. Burckhard, Nro. 52 (S. 641 — S. 661).

111) vgl. oben Anm. 29—44.

112) s. oben. Anm. 79.

113) s. oben. Anm. 75. 40.

zu können [114]); ſelbſt in der Doctrin herrſcht die Gewährung der „Rubriſchen" in factum actio oder die Verweiſung auf unmittelbares Eingreifen der Gerichte oder der Polizei vor [115]). Um ſo begründeter iſt der Wunſch nach Wiederbelebung des freilich auf Activität des Eingewieſenen berechneten Inſtitutes.

§. 173.

2. Aquae pluviae arcendae actio [1]). Auf „Abwehr [2]) von Regenwaſſer [3])" gerichtet ſchützt dieſe Klage gegen den Schaden, den jenes unſerem „Felde" [4]) in Folge eines auf benachbartem „Grundſtücke" [5]) von dritter Hand angelegten Werkes [6]) zuzufügen droht [7]).

---

114) die von Burckhard (S. 644) aus Heſſe aus neuerer Zeit beigebrachten Erkenntniſſe, ſcheinen doch mehr blos das Recht zur Immiſſion, als deren wirkliche Vornahme zu beweiſen.

115) vgl. darüber Burckhard, S. 641, bei Anm. 85. „Strafauflagen an den Cautionspflichtigen" — „Auflage der Beſchwerde abzuhelfen" — „direktes Vorgehen der Obrigkeit, indem dieſe entweder die Bauten ſelbſt reparire und die Koſten vom Inhaber executoriſch beitreibe oder im Falle der Inſolvenz das baufällige Haus verkaufe und dem Käufer die Pflicht der Reparatur auflege".

1) D. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3.

2) nicht gegen Entziehung: l. 1 §. 11 §. 21 l. 2 §. 9 h. t. Zu dieſer letzteren Stelle ſiehe die ſcheinbar gewagte, aber durch das »aquam enim arcere hoc esse curare ne influat« verbürgte Zeichnung von Heſſe, Rechtsvhh. S. 224. Actio de dolo: l. 1 §. 12 l. 2 §. 9 h. t. — Si modo non hoc animo fecerit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat —

3) l. 1 pr. h. t. — a. p. quae de coelo cadit atque imbre excrescit sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mixta sit. §. 2 §. 15 §. 16 §. 17 l. 3 §. 1 — neque enim calidae aquae pluviae sunt — hieher als argum. e. contr. l. 3 pr. »aquam«. Schneewaſſer: Unterholzner, Schuldverhh. Bd. 2 S. 196 zu Aggenus Urb. comm. in Front. und Heſſe, a. a. O. S. 126.

4) l. 1 §. 17 §. 20 Si . . aqua . . noceat loco qui est inter continentia h. e. aedificio non posse me a. p. a. a. conveniri — §. 1 eod.

5) l. 1 §. 20 . . . si ex continentibus (Anm. 4) profluens in meum agrum defluat eique noceat, a. p. a. esse actionem — arg. l. 4 pr. eod.

6) l. 1 §. 1 eod. — quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est i. e. cum quis manu fecerit quo aliter flueret quam natura soleret, z. B. fossae, aggeres (l. 1 §. 4 §. 23) Vertiefung, Einengung (l. 1 §. 1 §. 22) Pflanzungen (l. 1 §. 6) Bauten (l. 1 §. 20 l. 4 pr. eod.).

7) l. 1 §. 1 eod. l. 14 §. 2 §. 3 eod.

Von diesen Werken sind die zum Anbau der Felder nothwendigen Erdarbeiten, wie namentlich die Saatfurchen, ausgenommen, dagegen die Wasserfurchen auf den Wiesen nicht ausgenommen [8]). Ob durch die neue Vorrichtung abgeleitet, oder gestaut wird, ist gleichgiltig [9]). Unmöglich kann darum an den Fall, da dem Nachbar das Wasser neu zugeführt wird, weniger gedacht sein, als an den Fall da es ihm nur in verstärkter Auflage zufließt [10]). Ohne ein Werk ist an unsere Klage nicht zu denken [10a]); allein einerseits kann eines da, und bedrohlich sein, und die Klage findet gleichwohl nicht statt: denn das Werk kann ein „Gesetz" [11]), unvordenkliche Zeit [12]), Servitut, Gestattung des Nachbars [13]) für sich haben; anderseits ist möglich, daß das Werk aus einem der eben gedachten Gründe erlaubt oder gegen den Eigenthümer zuständig [14]), und die Gefahr durch keinerlei Zuthat des Eigenthümers, sondern durch die Elemente begründet oder vermehrt sei: und dennoch findet aquae p. a. a., wenigstens utiliter, statt, dann nämlich, wenn die Gefahr durch Schadhaftigkeit, Aushöhlung, Verschlammung des Werkes begründet oder erhöht wird, und der Eigenthümer die nöthige Ausbesserung, Auffüllung, Reinigung, da wo er sie schuldet (Anm. 33) nicht vornimmt, oder da wo er sie dulden muß, nicht zuläßt [16]) —

8) l. 1 §. 8 — nisi si quid agri colendi causa fiat — §. 7 fructuum percipendorum causa — überhaupt l. 1 §§. 3—9 l. 24 pr. §. 1 h. t.; — sulci transversi, aquarii l. 1 §. 5 §. 9 l. 24 §. 1; l. 1 §. 4 eod. Hesse, a. a. O. S. 228.

9) l. 1 §. 10 §. 2 eod.

10) s. dagegen Hesse, S. 231. Anm. §. 56.

10a) l. 2 §. 5 h. t. — Varus ait: si naturalis agger fuit etc. — §. 8 eod. — Labeo ait: si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, a. p. a. actione agi non posse tecum a vicinis — l. 14 §. 1 eod. — de facto quod nocet, quaeritur — und vgl. Hesse S. 249 fg. gegen Schmidt, v. J. Abhh. S. 138 fgg.

11) l. 2 pr. eod. lex agraria: l. 23 pr. eod. »ab his qui primi agros constituerunt«.

12) l. 2 pr. §. 8 l. 28 D. h. t.

13) l. 2 §. 10 eod. l. 19 l. 20 eod.

14) l. 1 §. 23 eod.

15) non secundum voluntatem: l. 2 §. 6 eod. Vgl. übrigens l. 14 §. 1 in f. eod.

16) l. 1 §. 23 in f. l. 2 §. 1—7 eod. §. 6 lies: quae non secun-

direct, wenn das in Frage stehende Werk schon an und für sich ein dem klagenden Nachbar nachtheiliges (nur lege etc. erlaubtes) — utiliter, wenn es ein an und für sich demselben vortheilhaftes (lege etc.) zuständiges ist. Endlich erscheint als ein opus facere und damit als Anlaß unserer Klage auch ein opus tollere [17]), vorausgesetzt natürlich, daß das Werk für den Kläger Schutzwehr, und vorausgesetzt — wie wir meinen — daß es durch Gesetz, Alter, Servitut (zu Lasten des Eigenthümers) geboten war [18]).

Das Schutzmittel besteht hier in „operis restitutio“ [19]), welche meist Beseitigung, zuweilen Wiederherstellung (Anm. 17, 18), oder bloß Reparatur oder Reinigung desselben (Anm. 16) ist. Restitution des bereits eingetretenen Schadens ginge über den Gedanken des bloßen Schutzes (arcere) hinaus (Anm. 7); Ersatz für denjenigen, der nach der Litiscontestation eintritt, kann geleistet werden, allein nicht sowohl nach der Natur der a. pl. a. actio, als nach den gemeinen Folgen des Streitbeginnes [20]), und liegt darum überall dem Beklagten nur dann ob, wenn er überhaupt restitutionspflichtig ist [21]). Zur Vervollständigung der Restitution kann wegen auch jetzt noch zu befürchtenden Schadens damni inf. cautio anbefohlen werden [22]).

Direct belangbar ist nur der Herr des Grundstückes (Werkes); denn nur er kann restituiren oder restituiren lassen [23]). Hieraus wird der Satz abgeleitet, daß wegen eines in publico ausgeführten Werkes unsere Klage nicht platzgreift [24]), während in

---

dum voluntatem mutata sint (Mommsen). Hierauf beschränkt sich, was Hesse S. 216 fgg. S. 249 fgg. Ausdehnung der Klage auf Schäden „ohne Zuthun von Menschenhand“ nennt. Anders Schmidt, Abhh. S. 142 Nr. 70.

17) l. 1 §. 22 eod.

18) argum. das unmittelbar folgende denique in l. 1 §. 23 eod. mit dem liceat mihi scil. in agro tuo aggeres vel fossas habere —

19) l. 6 §. 6 l. 5 h. t.

20) s. oben §. 100. Anm. 3.

21) l. 6 §. 6 l. 4 §. 1 h. t.

22) l. 14 §. 3 h. t.

23) l. 5 l. 4 §. 2 h. t.

24) l. 3 §. 3 eod. — von Belang für die §. 127 a. E. aufgeworfene Frage — vgl. l. 2 §. 3 h. t. und unten S. 691.

Betreff des Werkes, durch das man den Boden religiös macht, ein Nachlaß stattfindet [25]). Utiliter wird die Klage auch gegen den Usufructuar zugelassen, wofern er selbst das Werk hergestellt hat [26]) — während uns der b. f. possessor [27]) und der Emphyteuta [28]) in dem dominus inbegriffen scheint. — Der Herr ist schlechthin belangbar, ob er nun das Werk selbst aufgeführt hat, oder nicht; allein letzterenfalls muß er die Restitution nur dulden [29]), und kann er sich überdies der Restitution halber damni infecti caviren lassen [30]); ersterenfalls muß er selbst restituiren und den nach der Litiscontestation eintretenden Schaden vergüten [31]). Für Werke die der Herr zugelassen, oder die sein Erblasser hergestellt hat, steht er ein, wie wenn er sie selbst hergestellt hätte [32]). Findet die Klage von wegen Werken statt, welche durch Gesetz ꝛc. für oder wider den Nachbarn bestehen, so kann es sich nur um Reparatur oder Reinigung handeln, und diese muß der Herr vornehmen, wenn er direct haftet (wenn das Werk zu seinem Vortheil, quasi seine Servitut ist), — dulden, wenn er blos utiliter haftet) das Werk an sich ein ihm schädliches ist [33]), nur dulden. — Belangbar ist der jeweilige Herr des Grundstückes, der gewesene auch dann nicht, wenn er selbst oder ein Dritter während seiner Herrschaft das Werk angelegt hat [34]),

25) l. 4 pr. eod. — fuit enim dominus —

26) l. 22 §. 2 gegen l. 3 §. 4 eod. —

27) vgl. oben §. 143. Anm. 22 S. 536; Hesse, S. 242.

28) l. 23 §. 1 h. t. cf. l. 5 §. 2 D. arb. furt. caes. 47, 7 und oben §. 145 a. E. S. 553 fg.

29) l. 4 §. 2 §. 3 l. 5 l. 6 l. 7 eod.

30) so sicher nach l. 5 und so wahrscheinlich nach l. 4 §. 2 eod. cf. Mommsen ad h. l.

31) l. 6 §. 6 §. 7 eod.; unter Umständen (si id quod antecessit, tolli sine eo non potest) erstreckt sich die Restitutio auch auf Werke nach der Litisc. l. 14 §. ult. l. 15 eod.

32) l. 4 §. 2 eod. „ignorante domino“ l. 5 eod. „insciente domino“ — „si jussu domini fecisset“ — l. 6 §. 7 eod. — quod autem is cui heres sum fecit, perinde est atque si ipse fecissem. —

33) l. 1 §. 23 l. 2 §. 5 — §. 7 eod. vgl. Anm. 16. Nicht ganz so Hesse §. 60.

34) arg. Anm. 23, ferner l. 4 pr. h. t. „etiamsi“ §. 1 eod. „post. jud. acceptum“ —

vorausgeſetzt freilich, daß in der That veräußert, der gegenwärtige Inhaber nicht ſimulirter Käufer oder dergleichen iſt [35]); einmal belangt aber haftet der gegenwärtige Herr — wenn ihn eine Haftung trifft (de damno praeterito und de opere restituendo) — fort, wenngleich er von jetzt ab veräußert [36]); iſt dagegen (ſeit der Litiscontestation) noch nichts geſchadet, und er nur Duldung ſchuldig, ſo muß gegen den Nachfolger geklagt werden [37]). Hätte der Vorgänger nur judicii evitandi causa veräußert, ſo könnte um den inzwiſchen eingetretenen Schaden 1 Jahr lang noch er belangt worden [38]).

Auch klageberechtiget iſt direct [39]) der jeweilige Herr des bedrohten Grundſtückes, der frühere ſelbſt dann nicht, wenn das Werk zur Zeit ſeines Eigenthums zu Stande kam [40]). Von einer Obligation zwiſchen den beiderſeitigen Eigenthümern kann demnach keine Rede ſein. Und doch, wird ſofort eingeſchärft, ſei unſere Klage non in rem sed personalem [41]). Dies dürfte zunächſt darin ſeinen Grund haben, daß der Beklagte hier nicht wie bei der rei vindicatio die Klage „nicht zu dulden braucht“ [42]), ſondern daß er derſelben, wofern er die Anlage ſelbſt gemacht hat, auch durch Abtretung des Platzes nicht ausweichen kann [43]). So liegt zwiſchen dem Beklagten und Kläger eine Pflicht, die er nicht lediglich als Beſitzer, oder ſachhalber, ſondern die er „auch suo nomine“ [44]), inſoweit perſönlich hat. Ihr entgeht er nicht mehr durch Abtretung an den Kläger, nachdem er, als Eigenthümer, belangt iſt, und inſoweit iſt die Klage perſönlich; ihr entgeht er

35) l. 12 cf. l. 7 §. 1 h. t.
36) l. 4 §. 1 l. 7 pr. §. 1 h. t. eod.
37) l. 16 h. t.
38) ſ. dagegen die zum Theil abweichenden Auslegungen von Schmidt v. J., Abbh. S. 150. Heſſe S. 257 fgg. Windſcheid, Anm. 16.
39) l. 22 pr. eod. — si fructuario (interdictum) non competet, . . . magis est, utilem a. p. a. et a. accommodare. — In Betreff des Emphyteuta ſ. l. 5 §. 2 D. arb. furt. caes. 47, 7 l. 23 §. 1 h. t. und oben Anm. 28.
40) l. 6 §. 4 eod.
41) l. 6 §. 5 eod.
42) ſ. oben §. 167. Anm. 8 S. 649.
43) l. 7 pr. D. h. t. cf. l. 4 §. 1 l. 16 citt.
44) l. 7 pr. cit. — et suo nomine convenitur ut opus tollat.

dagegen dadurch, daß er noch vor der Belangung veräußert, und sich also unbelangbar macht, und darum ist die Klage, trotzdem sie persönlich heißt, nicht obligatorisch. Es ist ein dem bedrohten Eigenthümer gegen den Eigenthümer zugestandenes Zwangsrecht [45]), kein Forderungsrecht, das unserer actio zu Grunde liegt, und aber gleichwohl in der Formel die Gestalt eines Forderungsrechtes angenommen haben kann [46]). Wer blos Duldung zu prästiren hat, erfüllt seine Pflicht, und darüber, indem er abtritt, und wird frei, nicht weil er abtritt, sondern weil er seine Schuldigkeit thut [47]).

Sind der Eigenthümer auf passiver oder activer Seite Mehrere, so steht die Klage Jedem und gegen Jeden insoferne solidarisch zu, als Jeder von Jedem die Restitution oder deren Duldung ganz fordern kann, ja fordern muß [48]), Jedem und Jedem blos pro parte, insoferne die Prästation und Condemnation wegen Nichtrestitution, Nichtduldung, und des nach der Litiscontestation eingetretenen Schadens blos pro parte platzgreift [49]). — —

Gleich der damni infecti postulatio findet aquae p. a. a. nur gegen künftigen Schaden (Anm. 7), im Gegensatze zu jener dagegen erst nachdem das Werk zu Stande gekommen ist, statt [50]), geht dafür aber nicht blos auf Caution, sondern auf Restitution. Das dürfte des Motiv's genug sein, daß außer der damni inf. c. auch noch unsere a. p. a. a. aufkam [51]); auch war die noxa, welche in Gestalt der Regenfluth daher kam, nach Ursache und

45) vgl. l. 2 §. 4 cod. — cogendum esse vicinum purgare — l. 7 pr. cogitur accipere judicium, quoniam et suo nomine convenitur, ut opus tollat —

46) etwa als auf ein »restituere, patientiam praestare oportere« gehend — vgl. lex Rubr. c. 22 »restituere oportere,« l. 5 h. t. patientiam praestare debere. — Anders Rudorff, ed. perp. §. 178 mit seinem Anhalt in l. 24 §. 2 h. t.

47) l. 7 § 1 eod. — audiendus est: plus enim praestat —

48) arg. l. 11 §. 3 eod. — licet opus ex quo damnum futurum sit, individuum sit —

49) l. 11 §. 4 cf. §. 1—3 l. 6 §. 1 — §. 3 eod. Ribbentrop, Corr. Obl. S. 254.

50) — in damno nondum facto, opere tamen jam facto — l. 1 §. 1 h. t.

51) vgl. Hesse, S. 190.

Wirkung eigenthümlich genug, um — auch ohne „Geſchlechtsgenoſſen“ — eine beſondere Art und ein eigenes Maß der Abwehr hervorzurufen [52]). — Damni infecti cautio ſcheint gegen dieſen Schaden [53]) nicht nur nachdem, ſondern auch bevor das Werk zu Stande gekommen und während es in Ausführung begriffen iſt, überhaupt überall ausgeſchloſſen, wo a. p. a. a. jetzt oder künftig zuſteht; nur wo dieſe, weil das Werk auf öffentlichem Boden angelegt wird, vornherein unmöglich iſt (Anm. 24), findet anſtatt der Reſtitutions- die Cautionsklage ſtatt. Damit iſt aber nicht geſagt, daß man gerade das im Hinblick auf den Himmel bedrohliche Werk erſt müſſe fertig werden laſſen, um es dann zu zerſtören; vielmehr hat man in der prohibitio mit dem interdictum quod vi aut clam ein Mittel, um auch es im Keime zu erſticken [54]) — ein Proviſorium, dem ſo wenig wie dem Definitivmittel der a. pl. a. a. ſelbſt durch ein Cautionsoffert vorgebeugt werden kann, und das darum hier einſchneidender wirkt als gegen andere gefährliche Unternehmungen. — Dasſelbe Prohibitionsrecht ſchützt denn auch gegen Schäden aus Werken, welche ohne Zulaſſung des Herren zur Ausführung kommen. Denn kann man gleich auch hier gegen den Herren a. p. a. a. klagen ſo kann man es doch nur auf Duldung der Reſtitution: die Koſten der Reſtitution und der Schaden nach der Litisconteſtation blieben an dem Kläger hängen, wenn er ſich nicht durch Verbot wider jene Dritte (Pächter, Verwalter ꝛc.) das Recht auf Reſtitution aller Koſten und Schäden aus dem verbotenen Werke ſichern könnte [55]). Das Interdict geht auch gegen den Herrn, wenn er ſich durch Befehl oder Erlaubniß an dem Werke betheiligt [56]).

52) ſ. dagegen Heſſe, §. 49.
53) — nicht gegen den durch operis restitutio: Anm. 30.
54) l. 14 §. 3 h. t. (39, 3).
55) l. 4 §. 2 §. 3 l. 5 eod.
56) l. 5 h. t.

§. 174.

II. Zum Theile noch gegen Schäden, dann aber auch gegen Eingriffe, welche nicht sowohl die Sache beschädigen, als unser Recht an derselben zu verkürzen drohen, stehen dem Eigenthum bis auf ein gewisses dieselben Inhibitionsmittel zur Seite, die wir schon neben der damni infecti postulatio und aquae pluviae a. actio als Schutzmittel gegen schadendrohende Werke kennen gelernt haben. So geht

1) jene Verbotslegung, welche die Quellen als prohibitio [1]) mit allfälligem interdictum quod vi aut clam darstellen [2]),

a) zunächst noch gegen körperlich schädliche Werke.

Bemerkenswerth ist hiebei was nicht bemerkt zu werden pflegt: daß hier nicht nur Schaden *drohende*, sondern auch unmittelbar *schädliche* Werke gemeint sind; also nicht nur Werke, die man blos gefahrshalber verbieten kann, und gegen Caution dulden muß [3]), sondern auch Werke, die man um ihrer unbedingten Schädlichkeit willen schlechthin verbieten kann. Verbotsmäßig sind hier nämlich zwar einerseits nicht alle beliebigen, obschon schädlichen Handlungen, sondern nur „Werke" [4]), und nur Werke auf Grund und Boden [5]); anderseits aber nicht blos Werke, die da gewisse Accessionen (Bauten) zum Grund und Boden herstellen sollen (opera solo conjuncta), und nicht sowohl schädlich als eine mehr oder minder stehende Gefahr für die Nachbarschaft sind oder sein können, sondern alle Werke die den Grund und Boden, oder dessen Accessionen angreifen und

1) ein Wort, das allerdings nicht technisch, blos für dieses Verbot, sondern auch für o. n. n. vorkommt: l. 1 §. 1 D. o. n. n. 39, 1. Vgl. Stölzel, die L. v. d. o. n. n. und dem int. q. v. a. c. 1865 §. 51.

2) D. quod vi aut clam 43, 24.

3) vgl. l. 3 §. 6 h. t. — cum propter hoc tantum esset prohibitus —

4) also z. B. nicht das bloße Gehen, während das Tragen, und wohl auch das Treiben Manchen schon als opus erschienen ist: l. 22 §. 3 h. t.; l. 7 §. 5 eod. — qui fructum tangit, non tenetur i. q. v. a. c.

5) l. 1 §. 4 eod., nicht auf Schiffen, oder sonstigen noch so großen Mobilien: l. 20 §. 4 h. t.

weithin eben dadurch nicht blos gefährlich, ſondern unmittelbar ſchädlich ſind [6]). Was an Sachen geſchieht, die getrennt vom Grund und Boden auf dieſem liegen, ſtehen, oder aber an Früchten, fällt nurmehr in den Bereich der lex Aquilia und des Furtum, nicht mehr in den unſeres Verbotes oder Interdictes [7]).

b) Werke derſelben bodenrührigen Art können anſtatt einer Beſchädigung der Sache eine Beeinträchtigung des Eigenthums, ſeiner Freiheit auf dem eigenen oder ſeines Anrechtes auf dem fremden Boden, Anmaßung von Servituten oder Servitutenfreiheit, Anlage von Kloaken, Brunnen, Waſſerleitungen, Wegen auf fremdem [8]), Aufführung ſervitutenwidriger Bauten auf dem eigenen Boden ſein. Auch hiegegen, und zwar nicht blos gegen Anmaßungen auf unſerem [9]), ſondern auch gegen Uſurpationen auf dem eigenen Boden geht unſer Verbot [10]); auch an den Fall, da

6) Den Grund und Boden aufreißen: l. 7 §. 8 l. 9 §. 3 l. 22 §. 3 h. t.; verſchütten: l. 15 §. 1 §. 2 eod.; überdüngen: l. 7 §. 6 eod; verunreinigen (im Waſſer) l. 11 pr. eod.; — deſſen Acceſſionen angreifen, durch Abbruch von Häuſern: l. 7 §. 4 §. 9 h. t.; Aushebung von Dachplatten l. 7 §. ult. — l. 9 pr. eod.; Abholzungen: l. 7 §. 5 l. 9 pr. l. 11 §. 3 l. 13 pr. §. 3 §. 4 §. 7 l. 18 pr. l. 19 eod. vgl. l. 11 D. arb. furt. caes. 47, 7. Entwindung von Pflanzungen: l. 22 pr. h. t. Entfernung von Statuen: l. 9 §. 2 l. 11 §. 1 D. h. t. l. 2 D. sep. viol. 47, 12; si ad januam meam tabulas fixeris (?) l. 22 §. 2 h. t. vgl. Stölzel, S. 407. Cod. ut nemo titulos privatus praediis suis vel alienis imponat — 2, 16.

7) l. 7 §. 5 eod. — qui fructum aufert, furti debet conveniri — in solo fieri accipimus si quid circa arbores fiat, non si quid circa fructum arborum; — l. 9 pr. eod. — si non de aedificio, sed seorsum positas, cessat hoc interdictum — und §. 2 eod. Sed si quis aliquid aedibus adfixum evellerit . . tenebitur. Aber si . . sera vel clavis vel cancellos, vel specularium sit ablatum —? (agi non poterit) l. 9 §. 3 eod. — Si acervum succenderit . . interdicto locus non est l. 10 eod.

8) vgl. rückwärts von dem Titel quod vi aut clam die de cloacis (43, 23), de fonte (43, 22), de rivis (43, 21), de aqua (43, 20), de itinere actuque privato (43, 19). —

9) l. 5 §. 10 D. o. n. n. 39, 1 cf. l. 11 §. ult. h. t. — domino praedii competere —

10) wider l. 5 §. 10 cit. — si in suo quis faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria — und Francke, über das interd. q. vi a. c. Arch. f. civ. P. Bd. 22 S. 384. Stölzel, S. 444 fg., ſiehe l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 und vgl. l. 21

Jemand durch Werke auf seinem Boden Gebrauchsservituten des Nachbars (Wege und Wasserrechte ꝛc.) durchkreuzt, muß gedacht werden [11]), nur daß für den Fall, da der Servitutenberechtigte den (Quasi-) Besitz für sich hat, für mehrere solche Servituten eigene Interdicte namentlich auch gegen derlei Störungen aufgestellt sind [12]). Der Satz, daß das Verbot unser Recht gegen Werke, welche der Besitzer in Ausübung seines Besitzes (inso-ferne in suo) vornimmt, nicht zu schützen berufen sei, und gegen denselben also vergebens eingelegt werde [13]), ist so falsch [14]), wie der Satz, daß der Besitz über das Verbot erhebe — weil gegen den Besitzer das Verbot Besitzesstörung, also selbst Gewalt sei [15]) — und kann gegen l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 nur damit vertheidiget werden, daß der Besitz die Sache nicht überall ganz, sondern wenn Servituten auf ihr lasten nur mit Ausnahme des Servitutenbereichs umfasse [16]); auch ist das Verbot selbst dann, wenn es controversiam possessionis enthält, der Verbietende Besitzer sein, kein bloßes Servitutenrecht haben will, eine bloße Gefahr vor Gewalt, nicht selbst Gewalt [17]). Wäre gegen den Besitzer kein Verbot möglich, so wäre es gegen den Eigenthümer noch weniger denkbar. —

Im allgemeinen geht das Verbot sowohl gegen Werke auf dem eigenen Boden des Unternehmers, als gegen solche, die er

D. a. pl. a. 39, 3. Unterholzner, Schuldverhh. Bd. 2 S. 151 Not. 1.

11) arg. l. 21 §. 3 l. 15 §. 8 h. t. vgl. l. 5 §. 3 l. 6 D. quib. mod. serv. am. 7, 4 arg. e contr. l. 29 §. 1 D. ad l. Aq. 9, 2, s. citra servitutem. — Stölzel, S. 440. 2.

12) s. die Anm. 8 rubrizirten Interdicte.

13) Stölzel, S. 418.

14) und wird von seinem Urheber selbst gegen l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 nur durch partus suppositio vertheidigt (indem dem Gebrauche des eigenen Besitzes (l 3 §. 2 uti poss. 43, 17) Eingriff in einen fremden Quasibesitz substituirt wird) S. 443 unten u. fg.

15) Stölzel, S. 418, mit Berufung u. a. auf l. 3 §. 2 D. uti poss. 43, 17.

16) Stölzel, S. 443 unten u. fg. S. dagegen l. 3 §. 6 D. uti poss. 43, 17. Baron, Münchner krit. Viertelj. Bd. 7 S. 491. 2 S. 504: Gleichsam „Occupation des Luftraums durch den Inhaber einer serv. alt. n. t.“

17) vgl. unten Anm. 52 u. siehe §. 181. Anders Baron, a. a. O. S. 500 unten.

auf fremdem Boden, es sei nun auf öffentlichem oder Privatboden, auf dem des Verbietenden oder auf einem dem Verbietenden nicht gehörigen Boden vornimmt; allein während es gefahrshalber (damni inf. nomine) in allen diesen Richtungen gleichmäßig möglich ist [18]), finden wir es schadenshalber gegen Werke auf eigenem Boden nur insoferne wirksam, als der Eigenthümer durch dieselben Miteigenthümer, Usufructuare ꝛc. schädiget und nun diesen wider den Eigenthümer selbst das Verbot zusteht [19]). Rechtshalber aber ist es gegen Werke die der Dritte auf öffentlichem Boden unternimmt, nicht denkbar; gegen Werke auf dem eigenen Boden des Unternehmers zwar in doppelter Richtung (Anm. 10. 11) möglich; allein für den bezeugten Fall (des altius tollere) wegen Concurrenz der operis novi nunciatio (§. 175) nicht nothwendig, hingegen wider Werke auf fremdem Privatboden eigens da. Hier handelt es sich darum, dem Quasibesitze von Servituten und damit dem Verbots- oder Interdictenrechte auf gegnerischer Seite [20]) vorzubeugen.

In allen Richtungen versetzt das Verbot, woferne es nur von dem Verbotsberechtigten ausgeht [21]), den Gegner in die Lage, wenigstens vorderhand einhalten, oder aber sich als Vergewaltiger mit dem restitutorischen interdictum quod vi [22]) belangen lassen zu müssen. Umgehung des Verbots [23]) zieht das interdictum quod clam nach sich.

Das Verbotsrecht entspringt nicht einzig aus dem Grundeigenthum, sondern allgemeiner aus rechtlichem Interesse [24]). Verbotsrecht gegen schadendrohende Werke haben Alle, die zur

18) §. 172 Anm. 3. 18 l. 20 §. ult. l. 3 §. 4 h. t. Ueber das Verhältniß zum int. ne quid in loco publico: Francke, S. 386 §. 6.

19) l. 13 pr. §. 3 cf. l. 12 eod. vgl. unten Anm.

20) vgl. oben Anm. 12.

21) vgl. wider die vielverbreitete entgegengesetzte Ansicht vorderhand Windscheid, §. 465. Anm. 6 a.

22) l. 1 pr. §. 1 z. B. l. 7 §. 1 h. t.

23) Geheimhaltung oder (wo dem Gegner selbst die offene That verborgen bliebe) Nichtansagung des Werkes: l. 3 §. 7 — l. 5 §. 7 l. 22 §. ult. h. t.

24) l. 11 §. ult. — Julianus scribit interdictum hoc non solum

damni inf. cautio berechtigt sind[25]); — Verbotsrecht gegen schadenbringende Werke auch der Usufructuar[26]), der Pächter[27]), selbst der bloße Precarist und Concessionär[28]), sie sämtlich auch gegen Werke des Grundherren selbst, aber sie sämtlich zunächst um des Eigenthums willen, welches sie an den Früchten zu erlangen hoffen[29]), und welche sie durch das Werk gefährdet sehen, allein möglicherweise auch um der übrigen Nutzung willen[30]); nicht minder der Miteigenthümer, auch wider den eigenen Genossen[31]); ferner Personen, die nicht selbst berechtiget, aber weil in dem Zwecke einer unpersönlichen Pertinenz begriffen, gleichwohl rechtlich interessirt sind[32]); auch das Verbotsrecht gegen rechtswidrige Werke steht nicht nur dem in seiner Freiheit oder Servitut bedrohten Grundeigenthümer, sondern auch dem Usufructuar[33]), Emphyteuta und Superficiar[34]), und demnach in der That wohl allen Interessenten[35]) zu. — Ohne im Besitze der bedrohten Sache, Nutzung zu sein, wird man nicht leicht zum Verbieten kommen. Aber daß man der Besitzer selbst sei, ist nicht nothwendig; auch Detentoren können verbotsberechtigt sein; und nothwendig ist überhaupt nur das rechtliche Interesse[36]). Dem Käufer, welchem noch nicht tradirt ist, geht es

domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere.

25) §. 172. Anm. 20—28.

26) l. 16 §. 1 §. 2 l. 12 l. 13 pr. h. t.

27) l. 12 l. 19 eod.

28) l. 11 §. 12 l. 13 §. 4 eod.

29) arg. l. 16 §. 1 eod.

30) arg. l. 6 D. q. m. u. a. 7, 4 l. 16 §. 1 h. t. — si amoenitas quaedam ex hujus modi arboribus praestetur —

31) l. 13 §. 3 h. t.

32) wie der lebendige Verewigte, si statuam (ejus) in municipio ex publico quis sustulerit .. quia interfuerit ejus non tolli — municipes autem etiam furti acturos quia res eorum sit quasi publicata l. 11 §. 1 h. t.; — ad quem jus sepulchri pertineret (si quis de monumento statuam sustulerit) l. 11 §. 2 eod. — si in sepulchro aliena terra congesta fuerit —

33) arg. l. 1 pr. l. 5 §. 1. D. si usufr. pet. 7, 6.

34) arg. l. 3 §. 3 D. o. n. n. 39, 1 l. 23 §. 1 D. a. p. a. 39, 3 —

35) l. 11 §. ult. h. t.

36) l. 16 pr. h. t. Competit hoc interdictum etiam his qui non possident, si modo eorum interest.

ab, nicht als ob überhaupt Beſitz oder Detention zum Verbote nothwendig wäre, ſondern weil ihm annoch ein Anderer vorgeht [37]). Daß der Beſitzer als ſolcher verbotsberechtiget ſei [38]), iſt unerwieſen [39]), und vielleicht doch nicht ſo ſehr in der „Bildungsgeſchichte" unſeres Interdictes [40]), als in einer Geſchichtsbildung [41]) begründet.

Das Verbotsrecht muß allerdings bewieſen werden, wenn das Verbot wirkſam, das Interdict alſo zur Verurtheilung und Reſtitution führen ſoll [42]). Denn gründet ſich das Interdict auch lediglich auf ein vi aut clam factum [43]), ſo wäre doch ein Verbot ohne Verbotsrecht, weit entfernt eine vis des Gegners zu begründen, ſelbſt eine Anmaßung, und Clandeſtinität auf der einen Seite ohne Verbotsrecht auf der anderen nicht denkbar [44]). Anderſeits aber beruht das Verbotsrecht 1) in den Fällen, da das Verbot rechtshalber (juris conservandi gratia) platzgreift, alſo die Freiheit auf dem eigenen, oder die Servitut auf dem fremden Boden gewahrt werden will, nicht erſt auf dem wirklichen, d. i. rechtlichen Daſein der Freiheit hier, der Servitut dort, ſondern hier und dort ſchon auf dem Beſitzſtande, es ſei nun der

37) l. 11 §. 9 h. t. S. dagegen Baron, a. a. O. S. 506. Vgl. übrigens auch l. 11 §. 11 eod.

38) Stölzel, S. 382.

39) namentlich durch l. 16 pr. cit. (Anm. 34) nicht bewieſen: wozu Baron, beſonders S. 509 unten, fg.

40) Stölzel, S. 418.

41) — wonach das interd. quod vi aut c. urſprünglich Ergänzung des int. uti possidetis geweſen ſei, da letzteres nur in futurum gegangen ſei. Stölzel S. 416 fg., Jherr. Jahrbb. Bd. 8 S. 146.

42) hiefür namentlich Stölzel, S. 380 — 414. Windſcheid, §. 465. Anm. 6, 6 a.

43) wovon namentlich Schmidt (von Schwerin) in ſeiner gegentheiligen Meinung ausgeht: Zeitſchr. f. Civilr. und P. R. F. I. 7. Zeitſchr. f. R. G. Bd. 8 S. 34.

44) l. 3 §. 8 h. t. — qui celandi animo habet (?) eum, quem prohibiturum se intellexerit et id existimat aut existimare debet se prohibitum iri. l. 73 §. 2 D. r. j. — quod quisque cum controversiam haberet habiturumve se putaret, fecit. vgl. l. 4 l. 21 §. 1 l. 13 §. 2 h. t. — adversus filiumf. in re peculiari neminem clam videri fecisse: namque si scit eum filiumf. esse, non videtur ejus celandi gratia fecisse, quem certus est nullam secum actionem habere. Stölzel, S. 387.

Freiheit oder der Servitut [45]); nur dieser Besitzstand und die Legitimation zum Verbote (durch Eigenthum, Ususfructus ꝛc.), nicht die Nichtexistenz der jenseitigen, die Existenz der diesseitigen Servitut muß schon im Interdicte erhellen. 2) Bloßer Legitimationsbeweis kann nothwendig sein, wenn das Verbot nur gefahrs- oder schadenshalber eingelegt wird.

Der Zweck des Verbotes ist definitive Unterlassung, soferne Schädlichkeit in Frage steht; woferne der Unternehmer sie nicht zugesteht, mag er, forthandelnd, das Interdict gefährden, und dieses auf Grund der Unschädlichkeit des Werkes bekämpfen [46]). Sonst kann das Verbot nur einstweiligen Einhalt bewirken wollen: bis zur Errichtung der damni infecti cautio, wenn gefahrshalber verboten wird [47]), bis zur Austragung in petitorio, wenn rechtshalber verboten wird, und der Gegner das Recht für sich in Anspruch nimmt. Und zwar liegt das Petitorium (confessoria de servitute actio) dem Gegner ob, wenn er auf fremdem, dem Verbietenden, wenn er auf eigenem Boden vorging [48]). Letzterenfalls muß Gegner hier nicht minder als in operis n. n. Remission erwirken können [49]); daß er es namentlich auch ohne die Obrigkeit, durch Caution [50]), kann, erhellt aus l. 3 §. 5 und l. 7 §. 2 D. h. t. [51]).

Einlegen läßt sich das Verbot — ein bloßes Ansagen, daß

45) arg. l. 1 §. 2 h. t. Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non: sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto — l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 — si forte non habeam altius aedificatum in meo, adversarius meus possessor est. — Fälschlich identificirt Schmidt jenes jus faciendi habuerit an non auf der einen Seite mit einem Nachlasse des Legitimationsbeweises auch auf der anderen (Zeitschr. f. RG. a. a. O. S. 35).

46) l. 7 §, 7 l. 18 pr. in f. h. t.

47) l. 3 §. 6 h. t.

48) l. 5 §. 10 D. o. n. n. 39, 1 l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 — eum petitorem et possessorem esse —

49) vgl. im allgemeinen den Titel de remissionibus hinter dem quod vi aut clam — dagegen allgemein Stölzel, S. 454.

50) nicht judicio sisti, wie Stölzel und Hesse, Einspruchsrecht, S. 17 annehmen („es heißt si modo satis offerat et defendere paratus est si quis agat." — Windscheid, §. 465 Anm. 8); aber auch nicht „zur Sicherheit der von diesem zu erhebenden Klage" (Windscheid, a. a. O. im Texte), sondern u. E. de opere restituendo. Vgl. §. 175. Anm. 7.

51) in welch letzterer Stelle sich das licere enim debet aedificare

das Beginnen des Gegners wider den Willen des Verbieters, alſo Gewalt ſei — auch durch dritte, ſelbſt freie Perſonen [52]). Einmal eingelegt, braucht es gegen das weitere Vorfahren des Gegners nicht wiederholt zu werden [53]); dagegen erliſcht es in dem Augenblicke, da von einem Nichtwollen des Verbieters nicht mehr die Rede, oder da dasſelbe von keiner Bedeutung mehr ſein kann (morte, permissione, alienatione) [54]). Erſt das durch wirklich erfolgte Gewalt erworbene Recht (des Interdictes) iſt von Tod und Veräußerung unabhängig [55]). Aber auch dieſes verjährt in Einem Jahr [56]).

Gegen dieſes Recht aus der Gewalt, gibt es keine Exception aus etwaigem Rechte des Beklagten [57]); denn da, dieſem Recht entgegen, der bloße Beſitzſtand der Freiheit (dem dazu Legitimirten) das Verbotsrecht gab [58]), war die Mißachtung desſelben trotz aller materiellen Berechtigung Gewalt; er mußte den Beſitzſtand im Wege Rechtens oder durch Caution [59]) für ſich zu gewinnen ſuchen, nicht eigenmächtig, unter Hinwegſetzung über die Perſon

---

ei qui satisdederit cum possessor hoc ipso constituatur ſpeciell auf den prohibitus beziehen muß, da der Nuntiat ſchon durch die nuntiatio ſelbſt als Beſitzer da ſteht (l. 5 §. 10 l. 1 §. 6 D. o. n. n. 39, 1); ſ. dagegen Stölzel, S. 422 S. 454.

52) l. 3 pr. h. t. — nam prohibitio . . demonstrat vi te facere — facto magis tuo delinquentis quam alieno mihi acquiritur actio — vgl. operis novi nunciatio — l. 3 pr. cit.

53) — non omnibus momentis vim faciendam, sed semel inter initia facta perseverat (?) l. 3 §. 1 eod. cf. l. 1 §. 9 eod.

54) l. 8 §. 6 D. o. n. n. 39, 2; l. 3 §. 3 l. 7 §. 4 D. h. t.

55) Vererbung: auf paſſiver Seite l. 15 §. 13 — quod ad eos pervenit —; — auf activer: arg. l. 11 §. ult. — quorum interest — l. 13 §. 3 l. 5 §. ult. l. 7 §. 4 eod. und wider Savigny's Verneinung (wegen l. 13 §. 1 h. t. l. 9 D. o. e. a. 44, 7). Schmidt (v. J.) Interdiktenverfahren S. 139 fg.; — Veräußerung: l. 11 §. 8 cf. §. 9 — §. 13 h. t. und dazu Stölzel, S. 396—404.

56) l. 1 pr. h. t. Nach Voorda (Mommſen, Dig.) Schmidt's (v. J.) Emendation »si non plus quam annus est« quum exp. pot. est, restituas (a. a. O. S. 103); diplomatiſcher Stölzel: intra annum (anſtatt id = i. a.) quum exp. p. e. restituas (S. 359—378; beſonders desſelben Bemerkungen sub 1 a. S. 362 zu der Gloſſe (l. 1 pr. cit.) ex hoc patet, quod utilis est etc. S. 363. l. 15 §. 4—6. l. 22 pr. eod.

57) l. 1 §. 2 h. t. — parvi refert, utrum jus habuerit faciendi an non — §. 3 eod.

58) ſ. oben Anm. 45.

59) ſ. oben Anm. 49—51.

und den Willen des Verbotsberechtigten [60]). Wohl dagegen gibt es eine Compensation, und darum Exception aus vorgängiger Gewalt des Klägers [61]), und eine Ermäßigung der Restitution in bloße Duldung derselben, wo nur die Herrschaft über das Werk (dominium operis), aber nicht die Thäterschaft beim Beklagten ist [62]).

Aus allem erhellt, daß in diesem Verbots- und Interdictenrechte, soweit es „juris conservandi gratia" besteht, der Besitzstand allerdings von ausschlaggebender Bedeutung ist; allein es ist das nicht der Besitzstand in Anbetracht des Bodens (possessio) [63]), sondern der Besitzstand in Anbetracht der Servitut oder der Freiheit von ihr; mit der possessio hat dieses Interdict nichts zu schaffen [64]); mit dem interdictum uti possidetis kann es concurriren [65]), aber, daß „für den Besitzer das jetzt (d. i. in einer angeblich späteren Phase) in seiner Anwendung erweiterte int. uti possidetis an Stelle des (juris conservandi gratia gewährten) interdictum quod vi a. c. trat und letzteres in sich aufnahm" [66]): dagegen protestiren die Quellen [67]), und abgesehen von der Frage, ob das int. uti possidetis nicht possessionis controversiam voraussetze, der Suspensiveffect, den unser Verbot vor dem int. uti possidetis voraus hat. Concurriren können auch legis Aquiliae arborum furtim caesarum, sepulchri violati actio [68]).

Das Delict vor das Recht, das Interdict vor das Verbots-

60) l. 1 §. 2 cit. — tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci — cf. l. 13 §. 1 h. t. l. 9 D. o. e. a. 44, 7.

61) l. 7 §. 3 h. t.

62) l. 5 §. 8 — §. 13 h. t. — cum interdictum sic sit scriptum »quod vi aut clam factum est« non ita »quod vi aut clam fecisti« — l. 7 pr. l. 11 §. 6 l. 13 §. ult. eod.

63) von welchem Stölzel ausgeht (a. a. O. S. 416 fg. und Iherr. Jhbb. a. a. O., zur L. vom i. q. v. a. c. Bd. 8 S. 146).

64) s. oben Anm. 36—41.

65) l. 5 §. 10 D. o n. n. 39, 1.

66) Stölzel, Iherr. Jahrbb. a a. O. S. 148.

67) u. a. l 1 § 2 h. t. l. 5 §. 10 D. o. n. n. 39, 1 l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5. Weiteres gegen Stölzel s. bei Baron, a. a. O., besonders S. 498 fgg.

68) l. 7 §. 4 l. 13 pr. h. t.; l. 11 D. arb. furt. caes. 47, 7; l. 15 §. 2 l. 22 §. 4 eod.

recht zu ſetzen, wie zu geſchehen pflegt, dürfte ein ὕστερον πρότερον ſein.

§. 175.

2) **Operis novi nunciatio** [1]), bei den Römern ſein außergerichtliches [2]), an Ort und Stelle des Unternehmens einzulegendes [3]), nach unſerer Praxis ein durch das Gericht zu vermittelndes [4]) Verbot, geht nur gegen die Aufführung oder den Abbruch von Bauten [5]). Wie prohibitio mit interdictum quod vi aut c. ſoll es bald gegen Schaden, bald gegen Rechtsverletzung ſchützen; allein der Natur des Objectes entſprechend erſcheint 1) der Schade hier vorderhand überall erſt als Gefahr, und was 2) die Rechtswahrung anlangt, ſo kann es nicht blos zum Schutze des eigenen, privaten, ſondern auch zu dem des öffentlichen Rechtes, der gemeinen Nutzungen und der öffentlichen Bauordnung eingelegt werden — erfolgt es alſo juris nostri conservandi causa, damni depellendi causa, aut publici juris tuendi gratia [6]). Ueberall ſoll auch hier, bei Vermeidung eines reſtitutoriſchen Interdictes (ſ. g. interdictum demolitorium) einſtweiliger Einhalt die Wirkung des Verbotes ſein [7]). Im öffentlichen Intereſſe können Alle nunciiren [8]), des eigenen Rechts und Schadens halber nur diejenigen, welche „die Sache angeht“ [9]), Dritte blos procuratoriſch [10]). Umgekehrt braucht nicht

---

1) D. 39, 1 C. 8, 11.

2) vgl. Schmidt, v. J. Münchner, kr. Viertelj. Bd. 7 S. 293 gegen Stölzel, die L. v. d. o. n. n. u. dem int. quod v. a. c. §. 3.

3) l. 5 §. 2 — 4 §. 15 §. 16 l. 1 §. 2 — §. 4 l. 10 D. h. t.

4) Francke, a. a. O. S. 376. Vgl. übrigens Windſcheid §. 466. Anm. 20.

5) l. 1 §. 12 h. t. — ea sola (opera) quae solo conjuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere —

6) l. 1 §. 16, 19 l. 3 §. ult. l. 4 l. 5 §. 9 D. h. t.

7) l. 20 pr. §. 1 D. h. t. Ausnahmen l. 5 §. 11 — §. 13 eod.

8) l. 3 § ult. §. 4 eod.

9) l. 1 §. 19 l. 5 §. 4 §. 18 eod.; gleichwohl nicht der Uſufructuar: §. 20 eod., wohl der Pfandgläubiger: l. 9 eod., der Condominus gegen Dritte, nicht gegen den Genoſſen: l. 3 §. 1 §. 2 vgl. l. 5 §. 6 eod.

10) l. 5 §. 18 l. 1 §. 20 eod.

gerade an den Bauherren selbst nunciirt zu werden [11]; genug, daß Jemand an Ort und Stelle sei, durch den jener das Verbot erfahren kann [12] — sollte es auch sein, daß er in der That nichts erfährt oder nichts erfahren kann [13].

Was insonderheit die o. n. n. juris nostris conservandi causa betrifft, so geht dieses zwar ebensowohl gegen denjenigen, der auf unserem Grunde baut ꝛc. und damit ein (Servituten-) Recht gegen unser Eigenthum in Anspruch nimmt [14], als gegen denjenigen der auf seinem Grunde baut ꝛc., und damit die Freiheit von einer mit unserem Grundeigenthum verknüpften Prohibitivservitut zu usurpiren im Begriffe ist [15]. Allein wahrscheinlich ist dieser letztere Fall der ursprüngliche. Denn der operis n. n. eigen ist, daß wer sich ihrer (juris conservandi gratia) bedient, damit den Gegner als Besitzer (der angemaßten Servitut, oder Freiheit) erklärt [16], also, wenn er den Einhalt aufrecht erhalten will, seinerzeit selbst als Kläger auftreten und sein Recht beweisen muß. Dies ist leichter denkbar, wenn die Rechtsverwahrung ursprünglich gegen Bauten auf dem eigenen Boden des Unternehmers gegangen ist. Um eben deswillen aber, weil man sich mit der nunciatio der Defensivstellung begibt, soll man da, wo diese natürlicherweise [17] zusteht, d. i., wo der Nachbar auf unserem Boden das Werk beginnt, nicht „nunciiren", sondern „prohibiren" [18]. — Ist also der Fall, da der Nachbar auf sei-

11) l. 5 §. 2 eod. Nuntiari autem non utique domino oportet —
12) l. 5 §. 3 §. 1 §. 5 §. 7 l. 10.
13) l. 10 eod. O. n. n. in rem fit, non in personam etc. l. 11 eod.
14) l. 5 §. 8 §. 9 D. h. t.
15) l. 1 §. 17 eod. Nuntiamus, .•. quia jus aliquod prohibendi habemus — l. 5 pr. eod. — veluti si luminibus ejus officiatur aut prospectui obsit — §. 9 eod. l. 8 pr. eod. — nam servitutes quaedam (et intervenientibus mediis locis . . esse possunt) l. 9 eod. — de jure i. e. de servitute opus n. nuntiare (creditori permittendum est; nam ei vindicatio servitutis datur) l. 15 l. 21 pr. eod. Stipulatio de operis n. n. interponi solet, quotiens vicinus dicit jus sibi esse prohibere vicinum opus novum invito se facere.
16) l. 1 §. 6 l. 5 §. 10 eod. — ceterum operis n. n. possessorem eum facimus cui opus n. nunciaverimus — vgl. l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5.
17) vgl. die naturalis causa o. n. nunciationis in l. 5 §. 9 cit.
18) l. 5 §. 10 eod.

nem Boden das Werk beginnt, der eigentliche Fall der rechtsverwahrenden Nunciatio, ſo ſcheint hier o. n. n. nicht ſowohl Eigenthums- als Servitutenſchutz zu ſein. Denn nur vermittelſt einer Prohibitivſervitut gelangt der Grundeigenthümer zum Einſpruchsrecht gegen Handlungen des Nachbars auf deſſen eigenem Boden [19]). Indeſſen da ſich die Prädialſervituten als eine Acceſſion zum Grundeigenthum erweiſen werden, ſo iſt hier o. n. n. eben ſo ſehr für den Nuncianten als für den Nunciaten von „zuſätzlicher" Begründung, d. h. nicht ohne die Zuthat einer Servitut, aber doch auch nur auf dem Grunde des Eigenthums denkbar [20]). Der Anſicht Burckhards, als ob auch auf Grund lediglich des Eigenthums, gegen den Beſitzer unſerer Sache nämlich, opus novum nunciirt werden könne, iſt nicht beizutreten [21]).

Eben dieſen Hauptfall der rechtsverwahrenden o. n. n. vor Augen iſt deren Gang und Effect [22]) nach claſſiſchem Rechte der, daß der Bedrohte, bevor und anſtatt daß er ſofort zur Nunciation ſelbſt greift, leicht dem Nachbarn ſein Prohibitionsrecht vorhält und nur für den Fall, daß dieſer widerſpricht, und ihn nicht bis zum Austrage der Sache ſicherſtellen will, nunciirt [23]). Kommt es jetzt, oder ohne weiteres, zur Nunciation ſelbſt, dann darf Nunciat bei Vermeidung des reſtitutoriſchen Interdictes (ſ. g. interdictum demolitorium) nicht weiterbauen, es wäre denn, daß Nunciat eine Remiſſion der nunciatio erwirkt [24]), oder daß er ſchließlich im Rechtsſtreit obſiegt, oder daß den Nuncianten die Sache offenbar „nichts angeht" [25]) und ihm darum, oder weil er

19) vgl. die oben Anm. 15 citt. Stellen.

20) ſ. die »causa impositicia« in l. 5 §. 9 cit.; ferner l. 2 §. 1 D. si serv. 8, 5.

21) ſ. meine Anzeige der Burckhard'ſchen o. n. n. in der Fortſ. d. Glück'ſchen Comm., M. Viertelj. XVII, S. 258 fgg.

22) l. 20 pr. eod. — quis sit effectus o. n. n.

23) l. 21 pr. eod. woſelbſt die stipulatio de o. n. nunciatione, im Gegenſatze zu der ex o. n. n. z. B. l. 5 §. 17 eod.; über das Verhältniß dieſer l. 21 pr. zu §. 1. Schmidt, v. J., Zeitſch. f. Civilr. u. P. N. F. Bd. 8 S. 40 und meine obige Anzeige S. 253.

24) l. 21 §. 1 eod. D. de remissionibus 43, 25 cf. l. 1 pr. l. 5 §. 17 §. 19 l. 8 §. 2 §. 4 §. 7 l. 20 §. 9 l. 22 eod.

25) l. 1 §. 20 h. t. — nunciare potest is ad quem ea res pertinet —

den ihm vom Magistrat zu deferirenden Calumnieneid [26]) nicht schwört, das Interdict verweigert werden muß [27]).

Die Remission geht entweder stillschweigend vor sich, indem Nunciat sich nachträglich zur Caution (ex o. n. n.) so wie recht und billig (boni viri arbitratu) [28]) erbietet, dieselbe leistet oder nicht dafür kann, daß sie nicht geleistet wird, — oder in Gestalt obrigkeitlichen Decrets [29]). In der einen wie der anderen Gestalt jedoch ist sie weder ganz noch zum Theil ein „Interdict" gegen den Nunciaten — keine Verwandlung des Privatverbotes in ein (bedingtes) magistratisches Verbot [30]) — sondern ganz das was das Wort sagt: ein Nachlaß und zwar ein Nachlaß der Nunciation [31]) d. i. der dieser innewohnenden provisorischen Inhibitivkraft. In derselben liegt für den Nunciaten die Erlaubniß weiter zu bauen und insoweit nothwendig auch ein Verbot gegen den Nuncianten: den Nunciaten nicht weiterhin mit Einsprüchen zu behelligen [32]); allein wie der Inhibitionseffect der Nunciatio nur ein provisorischer war, so sind auch der Nachlaß und das Verbot in der Remissio nur provisorisch. Soll die Remission in beiden Richtungen definitiv sein, so daß Nunciat nicht nur weiter bauen, sondern den Bau auch auf immer behaupten, und Nunciant nun und nimmermehr einsprechen kann, dann muß es dem Nuncianten an dem prätendirten Verbotsrecht in Wirklichkeit gefehlt haben [33]), wie umgekehrt, wenn die Remissio nur

---

26) l. 5 §. 14 h. t.

27) Burckhard, S. 244—246; s. denselben gegen die Meinung, daß Interdicent seine Legitimation, oder gar schon hier sein Recht beweisen müsse, und namentlich l. 20 §. 1 cit. — qui igitur facit, etsi jus faciendi habuit, tamen contra interdictum (edictum) Praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur. l. 1 pr. eod. — ut sive jure sive injuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur —

28) l. 5 §. 17 l. 21 §. 1 eod. l. 1 §. 2 in fin. D. remiss. 43, 25.

29) D. h. t. 43, 25.

30) wie Burckhard, a. a. O. S. 298 S. 303 und vor ihm Stölzel, S. 178 annimmt. S. dagegen Schmidt v. J. S. 299, meine Anzeige S. 256 fg. Windscheid, §. 466 Anm. 9 a. E.

31) z. B. l. 8 §. 4 — donec . . . remissio nuntiationis fiat — l. 5 §. 17 in f. h. t. 39, 1.

32) l. 5 §. 20 eod. Si . . satis, acceperit . . interdicto adversus eum utar, ne vim mihi faciat quo minus aedificem —

33) So die Flor. in l. 1 §. 2 h. t. 43, 25: — remissionem ibi

vorübergehend sein soll, die nuntiatio tenent, d. i durch wirkliches Prohibitionsrecht begründet gewesen sein muß [34]). Ob die Remission das eine oder andere sei, tritt oft erst mit dem Entscheid in petitorio (confessoria) zu Tage; insofern ist die Remission theilweise bedingt, theilweise unbedingt; unbedingt hat sie provisorischen Effect; bedingt durch den Sieg des Nunciaten ist, daß ihr Effect ein definitiver, bedingt durch den des Nuncianten, daß er ein blos vorübergehender sei. Möglicherweise aber tritt das Recht oder Unrecht von der einen oder anderen Seite schon im Remissionsverfahren klar zu Tage, oder es fehlt an der für den Nuncianten erforderlichen Ratihabition [35]); da wird schon jetzt definitiv zu remittiren, oder aber die Nunciation als unremittirbar (tenent) zu erklären sein. Uebrigens ist der provisorische Nachlaß ein Vortheil, den Nunciat, auch wenn er ihn von der Magistratur begehrt, nicht ohne Caution erlangt [36]). Daß er auch so noch die Ungelegenheit erst vor den Magistrat zu gehen [37]) der außergerichtlichen Caution vorziehen mag, leuchtet unter anderem aus der Möglichkeit definitiver Sach-Erledigung schon im Remissionsverfahren ein. — Die Caution, durch welche sich Nunciat außergerichtlich Remission erwirkt, ist hier, wo juris conservandi gratia nunciirt wird, satisdatio [38]); sie geht auf rechtschaffene Wiederbeseitigung des Baues für den Fall, daß Nunciant in petitorio siegen oder Nunciat nicht vertheidigen sollte [39]).

Daß an der stillschweigenden Remission (durch außergerichtliche Caution) im späteren Rechte geändert sei, ist nicht zu ersehen.

demum factam ubi nuntiatio non tenet — gegen die Vulg. »tenet«. — Burckhard, a. a. O. S, 248 (gegen Stölzel, und darnach denn umgekehrt nuntiationem tenere gegen non tenere —

34) l. cit. — nuntiationem ibi demum voluisse praetorem tenere, ubi jus est nuncianti prohibere, ne se invito fiat.

35) l. 5 §. 18 cf. §. 19 D. h. t.

36) In der scheinbar widersprechenden l. 5 §. 19 o. n. betone satisdare. — Burckhard, S. 339, vgl. meine Anzeige S. 252.

37) vgl. l. 5 §. 17 in f. eod.

38) vgl. l. 21 pr. §. 1 mit l. 5 §. 17 §. 19 — sive ad privatum sive ad publicum — Burckhard, a. a. O. S. 339.

39) l. 21 §. 2 §. 4 eod. vgl. l. unic. C. h. t. — „ut si non recte aedificaverit, omne opus quod post denunciationem fecerit, suis sumtibus destruat.“

Die gerichtliche Remission dagegen soll nach l. unica C. h. t. (Justinian) durch Beschleunigung des Petitoriums hintangehalten, und nur mehr begehrt werden können, wenn dieses nicht binnen drei Monaten erledigt ist. Dabei wird stillschweigend vorausgesetzt, daß Nunciant, allenfalls Nunciat, sofort Klage gestellt haben; andernfalls müßte Remission, und zwar eine definitive, auch noch innerhalb der drei Monate, noch immerfort möglich sein [40]). —

Sind der Unternehmer Mehrere, so scheint einem Jeden nunciirt werden zu müssen [41]), wenn dem Nuncianten das interdictum demolitorium gegen Jeden zustehen soll; allein zu caviren braucht nur Einer, da die operis restitutio nicht pro parte geschehen kann, ein Jeder also nur das Ganze caviren kann [42]). Sind die Mehreren auf der bedrohten Seite, so nunciiren gleichfalls Alle, und soll es wieder wo möglich bei Einer Caution, nämlich an denjenigen bewenden, über den sie übereinkommen [43]); versagenden Falles ist Jedem, jedoch nur bis zu seinem Theilinteresse, zu caviren [44]).

Theilungsklagen.

§. 176.

Von den beiden wesentlich auf Theilung gerichteten Klagen bleibt familiae herciscundae actio dem Erbrecht vorbehalten, indem diese actio nur mittelbar die Theilung von Eigenthum, unmittelbar dagegen Auseinandersetzung einer gemeinsamen Erbschaft anstrebt. Dagegen ist

1) communi dividundo actio [1]) auf Theilung einzelner res communes gerichtet, und gehört, woferne diese res communes, wie meistens, körperliche Sachen sind und also Miteigenthum [2]) getheilt werden soll, hieher.

---

40) vgl. l. 15 D. h. t.
41) arg. l. 21 §. 6. Idem ait et si plures nuntient —
42) l. 21 §. 5 eod.
43) l. 21 §. 6 eod.
44) und wie dabei vorsichtshalber zu stipuliren sei: l. 21 §. 7 eod.
1) D. communi dividundo 10, 3; C. 3, 37.
2) nicht gemeinsame b. f. possessio l. 7 §. 2 §. 3 D. h. t. gemein-

Voraussetzung iſt hier, daß das angebliche Miteigenthum zwiſchen den Parteien beſtehe und anerkannt ſei [3]). Würde das Miteigenthum, des Klägers nämlich, nicht anerkannt, ſo müßte der Eigenthumsſtreit zuvor ausgetragen werden, entweder in dieſem Prozeße, wenn Kläger Beſitzer wäre, oder in geſonderter Vindication, wenn er nicht beſäße [4]). Wäre Miteigenthum auf der einen, oder der anderen, oder auf allen Seiten nur vermeintlich da, ſo müßte, nach Analogie des familiae herc. judicium das ganze judicium für nichtig erachtet, indebiti condictio auf das, was Einer als vermeintlich Condemnirter gezahlt hätte, aber auch hier ausgeſchloſſen werden [5]).

Zweck dieſes duplex judicium (S. 296) iſt zunächſt Theilung (divisio) [6]), dann gegenſeitige Condemnation oder Abſolution in Anſehung der aus der res communis erwachſenen Obligationen [7]). Die Theilung braucht ſelbſt bei körperlich theilbaren Sachen nicht zu körperlichen Theilen (pro diviso, e regionibus) zu geſchehen [8]), muß dagegen wo möglich überall ſo geſchehen, daß aus dem Miteigenthum Alleineigenthum wird [9]). Wo demnach nicht zu gleichwerthigen körperlichen Theilen getheilt, ſondern dem Einen die Eine, oder Einigen oder Allen die mehreren zur Theilung gebrachten Sachen je ganz oder zu ungleichen körperlichen Theilen zugeſprochen werden, da muß zur adjudicatio die condemnatio des Einen an den Andern zur Ausgleichung des allfälligen Mehrempfangs hinzukommen [10]). Am gerechteſten wird hier an den Meiſtbietenden adjudicirt, und dann nach Maßgabe dieſer Kaufſchillinge [11]) und der Eigenthumsantheile con-

ſame Emphyteuſe l. 7 pr. §. 1 eod., gemeinſamer usufructus l. 7 §. 10 eod., gemeinſames Pfandrecht l. 7 §. 7 — §. 9 eod. l. 29 D. fam. herc. 10, 2; gemeinſame Prädialſſ.: l. 19 §. 4 D. h. t.

3) l. 1 D. h. t. — cessat c. d. j. si res communis non sit.

4) l. 18 D. except. 44, 1 cf. l. 1 §. 1 D. fam. herc. 10, 2.

5) l. 36 D. fam. herc. 10, 2; l. 6 §. 11 D. h. t. Cetera eadem sunt, quae in f. h. j. tractavimus. Uſucapion pro adjudicato: l. 17 D. h. t.; Evictionsregreß l. 10 §. 2 D. h. t.; arg. auch l. 1 pr. inf. D. h. t.

6) l. 1 D. h. t.

7) l. 6 pr. — §. 12 l. 11 — l. 15 D. l. 4 C. h. t.

8) §. 5 J. off. jud. 4, 17.

9) §. 5 J. cit. l. 3 C. h. t.

10) l. 3 C. h. t.

11) l. 10 §. 2 D. h. t. — justo pretio rem aestimare debebit ju-

demnirt; zur Steigerung, (Adjudication und Condemnation?) kann unter Umständen auch ein Dritter zugelassen werden [12]). — Wo möglich ist unser Judicium zur Lösung der Gemeinschaft (communi dividundo) da, Adjudication von ideellen Theilen also seinem Zwecke entgegen. Allein nicht ausgeschlossen ist, daß von den Mehreren Einer blos von diesem oder jenem seiner Miteigenthümer loszukommen trachtet und also nur gegen Einen oder Einige c. d. klagt [13]); da kann nicht Allen adjudicirt, also keinem die Sache ganz adjudicirt, sondern die Ausscheidung des Einen oder Anderen nur dadurch bewirkt werden, daß sein Theil auf die Uebrigen übertragen wird [14]). Aus l. 25 §. 6 D. fam. herc. 10, 2 dürfte übrigens zu entnehmen sein, daß diese Uebertragung nicht unmittelbar, durch Adjudication, sondern mittelbar, durch Tradition nach richterlichem Befehl erfolgt [15]). — Die Theilung kann auch Adjudication von Servituten und Pfandrecht nach sich ziehen (s. Entstehung von SS. u. Pfdr.).

Das Recht zur Theilung liegt nicht in irgend einer Obligation der Miteigenthümer [16]); sondern im Miteigenthum selbst. Darum geht es mit Veräußerung des Theiles auf den Erwerber über [17]); darum kann man sich desselben durch keinen Pact begeben [18]). Es ist das eines von den Zwangsrechten, deren sich in den dinglichen Rechten als integrirende Bestandtheile mehrere vorfinden [19]), und identisch mit der Unerzwingbarkeit des Verbleibens

dex et de evictione quoque cavendum erit — vgl. l. 7 §. 13 D. h. t. — partem . . quam per adjudicationem emit. l. 16 comm. tam fam. h. quam c. d. 3, 38 Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit — l. 1 C. h. t. — si licitatione vicerls —

12) l. 3 C. cit.

13) l. 8 pr. D. h. t. Et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest cf. l. 2 §. 4 D. fam. herc. 10, 2.

14) vgl. Zimmermann, über die Theilung unter wenigen Communionsinteressenten, Arch. f. civ. Pr. Bd. 34, Nro. 9 S. 207; bezweifelt von Windscheid, §. 449 Anm. 26 a. E.

15) ut eam partem quae testatoris fuit alicui jubeat tradi.

16) wie z. B. Puchta, P. §. 373. Zimmermann, a. a. O. S. 198. Eck, doppelf. Klagen S. 98 fg. (?), scheinbar Windscheid, P. §. 449, 3 meinen.

17) arg. l. 14 §. 3 D. h. t.; l. 3 C. h. t.

18) l. 14 §. 2 D. h. t.

19) s. u. a. §§. 172. 173. 177 Anm. 30. 32. §. 188. 1 a. E.

in der Gemeinſchaft [20]). Indeſſen als ein Poſtulat des Miteigenthumsbegriffes ſelbſt braucht die Theilbarkeit und das Theilungsrecht des Miteigenthums ſo wenig gedacht zu werden, als die ideelle Getheiltheit [21]); der ager publicus colonorum ſo gut wie die gemeine Mark können untheilbares Miteigenthum geweſen ſein [22]); noch in unſeren Quellen gibt es Miteigenthum, das der nunmehr gemeinen Regel entgegen nicht wider Willen der Miteigenthümer zur Theilung gebracht werden kann [23]). —

Nicht mehr weſentlich auf Adjudikation oder Theilung gerichtet [24]) iſt

§. 177.

2) **finium regundorum actio** [1]). Anlaß dieſer Klage iſt ein Grenzſtreit [2]), oder eine Grenzfrage [3]) unter Grenznachbarn (confines); daß mit derſelben auf bloße Vermarkung (unſtreitiger Grenzen) geklagt werden könne, oder daß f. r. a. weſentlich eine Klage auf Vermarkung ſei [4]), läßt ſich aus den Quellen nicht erhärten [5]). — „Grenze" (finis) iſt hier das durch natürliche oder künſtliche Marken gekennzeichnete Ende einer ländlichen Beſitzung [6]); zwiſchen Gärten in der Stadt beſteht ſie, zwiſchen Häuſern beſteht ſie ſelbſt auf dem Lande nicht [7]).

---

20) l. 5 C. h. t. In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri —

21) ſ. oben §. 131.

22) vgl. Rudorff, grom. Inſt. S. 395.

23) l. 19 §. 1 D. h. t. De vestibulo communi binarum aedium arbiter c. D. invito utrolibet dari non debet; während Hofraithen, Keller, Gärten, Scheunen nach württ. Landr. von den Häuſern gar nicht getrennt werden, und alſo überhaupt untheilbar ſein ſollen: Württ. Archiv v. Kübel und Sarwey — IX, 1 S. 44.

24) Bekker, Aktionen Bd. I. S. 239 Anm. 30.

1) D. finium regundorum, 10, 1 C. 3, 39.

2) jurgium finale: l. 5 C. h. t. querimonia de finibus: Cic. leg. I. 18 — controversia de fine, de loco.

3) finium quaestio, finalis quaestio l. 8 §. 1 l. 11 D. l. 3 C. h. t.

4) Wiederhold, Zeitſchr. f. Civilr. u. P. Bd. 13, Nro. 3 §. 3 fg.

5) Vangerow, §. 658 Anm. 3.

6) Rudorff, gromatiſche Inſtitutionen S. 434 l. 4 §. 10 D. h. t. Hoc judicium locum habet in confinio praediorum rusticorum —

7) l. 4 §. 10 cit. vgl. übrigens l. 2 pr. eod.

Zweck der Klage ist demnach überall ein Grenzbescheid; Condemnationen können die Folge desselben [8]), oder seine Begleiter sein [9]). Setzt er allenthalben eine Aufsuchung der wirklichen Grenze voraus, so gelingt doch deren Auffindung, Entwirrung, Erkenntniß [10]) nicht immer; die Grenzen (d. i. Grenzmale) können „vergangen", „untergegangen" sein [11]); hier wird dann Aufstellung einer neuen Grenze, und was damit rechtlich gleichbedeutend ist, Adjudication oder Theilung des streitigen [12]) Raumes nach beiden Seiten, zur Nothwendigkeit [13]) und damit fin. r. j. zur Theilungsklage; — gelingt dagegen die Auffindung, so mag es der Richter bei Declaration der alten Grenze bewenden lassen [14]); allein die Aufstellung einer neuen ist eine Möglichkeit, die dem Richter zur Beseitigung der alten Unklarheit anheimgestellt bleibt [15]). Wird wirklich anstatt der nunmehr sicheren alten Grenze eine neue gezogen, so läßt sich auch das nicht ohne Adjudication, überdies nicht ohne ausgleichende Condemnation denken [16]). Nothwendig, wie zweckentsprechend, ist auch f. r. a. eine duplex actio [17]). Mehr als zwei Parteien sind hier nicht denkbar; allein nicht nur können auf jeder Seite verschiedentlich viele Personen stehen [18]); dieselben Parteien können um die Grenze von mehreren Grenzgemeinschaften zumal streiten, oder einen Richter haben wollen [19]).

Die Mittel zur Feststellung liegen zuvörderst in den Grenzzeichen, d. i. in jenen natürlichen und künstlichen Gesichtspunkten

---

8) l. 3 D. h. t.
9) l. 4 §. 1 — §. 3 eod.
10) fines dirimere l. 2 §. 1 eod. officium de finibus cognoscendis l. 8 §. 1 eod.
11) l. 4 §. 3 D. h. t.. vgl. J. Jodocus Beck's vollst. Recht d. Grenzen, 4. Aufl. Nürnberg, 1754 B. 1 Kap. 18.
12) fingirt gemeinsamen: B. Hollweg, Civilpr. Bd. 2 S. 228 Anm. 48.
13) l. 2 §. 1 eod. — ut ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dicimat —
14) l. 8 pr. eod. — per mensorem terminos declarari jubet —
15) l. 2 §. 1 in fin. D. h. t.
16) l. 2 §. 1 cit. l. 3 eod.
17) l. 10 D. h. t. vgl. oben §. 89 Anm. 5. 12.
18) l. 4 §. 5 eod., woselbst die diesfällige Adjudicationsweise —
19) l. 4 §. 8 eod.

welche nach Grenzrecht [20]) als Merkmale des Grenzenlaufs (rigor finium) gelten; ſodann aber in Rechtsgeſchäften, Verjährung und Erſitzung, durch welche die urſprüngliche Grenze zwiſchen zwei benachbarten Beſitzungen verändert, und ein von jenem techniſchen Befunde abweichender Grenzenlauf ſich ergeben kann [21]). Der alte Unterſchied zwiſchen der innerhalb fünf Fuß ſich bewegenden controversia de fine und der de loco, und daß in jener (ohne Rückſicht auf Uſucapion und Vertrag) einzig und allein das Grenzrecht und der Feldmeſſer entſcheide [22]), iſt antiquirt [23]); wir haben in unſeren Quellen nurmehr die Eine finium reg. a., in der nirgends ohne ſachverſtändiges Erachten, aber auch nirgends rückſichtslos lediglich nach Grenzrecht, ohne Rückſicht auf etwaige Erſitzung oder ſonſtige Rechtsveränderung, zu entſcheiden wäre. Ueberall kann man ſich jetzt gegen die Grenze auf Erſitzung, aber überall nur auf die außerordentliche [24]) Erſitzung von 30 Jahren berufen [25]).

Der Grund dieſes Klagrechtes liegt überall in dem Grundeigenthum, deſſen die Grenzen ſind, und dem ſie in der That

---

20) Rudorff, a. a. O. S. 229—234.

21) l. 11 D. h. t. In finalibus quaestionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum et arbitrio possessorum fines additis vel detractis agris postea permutatos probetur. l. 2 C. h. t. Successionum varietas et vicinorum novi consensus additis vel detractis agris alterutro determinationis veteris monumenta saepe permutant. Vgl. den praetextus terminorum temporis antecedentis venditionem in l. 1 eod. und die praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit in vidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit —

22) ſ. noch l. 5 C. Th. fin. reg. 2, 26 — de eo antum spatio, h. e. pedum quinque, qui vetere jure praescripti sunt, sine obscervatione temporis arbitros jussimus judicare; quodsi loca in controversiam veniant, solenniter de his judices recognoscent — Rudorff, Grenzſcheidungsklage, Zeitſchr. f. g. R. W. Bd. 10 S. 383 S. 408. 433 (?) Bangerow, P. §. 658 Anm. Karlowa, Beitr. zur Geſch. d r. Civilp. S. 141 fgg. M. Voigt, Abh. der ſächſ. Akad. Bekker, Akt. Bd. 1 S. 234 fg.

23) l. 5 C. h. t. a. 392. Quinque pedum praescriptione submota finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio — cf. c. 4 c. Th. h. t. 2, 26, wogegen wieder die ſpätere c. 5 eod.

24) von der 30jährigen Klageverjährung (§. 114 S. 308) wohl zu unterſcheidende —

25) l. 6 C. h. t. vergl. oben §. 156. Anm. 45.

auch ajudicirt werden [26]). Liegt in dem Grenzstreit doch stets zugleich ein Eigenthumsstreit [27]), und ist er wohl nur deshalb, weil es sich in ihm nicht schlechthin um Eigenthum, sondern nur um einen gewissen Umfang des Eigenthums handelt, und weil darüber zuvörderst nach Grenzrecht, nicht nach Erwerbsrecht entschieden wird, pro vindicatione [28]), nicht selbst Vindicatio. Daß sie gleichwohl in personam [29]) ist, kann wiederum in keiner Obligation zur Grenzscheidung [30]), sondern in der Fassung der Klageformel [31]), in dem auf ein facere (fines dirimere, regere) gerichteten Zwangsrecht [32]), oder aber in den die Grenzgemeinschaft begleitenden wirklich obligatorischen [33]) Haftungen seinen Grund haben. Auf diese letztere Persönlichkeit geht es, wenn die Klage anderweitig nur mixta in rem und in personam heißt [34]); in Betreff der Grenzscheidung selbst ist sie dann in rem.

Verschieden vom Grunde des Klagerechts ist die Legitimation zur Klage. Steht auch Emphyteuten, Usufructuaren, Pfandgläubigern die Klage zu [35]), so bedeutet das nicht, daß die Emphyteuse, der Usus fructus, das Pfandrecht ein Recht gebe, auf eine Grenze blos für die Emphyteuse ꝛc. zu dringen, sondern, daß nach dem Eigenthümer auch der Emphyteuta ꝛc. auf Feststellung der diesem Grundstück „eigenen Grenze" dringen könne, mithin

26) l. 4 §. 5 D. h. t. — quoniam magis fundo quam personis adjudicari fines intelliguntur — l. 1 C. h. t. — fundi propriis finibus . . mutatis —

27) vgl. l. 3 C. h. t. — de finibus . . queri moniam, quae proprietatis controversiae cohaeret —

28) l. 1 pr. D. h. t.

29) l. 1 pr. cit. — in personam est, licet pro vindicatione est.

30) vgl. oben §. 176 Anm. 18.

31) Rudorff, edict. perp. §. 73.

32) vgl. das jus sibi esse cogere adversarium reficere in l. 6 §. 2 D. si serv. 8, 5.

33) s. oben Anm. 16; l. 4 §. 1 D. h. t. — Si quis aliquam utilitatem ex eo loco perceperit, quem vicini esse appareat — sed et si mensor ab altero solo conductus sit — zu unterscheiden von den mit der Litiscontestation eintretenden „persönlichen Ansprüchen" (l. 4 §. 2 §. 3 eod.), welche Bekker, Akt. Bd. I. S. 235 Anm. 21 mit jenen vermengt.

34) §. 20 J. act. 4, 6. Bekker, a. a. O. S. 240.

35) l. 4 §. 9 eod. l. 5 §. 3 D. arb. furt. caes. 47, 7. Rudorff, Grenzsch. kl. S. 397. Vangerow, a. a. O. 2. Bekker, a. a. O. S. 235, Anm. 19.

in Anſehung derſelben nicht minder rem judicatam mache, als der Eigenthümer.

Das Judicium iſt weſentlich duplex [36]).

2. Der b. f. possessio.

§. 178.

Publiciana in rem actio. D. 6, 2.

Wie die rei vindicatio iſt auch dieſe Klage aus einem Rechtsſtreit und einem Anſpruch (petitio) zuſammengeſetzt. Dem Anſpruche nach iſt ſie von der rei vindicatio in nichts verſchieden [1]); das Recht dagegen, auf deſſen Grund der Anſpruch erhoben, und welches um deswillen beſtritten wird, iſt hier nicht mehr das Eigenthum, ſondern ein Beſitz, allein nicht der gemeine Beſitz, der kein Recht iſt [2]), ſondern ein Beſitz der ſich unter anderem darin als ein Recht erweiſt, daß ſeine Fortdauer von der des gemeinen Beſitzes unabhängig iſt (§. 153 Anm. 8). Dieſer Beſitz iſt die bonae fidei possessio [3]), eine possessio die nach gemeiner Anſchauung nicht ohne den gemeinen Beſitz entſteht [4]), einmal entſtanden aber jedenfalls dermaſſen fortbeſteht, daß einerſeits ſie den Grund der Publiciana bildet, und anderſeits Kläger den gemeinen Beſitz verloren haben muß, um publicianiſch klagen zu können — ganz ſo wie das Eigenthum den Grund, und Nichtbeſitz den Anlaß zur rei vindicatio bildet. Darum und aus manchen anderen Gründen iſt die b. f. possessio oben nicht als

---

36) l. 10 D. h. t. Oben §. 89 Anm. 12. Bekker, a. a. O. S. 229 fgg.

1) l. 7 §. 8 D. h. t. In P. a. omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

2) §. 135 Anm. 2. 3.

3) Nach Gimmerthal (Publ. Klage 1872 S. 6 S. 136 fg. S. 77) nicht die b. f. possessio, aber der „nothwendig auf einer justa causa beruhende, alſo beſonders titulirte und zugleich redliche Beſitz." S. gegen denſelben Hölder, Münchner Viertelj. Bd. 16 S. 552 fg. Huſchke, das R. der Publ. Klage in Bez. auf die in Ausſicht ſtehende allg. d. Civilgeſetzg. 1874 S. 19 Anm. 20.;

4) l. 12 §. 1 D. h. t. ? ſ. unten 3.

ein blos werdendes Eigenthum [5]), sondern als ein zwar unvollkommenes, aber vorhandenes Eigenthum, als eine Art bonitarischen Eigenthums behauptet worden [6]).

In derjenigen Klageformel, die auf uns überliefert ist, trat übrigens nicht die b. f. possessio selbst, sondern eine gewisse hypothetische, durch fingirte Usucapion bedingte Folgerung aus der b. f. p. als Klagegrund auf, die Folgerung nämlich, daß Kläger „abgesehen davon, daß er nicht lange genug besessen, (durch Usucapion) quiritischer Eigenthümer wäre" [7]). Blos eine Folgerung, keine wirklich eingetretene Folge, — ja nur eine vermittelst blos fingirter Thatsache (si possedisset) gewonnene Folgerung — eine Folgerung also die selbst nicht mehr als eine Fiction ist [8]), wird als Grund der Klage hingestellt. Der Grund aber, weshalb hier und in manchen anderen Fällen nicht direct, warum insonderheit hier nicht ohne weiteres aus der b. f. possessio geklagt werden sollte, ist bereits oben §. 90 insb. Anm. 16, 23 erwogen worden. Abgesehen davon, daß Kläger es nicht bis zum quiritischen Eigenthume gebracht hatte, sah man in unserem Falle gleichwie in dem da der andere Bonitarier [9]) aus dem Besitze gefallen war, den Fall der rei vindicatio: Besitz beim Beklagten, ein ejus esse (in bonis) beim Kläger [10]); da sollte das einzige was fehlte, das Quiritische des Rechtes, fingirt, und so die alte Klage für den neuen Fall „brauchbar" werden [11]).

An diese Fassung knüpft sich die Bemerkung,

---

5) welchen Scheurl'schen Begriff nun Huschke, a. a. O. der Publiciana zu Grunde legt (S. 16 III.).

6) vgl. auch meine §. 153 Anm. 8 citirte Abhandlung: „Zum Rechte der b. f. p."

7) Gaj. 4, 36: Si quem hominem A. A. emit (et is) ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. ex j. q. ejus esse oporteret — vgl. §. 3 §. 4 J. act. 4, 6.

8) Gaj l. cit. — fingitur usucepisse, et ita quasi ex jure q. dominus factus esset, intendit —

9) §. 143 II. S. 538. 539.

10) §. 143 Anm. 5 — 12.

11) §. 90 Nr. 5. Diese Bedeutung einer bloßen „juristischen Form" erkennt Huschke, a. a. O. S. 23, zwar der Fiction in den übrigen fictitiae actt. zu; in der Publiciana, dagegen sei sie nicht blos das, sondern auch materiellrechtlich dominirender Gesichtspunkt (vergl. denselben, S. 22).

1) daß nicht etwa jeder, der irgend einmal Uſucapionsbeſitz erworben, gleichviel, ob er ihn nachher unwillkürlich verloren, oder aber ſelbſt veräußert hat, klagen kann [12]); denn derjenige, welcher ſelbſt veräußert hat, wäre nicht mehr Eigenthümer, ſelbſt wenn er die Uſucapion vollendet hätte, während die Fiction verlangt, daß Kläger unter der Vorausſetzung der Uſucapion, oder abgeſehen lediglich davon, daß er nicht lange genug beſeſſen, Eigenthümer wäre [13]). Wie bei der rei vindicatio vorhandenes Eigenthum, ſo bildet hier vorhandene, keine vergangene b. f. possessio den Grund der Klage. Wie ließe ſich auch der Anſpruch auf Reſtitution aus einem nicht mehr vorhandenen Rechte rechtfertigen? oder wie rechtfertigen, daß der Beſitzer ſchlechter daran wäre, als wer nichts hat, weder Recht noch Beſitz? [14]); —

2) daß nicht jeder b. f. possessor, ſondern nur wer, den gemeinen Beſitz vorausgeſetzt, Uſucapionsbeſitzer wäre, klagen kann — daß alſo nicht klagen kann, nicht nur wer nicht uſucapiren kann, weil es ihm an der b. f. possessio fehlt [15]), ſondern auch wer b. f. possessor iſt, auch eine an ſich uſucapirbare Sache beſaß, und aber trotzdem nicht uſucapiren konnte [16]) — wiewohl b. f. possessio in anderer Richtung (in der der Früchte nämlich) von der Uſucapionsmöglichkeit unabhängig iſt [17]).

Indeſſen haben wir bereits oben (Anm. 9—11) in der Fiction des quiritiſchen Rechts und folgerecht in der der Uſucapion mehr nicht als einen formalen Kunſtgriff wahrnehmen können.

---

12) wie Schulin F., über einige Anwendungsfälle der Publ. in r. a. 1873 aufſtellt. S. gegen denſelben meine Anzeige in der Münchn. Viertelj. Bd. 16 S. 251. Huſchke's eingehende Erörterung a. a. O. S. 29—38.

13) Si eum hominem . . . ejus esse oporteret —

14) entgegen dem qualiscunque possessor hoc ipso quod possessor est plus juris habet quam ille qui non possidet (l. 2 D. uti poss. 43, 17).

15) l. 7 §. 17 D. Publ. 6, 2 — si sciens alienam possessionem adprehendit, P. eum experiri non posse, quia usucapere non poterit —

16) l. 9 §. 5 eod. Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet. cf. l. 11 §. 4 eod.

17) l. 48 pr. in f. D. a. r. d. 41, 1 §. 145 S. 548 fgg.; und meine Feſtſchrift „zum Rechte der b. f. p." S. 107.

Ist sie das wirklich, dann ist auch der Satz, daß der Publicianische Kläger nebstdem, daß er b. f. possessor ist, auch in conditione usucapiendi gewesen sein müsse, eine bloß formulare Consequenz [18]; dann bewehrt man den b. f. possessor als den der er ist, und legt darauf, was er mit der Zeit sein könnte oder konnte, nur insoferne Gewicht, als er in die Wehre des quiritischen Eigenthümers und Usucapienten eingekleidet wird, und darnach angethan sein muß. Eine Probe dafür, daß dem wirklich so sei, dürfte in dem Umstande liegen, daß es — für Sachen namentlich, die im Verkehr, aber außerhalb des quiritischen Rechtes waren — eine Publiciana gab, welche direkt auf b. f. possessio intendirt zu haben scheint, keine Fiction quiritischen Rechtes und der Usucapion aufwies, und dem b. f. possessor zustund, trotzdem er niemals usucapirt haben würde [19]. Sachen, die blos zufällig der Usucapion entzogen, ihrer Art nach der Usucapion und des quiritischen Rechtes theilhaftig waren, fielen unter den Bereich, und damit in die Consequenz der ficticischen Formel; was es für ein sachlicher Grund gewesen sein sollte, warum der b. f. possessor z. B. einer res furtiva dem malae f. possessor nicht hätte vorgezogen werden dürfen, ist schwer einzusehen [20]. Nur mit Sachen, welche extra commercium waren, an denen es nicht Kauf oder Verkauf, kein possidere habere, in bonis esse, und also keine b. f. p. gab [21], so wie mit Sachen, die in commercio, aber durch perfectes Verbot unveräußerlich waren [22], konnte sich die Publiciana aus innerlich rechtlichen Gründen nicht befassen.

---

18) was Huschke S. 19—24 bekämpft, und von dem Standpunkte des „werdenden Eigenthums" aus bekämpfen muß.

19) l. 12 §. 2 D. h. t. In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, P. competit, si forte b. fide mihi tradita sunt. Bedenke auch die Publiciana zu Gunsten der durch die lex Scribonia der Usucapion entzogenen Servituten l. 11 §. 1 D. h. t., welche so schlicht wie die Publiciana der vectigalia pp. concipirt sein konnte (s. dagegen Huschke S. 42).

20) „Sittlicher Abscheu vor dem Diebstahl" (Huschke, S. 125) hielt nicht ab, dem b. f. p. die aus der gestohlenen Sache gewonnenen Früchte zu belassen (Anm. 17).

21) s. oben §. 126 Anm. 4.

22) Nur auf solche Sachen scheint uns l. 12 §. 4 D. h. t. Anm. 43. zu gehen. Dagegen Huschke, S. 23, hinwider denselben, S. 83.

Wenigstens im „werdenden" Rechte dürfte demnach von dem Erfordernisse des Usucapionsbesitzes abzusehen sein [23]).

Die Macht formularer Consequenz zeigt sich auch in der umgekehrten Richtung, in dem Falle, da die Voraussetzungen der Formel zutrafen, und die Statthaftigkeit der P. wegen eines singularrechtlichen Mangels im Erwerbgrunde nichts destoweniger zweifelhaft sein mußte: wenn ohne Kredit gekauft und nicht gezahlt war (S. 500). Ueber das Erforderniß der Zahlung stund nichts in der Formel; also sah man auch von derselben ab [24]). Nebenbei muß aber, wiederum auf Grund formularer Consequenz, behauptet werden, daß man einen solchen Käufer immerhin als b. f. possessor betrachtete und usucapiren ließ. Denn sonst hätte ihm die P. um jenes anderen Formelstückes willen, nach welchem er in conditione usucapiendi sein mußte, versagt werden müssen [25]).

3) Eine Consequenz der Formel wäre es auch, daß dem Kläger die Zuständigkeit außerordentlicher Ersitzung nichts nütze, da jene nicht nur Zuständigkeit 1- oder 2jähriger Ersitzung, sondern auch eine Ersitzung mit quiritischem Effecte voraussetzt [26]). Allein wenigstens diese Consequenz ist heute, da der Unterschied des quiritischen und nichtquiritischen Rechtes aufgehoben, und der innere Grund, weshalb gerade die ordentliche Ersitzbarkeit nothwendig sei, um den b. f. possessor vor dem m. f. possessor besitzberechtiget zu machen, noch weniger einleuchten will, als daß das Erforderniß der Ersitzbarkeit überhaupt besteht — nicht mehr haltbar [27]).

4) Nichts scheint nothwendiger, als daß Kläger zuvor Besitzer gewesen sein müsse, nicht nur in Consequenz der Formel,

---

23) dagegen Huschke S. 125.

24) l. 8 D. h. t. Eine anderweite Begründung s. bei Huschke, S. 57.

25) S. dagegen Windscheid, §. 179 Anm. 1 und die dort Agff. Seuffert, §. 135 Anm. 16. Baron, §. 143 a; — hinwider Stintzing, das Wesen der b. f. und titulus in der Usucapionslehre S. 110 §. 24 I. Scheurl, Beitr. II. S. 56 fg. Exner, Tradition, S. 365—370. Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 51 S. 18.

26) s. z. B. Arndts P., §. 171 c. Windscheid, §. 119 Anm. 11.

27) Obrock, de Publ. in rem act. Gotting. 1843. Sintenis, §. 53 Anm. 15.

nach welcher eine vorausgegangene Tradition als eine der nothwendigen Wirklichkeiten angeführt wird, sondern auch in Consequenz der gemeinen Anschauung, nach welcher man ohne den gemeinen Besitz b. f. possessor zum mindesten nicht werden kann. Nichts desto weniger findet sich P. nicht selten in Fällen, da Kläger niemals Besitzer gewesen ist [28]). Diese Fälle faßt man wohl richtig dahin zusammen, daß überall wo Eigenthum ohne Besitz erworben wird, auch P. keinen vorgängigen Besitz voraussetze [29]); allein erklärt ist damit das Vorkommen noch nicht. Unrichtig überdies dürfte es sein, aus jenem Vorkommen den Beweis zu schöpfen, daß b. f. possessio nicht der Grund unserer Klage sei [30]). Wäre b. f. p. nur eine Art des gemeinen Besitzes, mithin ohne einen solchen nicht denkbar, so wäre der Beweis in Ordnung; ist aber b. f. possessio wie bonorum possessio kein gemeiner Besitz, sondern ein Besitzrecht, so läßt sich denken, daß dieselbe ohne den gemeinen Besitz nicht nur sein, sondern am Ende auch entstehen kann. Und in der That werden wir annehmen müssen, daß die b. f. p. gleich dem s. g. bonitarischen Eigenthum auch ohne gemeinen Besitz, nicht originär, wohl aber derivativ und zwar überall wo Eigenthum, erworben werden kann. So müssen wir z. B. vom Erben wie vom Universalfideicommissar eines b. f. possessor annehmen, daß sie in das Publicianische Recht des Erblassers einrücken, trotzdem sie selbst niemals Besitz erlangt haben und der gemeine Besitz auch nicht vererblich ist [31]), — vom redlichen Käufer der gestohlenen Sklavin, daß er aus seinem Besitzrechte auf die Sklavin selbst das auf

28) l. 11 §. 2 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t; nicht minder l. 9 §. 6 l. 10 D. h. t. und dazu Huschke, S. 50 oben; l. 7 pr. eod. S. auch l. 9 §. 4 D. h. t. und vgl. dazu unten Anm. 64. Dagegen neuestens Schirmer in M. Vierteljahrschr. XVIII. S. 347 fgg.

29) z. B. Vangerow, §. 333 Anm. II. 1 a. Seuffert, P. §. 157 Anm. 2. Huschke, S. 50 fgg.

30) Huschke, S. 22.

31) l. 12 §. 1 cit. Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nanctus possessionem, uti potest Publiciana. Nicht so beim Erbschaftskauf: arg. l. 9 §. 3 eod. Wie sonst l. 7 §. 9 h. t. zu denken: Haec actio et heredi et in honorariis successoribus competit — ? wogegen allerdings das „höchst persönliche und unübertragbare werdende Eigenthum" von Huschke, S. 27 S. 102 und Bruns, Jahrb. f. gem. R. Bd. 4 S. 20.

deren Leibesfrucht ableite, inſoferne ſie noch während ſeines Beſitzrechtes an der Sklavin empfangen iſt, und P. auf die Leibesfrucht anſtellen kann, trotzdem er den gemeinen Beſitz an der Sklavin verloren, und den an dem Sklavenkinde nie erworben hat[32]). Selbſtverſtändlich muß hier die Formel anders, jedoch nicht weſentlich anders gelautet haben, als im typiſchen Falle[33]). Nach all dem iſt P. ohne jemaligen Beſitz möglich inſoweit b. f. p. ſelbſt ohne jemaligen Beſitz ihres Inhabers möglich iſt.

5) Die Formel verlangt einen wirklichen Erwerbsgrund, keinen bloßen Putativtitel[34]). Dafür, daß bei einem Titel, der lediglich in der Meinung des Erwerbers (opinione) beſtund, alſo Putativtitel im ſtrengſten Sinne des Wortes war, die Publiciana gewährt worden ſei, beſitzen wir zwar ein Zeugniß, jedoch im Sinne der alten Jurisprudenz nur für einen Erwerbgrund von auch außerdem ausgezeichneter Auctorität[35]). Streiten dagegen ließ ſich, ob in dem „emit" die Thatſache des Kaufes ſchlechthin, oder ob die rechtsbeſtändige Thatſache des Kaufes — ob vor allem die Thatſache eines rechtsbeſtändigen Erwerbgrundes und Beſitzerwerbes, und Uſucapionsmöglichkeit überdies, oder ob umgekehrt vor allem die Uſucapionsmöglichkeit und aber ein wenigſtens factiſch-exiſtenter Titel dazu gefordert worden ſei. Dieſer Streit ſcheint denn in der That beſtanden zu haben und in der Compilation unausgetragen zu ſein[36]); die Einen gaben bei blos

32) l. 11 §. 2 cit. — etiamsi ab eo . . possessus non est.

33) z. B. auf Kauf und Tradition oder dgl. (l. 1 §. 1 — l. 7 §. 5 eod.) anſtatt aus der Perſon des Klägers aus der ſeines Erblaſſers und auf das Faktum des Erbgangs oder der Reſtitution überdies. Eine ähnliche Modifikation z. B. ſchon in dem Falle l. 9 pr. eod.

34) Gaj. 4, 36. Si quem hominem A. A. emit —

35) l. 3 und l. 5 D. h. t. Ulp. — competit P. . . . si res ex causa judicati sit tradita vel ex causa noxae deditionis, sive vera causa sit, sive falsa. Eingeſchoben zwiſchen tradita und vel ex etc. iſt l. 4 Paul. Vel solvendi causa — als ob jedwede causa auch falsa ſein dürfe, was am allerwenigſten des Paulus Anſicht war (ſ. die nächſte Note). Windſcheid nimmt hier gar keinen Putativtitel, ſondern nur einen „irrigen Beweggrund" an (§. 199 Anm. 6). Zu der causa judicati, zu welcher die der (judicatmäßigen) noxae traditio mitgehört, vgl. die Unconbicirbarkeit auch der aus nichtexiſtentem Judicat gezahlten Schuld, z. B. l. 29 §. 5 D. mand. 17, 1 und überhaupt das Damnationsrecht (Rudorff, Litiscrescenz Zeitſchr. f. g. Rw. Bd. 14 IX.)

36) ſ. Paulus in l. 2 §. 16 D. pro emt. 41, 4 si a furioso quem

factischem Kaufe die P. nicht, trotzdem sie die Möglichkeit der U. anerkannten [37]; die Anderen gaben sie, weil sie usucapiren ließen [38]. Heutigen Tages überwiegt das Bestreben, die Publiciana und die Usucapion auf gleichen Fuß zu stellen, und also jene selbst bei factischer Nichtexistenz des Titels zuzulassen [39].

6) Nur beispielshalber ist in der uns mitgetheilten Formel [40] ein Kauf als justa causa traditionis genannt [41]. Alle die Eigenthumserwerbgründe, die wir als Ersitzungstitel kennen gelernt haben (§. 158, §. 159), kehren hier als Klagsgründe wieder [42]; aber auch alle, die dort der Gattung nach justae, dem Falle nach injustae sind (S. 614 oben), zählen auch hier zu den injustis [43], — wie alle die dort als genügend gelten, auch hier ausreichen [44]. — So nothwendig als justa causa ist für die Publiciana des a

putem sanae mentis emero . . . nulla esset emtio . . . . . nec Publiciana competit — wogegen Ulpian in l. 7 §. 2 D. h. t. — qui a furioso ignorans eum furere emit . . . . Publicianam habebit vergl. l. 7 §. 4 eod. l. 13 §. 2 D. eod. Gaj. Ueber Adaptirungen der l. 2 §. 16 cit. und ihre Fruchtlosigkeit, s. Arndts, §. 170 Anm. 1. Glück, Comm. Bd. 8, S. 350. Huschke, S. 56.

37) l. 2 §. 16 cit. — constitit utilitatis causa me usucapere posse —

38) l. 7 §. 2 cit. — posse usucapere, ergo et P. habebit. Hiemit im wesentlichen übereinstimmend. Huschke, S. 56.

39) Windscheid, a. a. O. Seuffert P., §. 157 „nach den Bestimmungen, welche darüber bei der Ersitzung gelten." Arndts P., §. 170 „zur ord. Ersitzung geeigneten Besitz." Huschke „die factische Voraussetzung . . der allgemeinen Usucapionsfiction untergeordnet" S. 56. So nach Huschke's Zeugniß auch die Praxis.

40) von der das Monitorium (wozu nicht nur l 1 pr. wahrscheinlich ohne »non a domino« — sondern auch l. 7 §. 11 D. h. t.) wohl zu unterscheiden ist; vgl. m. Festschrift S. 82 IV.

41) l. 3 §. 1 D. h. t.

42) l. 1 §. 2 — l. 7 §. 7 h. t. l. 18 §. 15 D. damn. inf. 39; wegen des Eides jedoch l. 7 §. 7 eod. Huschke, S. 53 und überhaupt S. 45 V.; — auch pro herede possessio (von welcher das vom b. f. possessor ererbte Recht der Publiciana in Anm. 31 unterschieden werden muß) scheint nach neuerem Rechte (S. 622) die Grundlage für P. abgeben zu können (wogegen Huschke, S. 38 fg.).

43) l. 12 §. 4 D. h. t. Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat. Huschke, S. 81 fgg.

44) gegen Gimmerthal, S. 101 Abs. 2 s. oben S. 616 Nro. 4. Seuffert, §. 157 Anm. 3.

non domino besitzenden Käufers ꝛc. auch die bona fides, trotzdem sie [45]) nicht in der Formel [46]) stund. Mit dem Glauben Eigenthümer zu sein, ist die b. fides auch hier nicht zu verwechseln [47]). Alle Specificirung in der Formel war aber nur Auseinandersetzung der Behauptung, daß Kläger bonitarischer Eigenthümer oder b. f. possessor sei. Lag nun in der Behauptung der b. f. possessio die Behauptung eines „Rechtes" [48]), dessen Erwerb so wenig als der des vollen Eigenthumes durch mala fides superveniens wieder rückgängig werden konnte [49]), so müssen wir den Einfluß, den das canonische Recht der mala fiedes superveniens gestattet, als gegen den Begriff der b. f. p. gehend auf den ihm ausdrücklich angewiesenen Bereich [50]) beschränken, in der P. mithin ausschließen [51]). Auch über den Anfang der bona fides gilt hier dasselbe was bei der Ersitzung [52]).

7) Nach Maßgabe ihrer ständigen Fassung würde die P. gegen jeden Besitzer durchdringen. Nun war es aber, von den gemeinen, der P. namentlich auch mit der rei vindicatio gemeinschaftlichen Exceptionen (§. 169) abgesehen, vor allem bei Aufstellung der Klage

---

45) weil Eine Formel für beide „Bonitarier" galt — (s. meine Festschrift S. 87 fgg.) und das Erforderniß der b. fides für unseren b. f. possessor überdies in dem der Usucapionsmöglichkeit enthalten war. So nun auch Schirmer, a. a. O.

46) sondern im monitorischen Theile des Edictes — l. 7 §. 11 cf. l. ult. h. t. meine Festschr. a. a. O. Schirmer, a. a. O.

47) z. B. l. 14 D. h. t. Huschke, S. 72 fgg.

48) zu §. 143 Anm. 10. 11. s. jetzt auch das »jus ejus adprehendit« in l 31 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 und Huschke selbst S. 100 „da der Publicianisch Berechtigte auch ein wirkliches Recht an der Sache hat" (außer dem werdenden Eigenthum) S. 100. Vgl. denselben auch S. 114 (dafür, daß der b. f. p. doch nicht alles Recht erst aus der P. hat).

49) §. 143 I. 5.

50) §. 161 Anm. 23.

51) vgl. Gimmerthal, S. 109 Anm. 24 und die daselbst agff. Aelteren, hinwider die dagegen bei Windscheid, §. 199 Anm. 8 agff. Neueren (wozu Seuffert a. a. O. Anm. 4), namentlich Windscheid selbst, Schmid, Hdb. §. 16 Anm. 17. 18. Sintenis, §. 53 Anm. 12. Baron, §. 155 1 u. A. In Betreff des römischen Rechtes selbst, vielmehr der abweichenden Entscheidung in l. 11 §. 3 D. h. t., vgl. Gimmerthal, S. 109. Arndts (Cujaci'sche Lesung, quo et pariat statt quo experiar).

52) zu §. 161 Anm. 14 füge namentlich Gimmerthal, S. 104 fgg. und Huschke mit seinem Accent auf currat S. 64.

a) nicht darauf abgesehen und konnte es „gleichheitlicherweise“ auch nicht darauf abgesehen sein, den b. f. possessor über den Eigenthümer zu stellen [53]), und besteht denn eigens gegen die P. eine exceptio justi domini [54]) oder „si res possessoris non sit“ [55]). Fraglich ist aber, ob diese exceptio edictal oder dekretal [56]) war. Ersterenfalls gestalteten sich die Einwendungen, welche dem Kläger wider die Geltendmachung dieser exceptio zustunden [57]), zur replicatio, während sie sonst in causae cognitione zur Würdigung kamen. Nun sich mehrfach replicationes wider die exc. justi d. finden, wird man letztere doch wohl als edictal zu denken haben [58]). Eines und das andere zumal kann sie nicht gewesen sein [59]). Sagt die vielverhandelte l. 57 D. mand. 17, 1, daß die exceptio causa cognita gegeben werde, so steht sie damit nicht nur allein, sondern macht sich überdies dadurch auffallend, daß sie die in dem gegebenen Falle eintretende Gewährung der Klage aus der Gewährung der exceptio rechtfertigt [60]). U. E. hat Papinian die datio actionis aus der de-

53) l. ult. D. h. t. l. 4 §. 32 D. dol. m. exc. 44, 4 — aequius esse — vgl. oben §. 143 II.

54) l. 16 D. h. t. l. 57 D. mand. 17, 1. Ferner »(ni) si dominus ejus sit“ l. 28 D. nox. act. 9, 4, — »si non ejus sit res« l. 24 D. exc. r. j. 44, 2 l. 4 §. 32 D. dol. m. exc. 44, 4, allwo man gerne in Verbindung mit »exc, justi dominii« si non ejus, suus, dominus sit ex jure Q. hineindenken möchte. Dagegen Huschke, S. 90 Abs. 1.

55) l. ult. cit.

56) Gaj. 4, 118. Excc. autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat —

57) aus dem Grunde der exc. rei venditae et traditae: l. 4 §. 32 D. doli m. exc. 44, 4 — überhaupt aus dem der exc. d. m. (generalis) l. 28 D. nox. 9, 4 — der exc. rei judicatae: l. 24 D. exc. r. j. 44, 2.

58) wovon Huschke S. 104 unten („auf . . . dem . . Edict . . in welchem (das) Versprechen . . . der exc. j. d.!“) und S. 93 in med. auszugehen scheint, während er S. 87 innere Gründe nennt, aus denen „diese exc. nur causa c. zu ertheilen“ ist, und es S. 88 als „Eigenschaft der exc. j. d.“ bezeichnet, „nur causa cognita gegeben zu werden.“

59) Der bonorum p., welche edictal und decretal ist, steht das Genus exceptio, nicht die Species exc. j. d. gegenüber.

60) worüber man sich allerdings damit hinweghilft, daß in den Worten »cum exc. j. d. causa cognita detur« ein Rechtssatz, (allgemeines Princip), keine Entscheidung sei (Savigny, Syst. Bd. 7 S. 188. 292 fgg. Huschke, S. 86 Anm. 171).

negatio exceptionis gerechtfertigt, und cum exc. j. d. causa c. denegetur (ſtatt detur) geſchrieben [61]).

b) Die Gleichheit fordert auch Rückſicht auf denjenigen Beſitzer, der ſelbſt b. f. possessor iſt. Aehnlich den mehreren Pfandgläubigern ſind die mehreren b. f. possessores Dritten gegenüber gleichberechtigt, unter einander dagegen in einem Potioritätsverhältniß, welches ſich nach der gangbaren Auffaſſung von l. 9 §. 4 D. h. t. (Ulp. Julian.) da wo die Mehreren einen und denſelben Auktor haben nach der Priorität des Erwerbs (Tradition), ſonſt aber nach dem gegenwärtigen Beſitze richtet [62]), während nach der gangbaren Auffaſſung von l. 31 §. 2 D. a. e. e. v. 19, 1 (Nerat.) die Priorität des Erwerbs überall den Ausſchlag gäbe. Nach dieſer letzteren Entſcheidung wäre die b. f. possessio in einem höheren Grade Recht (jus quaesitum) als nach der erſteren, und eben hierin ihr Grund [63]). Nach der Aufnahme in sede materiae geht aber l. 9 §. 4 der l. 31 §. 2 vor, wie man auch gemeiniglich annimmt [64]).

8) Wenn ficticiſch, iſt die P. eine utilis (in rem) actio [65]),

---

61) nach einer Vermuthung des Hrn. Dr. Schreiber, bei ſeiner Promotion in Bern. Einiges weitere über dieſe l. 57 und unſere Denegation unter Nro. 8 S. 726 Alin. 1 a. E.

62) cf. l. 128 pr. D. r. j. 50, 17. In pari causa possessor potior haberi debet; ferner l. 14 D. qui pot. 20, 4. Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior erit. Die Priorität des Erwerbs in dem erſteren Falle nach den Grundſätzen der exc. rei vend. et trad. (l. 3 §. 1 D. exc. r. v. e. tr. 21, 3, Puchta §. 173 h. Bruns, der ältere Beſitz und das poss. ord. Jahrb. f. gem. R. Bd. 4 S. 19. Windſcheid, §. 199 Anm. 13).

63) vgl. Bruns, a. a. O. S. 20 wogegen Windſcheid, a. a. O. „es iſt kein Grund erſichtlich ꝛc."

64) Vgl. Baron §. 155 2 b. Zu den Vereinigungsverſuchen (ſ. darüber Windſcheid, a. a. O.) bemerkt Bruns, a. a. O. Anm. 27 d, daß ſie „ebenſo unhaltbar als unnöthig ſeien." Der von Huſchke, S. 94 fgg. geht davon aus, daß überall nur Einem tradirt ſei, wofür ſich die Ulpian'ſche Einleitung (an is qui tantum emit) in l. 9 §. 4 cit. anführen läßt. Aber wie überhaupt Publiciana bei bloßem Kauf (l. 7 §. 16 D. h. t.)? dies damit, daß das Datum der Uſucapion (wenn nachher Tradition dazu kam) einmal von der Perfection des Kaufs anhub (Huſchke, S. 95) noch nicht erklärt. Spielt emtio hereditatis (l. 9 §. 3) herein?

65) S. 302, 5; — ſyſtematiſche Darſtellung und Unterſuchung ihrer

wogegen entfernt nicht jede utilis in rem actio, selbst wenn sie ficticisch sein sollte [66]), auch Publiciana ist oder heißt [67]). Utiles in rem actiones, in welchen die publicianische Fiction oder die Intention der b. f. p. (Anm. 19) nicht vorkommt [68]), sind keine publicianischen Klagen [69]); allein andererseits ist nicht zu läugnen, daß eine Klage, die wir unter dem allgemeinen Namen einer utilis in rem actio und mit einer nichtpublicianischen Fiktion [70]) ausgestattet finden, in der That Publiciana actio sein kann, vielmehr zu behaupten, daß jede utilis in rem actio entweder utilis rei vindicatio oder utilis Publiciana ist [71]), je nachdem dem Kläger Eigenthum oder aber nur b. f. possessio verloren gegangen ist oder abgeht, er also durch eine Fiktion dort das Eigenthum, hier b. f. possessionem ersetzen, dort rei vindicationem hier Publicianam „brauchbar" machen muß [72]). Die

einzelnen Fälle s. Ihering, Jahrbb. Bd. 1 S. 101 fgg. Kindervater, Bekkers Jahrb. Bd. 6 S. 237 fg. Schulin, a. a. O. Uebersicht: Huschke, S. 33 fg.

66) vgl. S. 303 Anm. 32.

67) wie Schulin, a. a. O. S. 14—18 annimmt. S. dagegen meine Anzeige desselben in d. Münchener Vierteljs. Bd. 16 S. 252 fgg.

68) was u. E. überall dann der Fall ist, wenn die utilis actio eine utilis rei vindicatio ist —

69) Huschke, S. 103, wogegen Keller, Pand. §. 156 einmal herkommen läßt: „da sie ficticia rei vindicatio war, so ist es begreiflich, wenn man sie zuweilen auch P. nannte".

70) — entweder der der Nichtentäußerung (entgegen einer Usucapion: Anm. 74) — Veräußerung, Schenkung (Anm. 72) — Accession (Anm. 73 Keller, röm. Civilpr. §. 31 p. 348, Kindervater, a. a. O. S. 346 fg.); oder der des Selbsterwerbs oder der eigenen Innehabung entgegen der durch Dritte (Anm. 72).

71) s. meine cit. Anzeige S. 255, vgl. Huschke, S. 33 „was außer der rescissorischen rei vind. die Publ. mitumfaßt" wogegen S. 34 unten —

72) je nachdem mir durch Usucapion Eigenthum oder b. f. p. verloren gegangen (Anm. 71), der insolvente Schuldner in fraudem credd. entweder Eigenthum, oder b. f. possessionem veräußert — (§. 6 J. act. 4, 6), Kläger an der durch pictura, plantatio, (mortis c., sub modo, an den libertus gemachten) Schenkung entäußerten Sache Eigenthum oder b. f. p. gehabt hat (§. 34 J. r. d. 2, 1; l. 5 §. 3 D. r. v. 6, 1; l. 30 D. m. c. d. 39, 6 l. 15 C. don. ante n. 5, 3 Fr. Vat. §. 272 l. 1 C. don. q. sub mod. 8, 55), das ficticisch von mir oder für mich (weil mit meinem Gelde, oder meiner dos) erworbene Recht, Eigenthum oder b. f. p. ist oder sein soll (l. 2 D. quando ex facto tut. 26, 9 l. 3 C. arb. tut. 5, 51; l. 8 C. r. v. 3, 32; 4 l. 55 D. don. i. v. e. u. 24, 1; — l. 30 C. j. d. 5, 12.)

Brauchbarmachung der Publiciana denken wir uns ſo, daß zu der ſonſtigen Subſtanzirung derſelben hier noch die Unterſtellung, daß das die b. f. possessio aufhebende oder ausſchließende Ereigniß nicht eingetreten ſei oder nicht exiſtire, — daß zu der ſtändigen Fiktion der Publiciana noch eine andere, bewegliche, hinzukommt.

Hiernach dürfte die vielgedeutete [73]) „reſciſſoriſche Publiciana“ [74]) nichts als eine Species unſerer utilis Publiciana actio ſein, nämlich eine von denjenigen utiles in rem actiones, welche auf eine reſciſſoriſche (d. i. auf Nichtentäußerung lautende — Anm. 72) Fiktion gebaut, und aber überdieß, in ihrem Fundamente publicianiſch ſind [75]). Die Publiciana iſt ſtets eine quae ad exemplum vindicationis alſo niemals auf Grund Eigenthums oder dem Eigenthümer als ſolchem [76]), zuweilen aber eine die nebſt ihrer ſtändigen Fiktion, oder nach directer Intention der b. f. p. (Anm. 19) mit einer reſciſſoriſchen Fiction, inſonderheit des usu non cepisse„ gegeben wird [77]). Daß die reſciſſoriſche Fiktion, mit welcher die P. gegeben wird, ausſchließlich eine Fiktion des usu non cepisse, ſei, iſt nirgends geſagt; nur daß dieſelbe als eine Fiktion des usu non cepisse nur in den Anm. 77 genannten zwei Uſucapionsfällen vorkommt, hat Grund, inſoferne die mit einer derartigen Fiktion genannte utilis rei vindicatio [78]) nur für jene 2 Fälle genannt wird. Reſciſ-

---

73) vgl. darüber Huſchke, S. 103.

74) ſo in l. 35 pr. D. o. e. a. 44, 7 — Publiciana quae ad exemplum vindicationis datur; sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur cf. §. 3 J. act. 4, 6 . . ut actor diceret . . possessorem . . . usu non cepisse quod usuceperit . . . §. 5: . . rescissa usucapione . . petere i. e. ita petere ut dicat, possessorem usu non cepisse etc.

75) hiegegen namentlich Huſchke S. 101 IX., inſoferne er die resc. P. als eine eigene, ſpeciell für den Eigenthümer, und nur für zwei Fälle (— si quis cum rei p. causa abesset vel in hostium potestate esset rem ejus qui in civitate esset usuceperit — §. 5 J. cit.) im Publicianiſchen Edict edicirte Publiciana erklärt (ſ. beſonders S. 104 u. Anm. 201).

76) alſo nicht dem cujus ea res fuerit (Huſchke, Anm. 201).

77) l. 35 cit. item Publiciana quae nicht cum ad exemplum vindicationis datur; sed cum (P. quae ad ex. vind. datur) rescissa usucapione redditur, anno finitur etc.

78) denn nur von einer ſolchen ſpricht §. 5 J. cit. arg. „et ob id suam esse rem“ —

sorisch sind aber nicht nur die utiles actt. gegen Usucapion, sondern alle die gegen Entäußerung (Anm. 72) gegeben werden; und ist es richtig, daß in denselben Fällen, wo die rescissorische Klage eine rei vind. sein kann, auch eine P. möglich sei (Anm. 72), dann findet auch die rescissorische P. nicht blos wegen Usucapion statt. Denn von der rescissorischen rei vindicatio ist es ausdrücklich gesagt, daß sie noch in anderen, ähnlichen Fällen platzgreife [79]).

Die Gewährung einer rescissorischen in rem actio (r. v. oder P.) braucht nicht überall edictal gewesen zu sein [80]), und die decretale braucht nicht immerfort auf Gewährung einer Fiktion ausgelaufen zu sein; rescissorisch war die Klage auch, wenn der Praetor die z. B. einer Publiciana zufolge eingetretener Usucapion entgegenstehende ediktale exceptio justi dominii causa cognita denegirte. Einen solchen Fall enthält nach obiger Vermuthung (Anm. 61) die l. 57 D. mand. 17, 1.

Dem Effecte nach sind beiderlei Rescissionen (die edictale wie die decretale, und die reivindicatorische wie die publicianische) i. i. restitutiones, darum wohl auch beide und alle temporal [81]); der Form nach aber sind sie Actionen, von denen die edictalen nurmehr auf richterlichem Erkenntniß, die dekretalen aber nur incidenter auf causae cognitio und Dekret beruhen [82]).

§. 179.

Anderweitige Rechtsmittel.

Nicht nur die Vindication, sondern vielleicht alle „Actionen, welche zur Geltendmachung, zum Schutze, und zur Theilung des Eigenthums aufgestellt sind" (S. 536, 2), finden, direkt oder uti-

79) §. 5 J. cit. — quod genus actionis quibusdam et aliis simili aequitate motus praetor accommodat — vgl. auch den annus der Pauliana: l. 1 pr. D. quae in fr. 42, 7.

80) vgl. 5 J. cit. quod genus act. Praetor . . accommodat, weshalb ältere Ausleger die Publiciana dieser Stelle sachlich nicht unrichtig eine rescissoria nannten (Schulting, notae ad Pand. ad h. l.)

81) l. 35 cit. cf. l. 1 pr. D. quae in fr. cr. 42, 7.

82) damit freilich hart an i. i. r. grenzen (vgl. oben §. 122 S. 439 §. 119 S. 422 Anm. 32. 33.)

liter, auch für die b. f. p. statt. Noch entschiedener zeigt sich der „Parallelismus" zwischen b. f. p. und Eigenthum in denjenigen Aktionen, Condiktionen, Deliktsklagen, von denen man zwar sagen kann, daß sie aus dem Eigenthum ihren Ursprung nahmen, aber auch sagen muß, daß sie in einer Obligatio ihr Dasein haben [1]) und darum nach moderner Art erst im Obligationenrechte vorkommen.

Was nun aber die nichtobligatorischen oder doch nur gemischtobligatorischen Eigenthumsklagen und Schutzmittel anlangt, so wird

I. zur Geltendmachung auch der b. f. p., außer der Vindication als Publiciana

die negatoria (de serv.) actio zwar ohne direkten Beleg der Quellen, aber nach Analogie der publicianischen confessoria (de serv. actio) [2]), —

II. zum Schutze derselben

die damni infecti cautio, actio entgegen den Quellen [3])—

die aquae pluviae a. a. ohne ein Wort der Quellen, aber nach Analogie der utilis actio des Usufructuars und Emphyteuta [4]) —

die prohibitio mit interd. quod vi aut clam auf dem weiten Grunde der l. 11 §. ult. h. t. 43, 24 (quorum interest) [5]) —

---

1) vgl. oben S. 647 und meine Festschrift zum Rechte der b. f. p. S. 111 VI. Ueberhaupt Jhering, Abhh. S. 98 fgg.

2) l. 16 D. serv. 8. 1. Buchta, Rh. Mus. f. J. Bd. 1 S. 183 (unter Berufung auf die Praktiker, z. B. Kind, quaest. for. III., 18).

3) l. 11 l. 13 § 9 D. h. t. 39, 2 die verschiedenen Ansichten über diese Stellen, s. Hesse, c. d. i. S. 70 fg. Rechtsverhh. S. 84 ff.; anstatt id est creditori »item creditori« (l. 11) Mommsen, wogegen Burckhard, c. d. i. S. 306 Nro. 22, der den Widerspruch der Quellen annimmt, aber nur historische Bedeutung einräumt (S. 319 unten), dagegen Unterholzner, Schuldverhh. §. 685 b. Vgl. oben §. 172 Anm. 23, aber auch Anm. 51 u. 52.

4) vgl. oben §. 173 Anm. 39. Hesse, Rechtsverhh. S. 242. Unterholzner, a. a. O. §. 409. S. 199 „natürlich auch dem redlichen Eigenthumsbesitzer."

5) Stölzel, d. L. v. b. o. n. n. und int. 9 v. a. c. S. 381. 2 a. vgl. oben §. 174 Anm. 24 u. §. 2 J. vi bon. rapt. 4 2.

operis novi nunciatio „ohne ausdrückliches Zeugniß, aber mit Recht“ [6] —

III. zur Theilung

communi dividundo a. direct auf Grund der Quellen [7] —

finium regundorum a. zufolge nicht unbedenklichen Argumentes a potiore [8] — eingeräumt.

3. Des Besitzes (possessio).

§. 180.

Die possessorischen Interdikte.

J. 4, 15 D. 43, 1 C. 8, 1.

Gegen das Eigenthum, als die rechtliche Verbindung der Sache mit der Person (§. 130) gibt es keine Gewalt; diese rechtliche Verbindung zu lockern, geschweige denn zu lösen ist keine Gewalt im Stande [1]; — gegen den Besitz, als die factische Verbindung der Sache mit der Person (§. 135), gibt es eine Gewalt; was körperlich verbunden ist, kann körperlich, und zwar gegen den Willen dessen mit dem es verbunden ist nicht minder als mit dessen Willen getrennt werden.

Die Interdikte, — eine römische Friedewirkung — zuvörderst und weithin gegen Gewalt gerichtet, können „proprietatis causam“ zur Voraussetzung oder zum Zwecke haben; allein das ist nicht gerade von unserem Eigenthum gemeint, und steht vereinzelt [2]; und ihrem Gegenstande nach erscheinen sie nirgends als Abwehr oder Sühnung der Gewalt gegen „Eigen-

6) Burckhard, o. n. n. S. 78 unten, Stölzel, a. a. O. §. 6 a. E. (l. 136 D. r. j.), Unterholzner, §. 393 S. 174 not. g. Vergl. l. 3 §. pr. §. 3 l. 9 D. h. t. und oben §. 175 Anm. 9. 10.

7) l. 7 §. 2 D. h. t. 10, 3.

8) Glück, Comm. Bd. 10 §. 723 S. 465 unten (weil „dem Realberechtigten“, um so mehr dem „unvollkommenen Eigenthümer“ — wozu Anm. 44 daselbst). Vgl oben §. 177 Anm. 35.

1) vgl. l. 12 C. praescr. 10 v. 20 a 7, 33 — cum jus vindicationis incorporale est, et ubicunque res positae sunt, et dominium earum . . ad dominum . . . possit reverti.

2) l. 2 §. 2 D. h. t. 43. 1 l. 3 §. 13 §. 14 D. itin. 43, 19 cf. l. 4 D. riv. 43, 21.

thum," um ſo ſicherer und vorzugsweiſe[3]) als ein derartiger Schutz des „Beſitzes". —

Gewalt gibt es keine gegen das Eigenthum als rechtliche Verbindung der Sache mit der Perſon, wohl aber gegen den in Ausübung ſeiner Befugniſſe begriffenen Eigenthümer[4]). Dieſe Ausübung, in Gebrauch und Nutzung der Sache beſtehend, iſt an ſich körperlich, und bildet alſo ein Angriffsobject für Gewalt. Dasſelbe gilt aber auch von der „Ausübung des Beſitzes"[5]), d. i. von der Wahrnehmung der im Beſitze liegenden Gebrauchsgelegenheiten[6]). Inwieferne der Beſitzer gegen Gewalt in der „Ausübung ſeines Beſitzes" geſchützt wird, iſt weiter unten zu erörtern (§. 181); daſelbſt wird erhellen, daß und warum der Eigenthümer als ſolcher auch von hier aus zu keinem Interdikte gelangt. —

Beſitzesſchutz iſt auch Eigenthumsſchutz, wenn der Beſitzer zugleich Eigenthümer iſt — nicht als ob die Gewalt wider den Beſitz denn doch auch Gewalt wider das Eigenthum als ſolches wäre oder ſein könnte, ſondern weil der Beſitz ein Recht des Eigenthums, und zwar das einzig unveräußerliche, weſentliche Recht des Eigenthums iſt[7]), in ſeiner Aufrechthaltung alſo die Gewährung oder Erfüllung des im Eigenthum enthaltenen jus possidendi mitbegriffen iſt. Nimmt man hinzu, daß der Beſitzer in Wirklichkeit gemeiniglich auch Eigenthümer iſt, ſo leuchtet ein, daß man in den poſſeſſoriſchen Interdikten ſchon vor Alters einen Eigenthumsſchutz erblicken konnte[8]); allein nichtsdeſtoweniger dürfte

---

3) pr. J. h. t. — quod tunc maxime fiebat —

4) l. 3 §. 2 D. h. t. — qui aedificare in suo prohibetur — l. 8 §. 5 D. si serv. 8, 5 — si quis prohiberetur qualiter velit suo uti —

5) l. 3 §. 2 D. uti poss. 43, 17 — uti . . possessione — neben dem in suo prohiberi l. 11 D. de vi 43, 16. Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive in serendo sive in fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.

6) vgl. S. 494 oben.

7) ſ. oben S. 472 fg.

8) l. 2 §. 1 — §. 3 D. h. t. — competunt . . . rei familiaris causa —; nicht hieher die „proprietatis causa" §. 2 eod., da der

es sich als eine Verwechslung des post hoc mit dem propter hoc herausstellen, wenn neuerlich der Eigenthumsschutz als der Grund des Besitzesschutzes bezeichnet worden ist [9]). Die Gewalt ist ein Ding, das um seiner selbst willen zu verfolgen war, und von der Nothwehr und den Fällen besonders erlaubter Offensive [10]) abgesehen in der That auch überall verfolgt wurde, wo sie sich zeigte. Wie wäre man dazu gekommen, die Gewalt selbst da zu verfolgen, wo ihr das Recht zur Seite steht — als Selbsthilfe nämlich (§. 82) — wenn sie nicht an sich verfolgbar geschienen hätte? Was insonderheit die Interdikte anlangt, umspannen sie Himmel und Erde, Götter und Menschen, Personen und Sachen, die Gemeinde und das Haus [11]), und weichen darum, daß die Gewalt gegen offenbares Recht geht, und der Interdiktenschutz zum Rechtsschutz wird [12]), vor derselben natürlich nicht zurück; allein der Gesichtspunkt nach welchem ihre Grenzen abgesteckt sind, ist was insonderheit das Gewaltverbot anlangt, nicht Recht oder Nichtrecht auf Seite der bedrohten, vergewaltigten Sachen, Personen, sondern die Möglichkeit oder die Thatsache der Vergewaltigung selbst. So weit die Gewalt reicht, nicht so weit das Recht reicht, reichen die Interdikte. Der Besitz steht unter dem Schutz der Interdikte, weil er der Gewalt ausgesetzt, nicht weil er oder als ob er selbst ein Recht [13]) oder vielleicht ein Recht (Eigenthum) hinter ihm (er ein „Vorwerk des Eigenthums," „Eigenthumsposition") [14]) ist oder wäre. Daraus, daß Kläger in diesen Interdikten kein Eigenthum zu behaupten und zu beweisen

---

Text wahrscheinlich verdorben (Mommsen) und die proprietatis causa sonst als Besonderheit einiger possessorischer JJ. erscheint: §. 2 ab init. (Anm. 2).

9) Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz, (desselben, Jahrbb. Bd. 9, bes. Nro. VI.)

10) S. 268 B.; S. 254. Anm. 1. S. 256. Anm. 18. S. 257. 2; l. 3 C. patr. pot. 8, 47 l. 16 §. 2 D. poenis 48, 19.

11) l. 1 pr. l. 2 §. 1 D. h. t.

12) juris sui tuendi causa, de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo — l 2 §. 1 D. h. t. — sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent — §. 2 eod.

13) s. oben §. 135 Anm. 2—11.

14) Jhering, a. a. O.

braucht, iſt allerdings noch nicht zu folgern, daß ſie nicht eigenthumshalber aufgeſtellt ſeien [15]); allein daß dem Beklagten auch keine Einrede aus dem Nichteigenthum des Klägers oder doch aus ſeinem (des Beklagten) Eigenthum gegeben wurde [16]), iſt doch ſchwer zu begreifen, wenn es ſich um den Schutz des Eigenthums handelte. Und wenn man hinter dem Beſitzer den Eigenthümer ſah: warum ſieht man ihn z. B. hinter dem dejicirten Beſitzer, der Beſitzer war, warum nicht hinter dem Dejicienten, der es iſt? oder konnte man in der Perſon des Beklagten und gegenwärtigen Beſitzers vom Eigenthum abſtrahiren, und in der des Klägers und vormaligen Beſitzers auf dasſelbe reflectiren? —

Die poſſeſſoriſchen Interdicte ſind theils retinendae, theils recuperandae, theils adipiscendae possessionis [17]). Schutz gegen die bereits verübte Gewalt iſt nicht mehr möglich, und inſoferne können nur die interdicta retinendae possessionis [18]) als Beſitzesſchutz bezeichnet werden. Gegen künftige Gewalt wirkt aber auch die Thatſache, daß gegen verübte Gewalt reſtituirt wird, und inſofern mag man auch die interdicta recuperandae possessionis [19]) Beſitzesſchutz nennen. Nur die interdicta adipiscendae possessionis, zum Theile zwar auch gegen Gewalt, allein nur gegen Gewalt wider Erlangung des Beſitzes gerichtet [20]) können in keiner Weiſe als Beſitzesſchutz, eher als Schutz eines

15) Jhering, a. a. O.

16) l. 1 §. 2 D. h. t., z. B. l. 7 C. unde vi 8, 4.

17) Gaj. 4, 142; §. 2 J. l. 2 §. 3 D. h. t. Nach Savigny, Beſitz §. 35 a. E. S. 385 „ſind die i. ret. et rec. p. die einzigen poſſ. Klagen überhaupt, und die ii. adip. p. haben nichts mit ihnen gemein."

18) Gaj. 4, 148 — cujus rei gratia comparata sunt »uti possidetis" et „utrubi" vgl. l. 2 §. 3 §. 4 cit. — illud quidem interdictum (unde vi) oppugnat possessorem, hoc tuetur —

19) l. 2 §. 3 D. h. t. Recuperandae p. causa proponuntur sub rubrica »unde vi«: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. cf. Gaj. 4, 154 §. 6 J. h. t.; l. 2 §. 1 D. prec. 43, 26. Hoc interd. restitutorium est —; de clandestina p. interd. (?): l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3.

20) l. 2 §. 3 D. h. t. — Adipiscendae p. sunt i. i. . . quorum bonorum. Salvianum quoque i., et »quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto«; vgl. §. 3 J. h. t. und Gaj. 4, 144—147 (wo auch ein »possessorium« und »sectorium« für bonorum emtores (§. 146).

(durch bonorum possessio, Pfändungsvertrag erlangten) Besitzesrechts bezeichnet werden, und darum bis zur Darstellung dieser Besitzesrechte ausgesetzt bleiben.

§. 181.

Interdicta retinendae possessionis.

1) Uti possidetis [1]). Geht dieses nur auf Grundbesitz [1a]) gerichtete Interdikt überhaupt gegen Gewalt, so genügt zu seiner Veranlassung die Gefahr, daß es, besitzeshalber, zur Gewalt kommen könne; Gewalt selbst ist nicht nothwendig [2]).

Diese Gefahr ist vor allem dadurch begründet, daß gegnerischerseits bereits Anstalten zur Dejection getroffen werden [3]); aber auch schon der Besitzesstreit (controversia possessionis) birgt sie in sich, es sei nun, daß er auf Worten bewendet [4]), oder daß er in Werken zu Tage tritt, indem Gegner daß er der Besitzer sei durch concludente Thatsachen, d. i. durch Handlungen der Apprehension oder des Gebrauches oder aber der Verhinderung des Anderen erklärt [5]). Reicht also der Wortstreit zum Interdikte hin, so beruht dieß nicht darauf, daß der Wortstreit selbst schon Gewalt sei [6]), sondern darauf, daß ihm Gewalt leicht nachfolgt.

1) D. 43, 17 C. 8, 6 §. 4 J. int. 4, 15.

1a) l. 1 §. 8 D. h. t.

2) Bruns, die Besitzklagen nach röm. und heutigem R. Weimar 1874 S. 45 fg., vgl. Savigny, R. d. Bes., 7. Aufl. §. 37. Albert, über d. int. u. p., Halle 1824 §. 39.

3) Cic. pro Caec. 16, 45. Albert, a. a. O. Anm. 1.

4) Gaj. 4, 148; §. 4 J. l. 1 §. 3 D. h. t. Bruns, S. 46, vergl. l. 13 §. 3 D. usufr. 7, 1 — si inter duos fructuarios sit controversia . . aequissimum esse judicium dari . . . cur enim . . . ad arma et rixam procedere patiatur Praetor, quos potest jurisdictione sua componere? —

5) l. 3 §. 2 D. h. t. — etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Vgl. oben §. 179 Anm. 5, und in diesem §. Anm. 13; ferner Albert, §§. 36—38. Rudorff, Bemerkungen über d. i. u. p. Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 11 S. 335 Abs. 2. Puchta, P. §. 133. Arndts, P. §. 172.

6) durch „eine ganz unschuldige Fiction": Savigny, S. 399; in Gestalt der nachfolgenden fructus licitatio: Keller, S. 318; von wegen der auf das interdictum folgenden symbolischen oder wirklichen Gewalt (so nach Bruns, Besitzesr. S. 43 fg. und mit ihm Schmidt v

Die Gefahr, um derentwillen unſer Interdikt platzgreift, muß dahin gehen, daß es beſitzeshalber zur Gewalt komme. Beſitzeshalber tritt aber nur diejenige Gewalt auf, bei der es ſich um den Beſitz ſelbſt handelt, um Erlangung oder Verluſt, überhaupt um Exiſtenz des Beſitzes [7]). Inſoferne wäre die „Beſitzſtörung" nicht ſchon an und für ſich Anlaß zum uti possidetis [8]); denn möglicherweiſe geht dieſelbe lediglich auf eine Injurie [9]), oder furtum usus, oder eine Servitutenanmaßung (§. 174), oder auf Anmaßung ſonſt eines (mit dem Beſitz verträglichen) Quaſibeſitzes hinaus.

Nun iſt aber damit, daß Gefahr des Beſitzverluſtes zur Anſtellung unſerer Interdiktsklage genügt, noch nicht geſagt, daß ſie nothwendig ſei, könnte vielmehr jedwede Gewaltthätigkeit gegen den Beſitz, d. i. jede Handlung, welche den Beſitzer in der Ausübung ſeines Beſitzes hindert, oder ohne ſeinen Willen in dieſen eingreift [10]), als ſolche, ohne Rückſicht auf ihre Bedeutung für die Exiſtenz des Beſitzes, und darnach jede Beſitzſtörung zum Anlaſſe unſeres Interdiktes dienen; und hiefür ſprechen nicht nur zahlreiche Autoritäten [11]), ſondern ſcheinbar auch die Quellen, indem ſie Beſitzſtörungen jeder Art einerſeits als eine vis gegen den Beſitzer, anderſeits ohne weiteres als Anlaß unſeres Inter-

---

J., Interddverf. S. 55), die aber auch in der bloßen Behauptung des gegenw. Beſitzes lag (Witte S. 56 oben); als Imploration des dem gegneriſchen Beſitz widerſtrebenden Interdiktes: Rudorff, zu Savigny, Anhang Nro 131.

7) l. 1 §. 4 D. h. t. — hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio — l. 3 §. 3 eod. — ne possideret — § 6 eod. — quo facilius possim retinere possessionem . . . interdico tecum —.

8) Voët, Comm. ad Pand. l. 43 t. 17 §. 3. Vangerow, Pand. §. 336. Anm. 1, 3. Albert, §. 35 Anm. 3, wogegen derſelbe §. 114.

9) l. 13 §. 7 D. inj. 47, 10 l. 25 D. a. e. e. v. 19, 1. Voët l. cit.

10) §. 180 Anm. 5. Vgl. Donellus comm. j. c. l. 15 c. 32. Id fit duobus modis: uno cum quis possessorem in suo prohibet quid facere eorum quae quivis dominus in re sua potest facere, . . .; altero cum quis in re aliena instituit ipse quid facere invito possessore. - Aehnlich Bruns, Beſitzkl. S. 76. 2. Albert, S. 36 oben.

11) z. B. Savigny, Recht d. B. §. 37 S. 397 Abſ. 2. Windſcheid, P. §. 159. Bruns, Beſitzkl. S. 76. 2. „Es iſt durchaus falſch, die controv. p. auf den Streit über den Beſitz, wenn beide ihn behaupten, zu beſchränken."

diktes hinstellen [12]). Gleichwohl wird zu behaupten sein, daß nach römischem Rechte Besitzstörungen oder Gewaltthätigkeiten gegen den Besitz nicht als solche, sondern nur insoferne sie die Gefahr des Besitzverlustes in sich tragen, zum Interdikte führen [12a]), mithin die Gefahr gewaltsamen Besitzesverlustes, in Ansehung von Grundstücken also die Gefahr der Dejection keine blos genügende, sondern die nothwendige Voraussetzung unseres J. sei. Denn wird in den Quellen die Besitzstörung auch nur einmal darum als Anlaß des i. u. p. bezeichnet, weil in ihr eine Anstreitung des Besitzes liege [13]), so gilt doch dieses einmal für allemal [14]). Ist aber die Anstreitung des Besitzes ein Anlaß des Interdiktes, weil sie eine Gefahr für den Besitz ist, dann gilt dasselbe von der Besitzstörung, welche nur als Besitzes-Anstreitung das J. nach sich zieht. Freilich kann die l. 3 §. 2 cit. nicht sagen wollen, daß die Besitzstörung in der That überall eine Bestreitung und Inanspruchnahme des Besitzes sei, sondern nur, daß der Gestörte den Störer als einen Praetendenten des Besitzes fassen und fordern dürfe — worin aber stillschweigend mit enthalten ist, daß er ihn so fassen müsse, um mit dem i. u. p. gegen ihn vorgehen zu können, und daß das i. u. p. so wesentlich als es retinendae p. ist, von der Gefahr des Besitzesverlustes ausgeht. Daß diese Gefahr sein einiger und nothwendiger Ausgangspunkt sei, dafür bürgt aber auch alles, was wir über den Prozeß desselben wissen. —

Das interdictum selbst bestund überall in einem Machtworte, das der jurisdicirende Magistrat auf Anlangen des Klägers in jure, hier in einem Verbote, das er zwiefältig, an beide Parteien zumal, und zwar dahin erließ, daß sie an dem gegenwärtigen Besitze, so wie ihn der Eine oder Andere, weder mit

12) l. 3 §. 2 — 7 D. h. t. l. 8 §. 5 D. si serv. 8, 5 l. 14 D. inj. 47, 10. Oben Anm. 5.

12a) hiefür auch Bruns, Besitzkl. S. 62: „die vergangene verübte Störung hat nur die Bedeutung, daß sie die Gefahr und Befürchtung der zukünftigen Störung, und damit das Verbot derselben begründet."

13) l. 3 §. 2 D. h. t. Hoc i. sufficit ei qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

14) vgl. Vangerow, P. §. 336 Anm. 1, 3.

Gewalt noch Trug noch bittlich vom Anderen, hätte, eigenmächtig nichts änderen sollten [15]). Diese Duplicität des Verbotes ist auf eine Duplicität der Gefährde, die Duplicität der Gefährde aber auf eine Duplicität der Besitzes-Behauptung gebaut; denn nur wenn der Beklagte selbst Besitzer zu sein behauptet, oder als selbst den Besitz behauptend gedacht wird, ist die Gefährde auf beiden Seiten denkbar. Dafür, daß das uti possidetis jemals ein einseitiges Interdikt gewesen wäre, fehlt es ebenso sehr an Anhalt [16]), als daß dasselbe nicht überall ein duplex judicium veranlaßt oder angestrebt haben sollte [17]). Gewaltthätigkeiten ohne Besitzes-Prätention konnten zu sonst einem Interdikte (S. 737) mit nichten zu dem wesentlich doppelseitigen i. u. p. führen. Selbst daß unser Interdikt überall prohibitorisch oder ein Verbot ist, läßt sich nicht denken, wenn eine vorausgegangene Gewalt *als solche* sein Anlaß sein konnte [18]). Denn „als solche", ohne den Gedanken an etwa mitunterlaufende Besitzespraetention und die Gefahr, welche sie für die Zukunft des Besitzes in sich birgt, lediglich ein Praeteritum, konnte sie etwa eine Strafe oder Restitution, nicht aber ein Verbot nach sich ziehen, das nothwendig gegen künftige Gewalt [19]) ging. Zu all dem wird nicht Gewalt schlechthin, sondern gewaltthätige Entziehung des Besitzes [19a]) verboten.

Zu der Vorstellung, daß eine vergangene Gewalt als solche nicht nur der Anlaß, sondern auch der Gegenstand unseres Interdiktes habe sein können, trägt viel die Meinung bei, daß das Ge-

---

15) l. 1 pr. D. h. t. Gaj. 4, 160.

16) Krüger, S. 96, Abs. 2 und 3 S. 82 unten u. fg.

17) vgl. Gaj. 4, 160, 166 — 170; 4, 150 §. 4 §. 7 J. h. t. l. 3 §. 1 D. h. t. Wieberhold, i. u. p. S. 2—38. Bekker, Akt. Bd. 2 S. 65. Krüger, a. a. O. Vangerow, a. a. O. Sintenis, Civilr. §. 46, Anm. 6. Keller, a. a. O. S. 327 fgg. Bruns, Besitzesr. S. 45. „Gajus faßt das J. durchaus nur in vollständiger Dupl. auf." — Dagegen Eck, doppels. Klagen, S. 97. Witte, S. 98 VI. Schmidt, Interdvf. S. 49 III. A. B S. 186. 188; s. indeß denselben, S. 55 C. Ueber Meischeiders vermittelnde Stellung s. die unten Anm. 723 agff. Schrift S. 437.

18) Keller, S. 305 unten und fg. ferner S. 312 unten.

19) Keller, S. 312. Schmidt (v. J.) S. 55 C. Bruns, Besitzkl. §. 6.

19a) quominus possideatis — vgl. oben Anm. 7.

waltsverbot allgemein im Edikte ausgesprochen, daß darnach jede Besitzstörung verbotswidrig, und darum mit dem i. u. p. verfolgbar gewesen sei [20]). Allein so natürlich das lautet und auch einiges in den Quellen dafür zu sprechen scheint [20a]), kann nun doch nicht mehr daran gezweifelt werden, daß im Edikte nur die Interdiktsformel, wahrscheinlich mit einer Gebrauchsanweisung [21]), und das Verbot nur in Gestalt der persönlichen Interdicirung vorkam [22]).

Unser Interdikt war nun aber des weiteren kein bloßes Verbot drohender Gewalt, sondern ein Prozeß, durch welchen die Gefahr wo möglich in ihrem Keime erstickt werden sollte. Es sollte nicht blos verboten, sondern sofort entschieden werden, ob und wer von den beiden Praetendenten bei künftigem Aufeinanderstoß der Vergewaltiger, Interdiktsverächter, — mithin entschieden werden, wer der Besitzer sei. Daher die Anordnung einer künstlichen Gewaltshandlung oder Verbotsübertretung [23]), gegenseitiger

20) z. B. Albert, §. 31. Scheinbar Savigny, S. 397. „Der erste Fall ist „im Edict" namentlich angegeben" — s. indessen denselben S. 378 fg.

20a) Cic. pro Caec. c. 16 — sponsionem facere . . „nisi adversus edictum praetoris vis facta esset" Gaj. 4, 166, 141 „adversus edictum." Allein s. Schmidt (v. J.) S. 241 und l. 102 D. r. j. 50, 17: qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur. Witte, S. 54. Bruns, Besitzesr. S. 44. — Ferner Stellen wie l. 3 §. 4 D. h. t. l. 11 D. de vi 43, 16, in denen »vis facta« als etwas vor dem interdictum redditum liegendes constatirt wird. Aber hiegegen Anm. 22. Ueber das: warum nicht sofort im Edicte verboten? s. Bruns, Besitzkl. S. 45 unten.

21) etwa für den Fall, daß „controversia possessionis" ausbräche, oder „possidenti vis fieret", wornach dann die interpretatio: vim mihi facere videris, qui prohibes me uti possessione mea l. 3 §. 2 §. 4 D. h. t. l. 11 D. de vi 43, 16 etc.

22) s. namentlich Schmidt, v. J. S. 241 Bruns, Besitzesrecht S. 42, Besitzesklagen §. 6 und S. 27. 1, und überhaupt Stölzel, Jher. Jhrbb. Bd. 8 S. 144, „erst neuere Forschungen von Keller, Ad. Schmidt (v. J.), Bruns, Witte, Jhering haben die Natur des i. u. p. dahin festgestellt, daß mit demselben die vor dem praet. Specialverbot erfolgten Besitzstörungen keine Sühne finden."

23) vermuthet von Bruns, Besitzesr. S. 46, gelesen von Studemund (Gaj. 4, 170 „velut qui vim non faciat") gedeutet von Krüger (krit. Vers. „Ueber die deductio quae moribus fit und die vis im interd. uti poss. S. 66 insb. S. 83 unten bis S. 87). Ob diese »vis ex conventu« nothwendige Form (Krüger, S. 85), oder blos Aushilfe

Wetten, wer gegen das Verbot gehandelt, und endlich eines Judiciums wer zur Zeit der Verbotserlaſſung (interdictum reddito) Beſitzer geweſen. Der allernächſten Gefahr ward durch Verloſung des Beſitzes bis zum Ausgang des Prozeſſes (fructus licitatio) vorgebeugt [24]). — Indeſſen iſt bereits oben bemerkt worden, daß man bei bloßer Beſitzſtörung ohne wirkliche Beſitzespraetention gleichwohl als Beſitzespraetendent belangt werden konnte; hauptſächlich in einem ſolchen Falle mochte der Beklagte nach Erlaß des Verbotes (interdicto reddito) auf jede ſeinerſeitige Prozeßhandlung, namentlich auf die ſymboliſche Gewalthandlung, auf Wetten und fructus licitatio verzichten; hier kam es dann ſecundär zu einem einſeitigen, reſtitutoriſchen oder prohibitoriſchen Interdikte [25]); die bloße Beſitzſtörung konnte alſo ein Interdikt zur Folge haben, allein dieſes war nicht das i. uti possidetis, ſondern ein in den Konſequenzen des i. u. p. gelegenes weiteres interdictum (secundarium).

Indeſſen machen noch die Stellen Bedenken, in welchen gegneriſcherſeits bloß Quaſibeſitz in Anſpruch genommen, und dann doch das i. u. p eingeräumt ſcheint [26]) — als ob das i. u. p. doch auch blos gegen partielle Störungen ginge, gewiſſermaſſen

---

anſtatt wirklicher Gewalt (Bruns, Beſitzkl. S. 33)? Gegen Karlowa, Legisact. S. 104, ſ. Bruns, Beſitzkl. S. 32 und neueſtens Meiſcheider, Beſitz und Beſitzesſchutz, Studien über alte Probleme, Berl. 1876 S. 432 unten.

24) Gaj. 4, 161—170.

25) Gaj. 4, 170. Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto reddito facere nolebant (velut qui vim non faciat, aut fructus non liceatur etc.), praetor in eam rem . . . comparavit interdicta, quae secundaria appellamus quorum vis ac potestas haec est ut . . . . sive possideat restituat adversario possessionem (sive non possideat, vim — Huschke, Krueger) illi possidenti ne (non) faciat. Uebereinſtimmend hiemit Meiſcheider, S. 437 und auch Bekker, Aft. Bd. 2 S. 67. Mit dem reſtitutoriſch-ſecundären Interdikte jedenfalls zu vergleichen das int. quem fundum (Rudorff, Zeitſchr. f. geſch. R. W. Bd. 9 Nro II.), wenn nicht zu identificiren (Witte S. 5[9] Abſ. 1).

26) ſ. namentlich l. 8 §. 5 D. si serv. 8, 5 l. 4 D. h. t. — etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem . . . et si usus (fructus mit Mommſen zu ſtreichen. — Krüger, S. 105. Anm. 2) quis sibi defendat possessionem —

also nicht blos vindicatorisch, sondern auch negatorisch[27]), und wenn negatorisch auch einseitig wäre. Allein wie bei der negatoria de servitute actio nicht Eigenthum und Servitut (die da neben einander bestehen), sondern nur Eigenthums-Freiheit und Dienstbarkeit (welche sich ausschließen) auf einander stoßen und einst den Wett- wie den Streitpunkt abgegeben haben können[28]), so vermögen wir auch im i. u. p. nicht Besitz und Quasibesitz (welche neben einander bestehen), sondern nur Besitz und Besitz, oder Quasibesitz (der Freiheit) und Quasibesitz (der Dienstbarkeit), welche sich ausschließen) als den Collisions-, Wett- und Streitpunkt zu denken. Entweder also wird der Gegner, indem er auf unserem Besitze geht ꝛc., als Praetendent des Besitzes selbst gedacht: dann kommt es zum i. u. p. mit der gemeinen controversia possessionis[29]); oder aber er stellt sich als bloßer Praetendent eines jus in re und des Quasibesitzes dar: dann kommt es zum Quasibesitzstreit um Freiheit oder Recht zur Servitut, Superficies, Emphyteuse, mithin nothwendig zur Modification der Interdiktsformel[30]) und insofern (S. 302 Anm. 32—36) zum utile interdictum[31]).

War nach all dem wirkliche Gefahr gewaltthätiger Besitzentsetzung Anlaß des Interdiktes, d. i. eines persönlichen Gewaltsverbotes durch den Praetor, so dürfte letzteres von nicht blos formaler Bedeutung gewesen sein[32]). Zwar folgt auf jenes Ge-

27) S. statt aller Anderen Bruns, Besitzkl. S. 82. „Im allgemeinen erfüllt das J. für den Besitz denselben Zweck den die Negatoria für das Eigenthum erreicht, Schutz gegen Störungen und Beeinträchtigungen" vgl. denselben S. 65 unten.

28) s. oben §. 171 Anm. 10—14.

29) wie wahrscheinlich in l. 8 §. 5 cit., wie sicher in l. 3 §. 2, und darnach auch in §. 3—7 D. h. t.

30) Bekker, Akt. Bd. 2 S. 67.

31) hiemit stimmen Degenkolb (Platzr. und Miethe, S. 77) und Krüger S. 105 wenigstens insoweit überein, daß sie utile interdictum mit Einer auf Eins (frui, uti) concipirten Interdictsformel annehmen, während Rudorff (Zeitsch. f. g. Rw. Bd. 11 S. 340 IV.) und Witte, (S. 112 fgg.) die Eine Formel auf Zweierlei (Besitz und Quasibesitz) formuliren, wogegen bereits Wiederhold (uti poss. S. 56), Eck (doppelsk. Klagen S. 32 fgg.) zweierlei Formeln (Interdikte) nebeneinander aufstellen, und endlich Meischeider S. 438 ohne weiteres ein interd. secundarium (simplex) gibt.

32) wie namentlich Krüger, S. 86 S. 108 oben annimmt, Bruns, Besitzkl. bestreitet §. 4 §. 6.

waltverbot überall ein Streit über den gegenwärtigen Beſitz, und wird das Interdikt ſo zum Praeparatorium etwaiger rei vindicatio (Poſſeſſorium vor dem Petitorium); allein das dürfte in der That Folge, nicht Urſache des Interdiktes geweſen ſein[33]). Um ein ſolches Praeparatorium zu ſchaffen, würde man kaum auf ein Interdikt verfallen ſein[34]). Formſache war es, daß man zu ſofortiger (ſymboliſcher) Gebotsübertretung zwang, und die bloße Gefahr vor Gewalt künſtlich in Gewalt ſelbſt umſetzte; um deswillen war aber das Gewaltsverbot ſelbſt nichts ſymboliſches, und auch mit jener ſymboliſchen Gewalt beugte man der wirklichen vor; durch das Erkenntniß, wer bei der ſymboliſchen Gewaltübung der Vergewaltiger geweſen, war im vornhinein gegen denjenigen entſchieden, der nachher in wirkliche Gewalt ausbrach, mithin ein Praejudiz und darin ein Schutz gegen wirkliche Gewalt geſchaffen.

Das claſſiſche interdictum uti possidetis iſt primär überall Eins, von einem und demſelben Anlaß (wörtlicher, thätlicher Beſitzanfechtung), von einer und derſelben Funktion (des Schutzes gegen Beſitzverluſt), und überall doppelſeitig; ſecundär wird es, indem der Eine von Beiden den intendirten Beſitzſtreit nicht aufnimmt oder fallen läßt, zu einem einſeitigen, reſtitutoriſchen oder prohibitoriſchen Interdikte.

§. 182.

Fortſetzung.

Das perſönliche magiſtratiſche Verbot, die darauffolgende ſymboliſche Zuwiderhandlung und Gewaltsverwettung kommt im ſpäteren Prozeſſe ab. Die nunmehrige Klage ſei, ſagt man[1]),

33) trotz Gajus 4, 148. Ulpian, l. 1 §. 2 D. h. t. Ihering, a. a. O. S. 58 VII. Krüger, a. a. O. Vgl. gegen dieſelben Savigny, R. d. B. §. 36 beſ. S. 393 Anm. 3. Schmidt, v. J. S. 186. Witte, S. 30. Rudorff, Zeitſchr. f. g. R. W. S. 334 und Anhang zu Sav. Nro. 129. Bruns, Beſitzkl. §. 3.

34) wogegen Krüger, S. 85 fg.

1) unter Berufung auf §. 8 J. interd. 4, 15 non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

eine utilis actio [2]); nach dem Wortlaute des §. 8 J. cit. aber ist sie nicht selbst utilis actio, sondern eine extraordinaria actio (§. 91) von dem Erfolg einer utilis actio [3]) — einer utilis ex causa interdicti actio, wie sie u. E. zur Zeit des Formularprozesses und der Herrschaft der Interdikte neben diesen gewährt worden sein möchte, in Fällen nämlich, da das Interdikt, etwa mangels magistratischer Competenz zur Verbotserlassung nicht anging [4]). Ward in dieser utilis actio auf das interdictum etc. noch ficticisch Bezug genommen, so fiel in der extraordinaria actio auch diese Bezugnahme fort, während das Urtheil, also wohl auch der Anlaß und Grund der Klage dieselben blieben, wie bei bei der utilis ex causa i. actio [5]). Worauf in der utilis actio das Urtheil gegangen sei, läßt sich nur vermuthen [6],. Um eben deswillen aber, weil in der utilis actio das Gewaltsverbot ficticisch vorausgesetzt wurde, dürfte das

---

2) so namentlich auch Bruns, trotz sonst neuer Auffassung — S. 53 fg.

3) — nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse etc. (Anm. 1). Dagegen allerdings Theophilus ad h. l. »*οὐτιλίας ἀγωγῆς ἀντὶ τῶν ἐντεῦθεν ἐγγυμναζομένης.*«

4) vgl. die utilis damni infecti actio in der lex Rubria, §. 172 Anm 48 und frage, ob nicht etwa dieselbe lex auch unsere utilis actio enthielt?

5) perinde judicatur atque si utilis a. e. c. i. reddita fuisset.

6) Keine Gewißheit, daß es in einem Gewaltsverbote bestanden habe — in einem richterlichen Verbote, das im Gegensatze zum alten praetorischen den Entscheid über den gegenwärtigen Besitz vorausgesetzt, anstatt nach sich gezogen habe (Bruns, S. 54 unten), — bietet l. unic. C. uti poss. 8, 6: Uti possidetis fundum, d. q. a., quum ab altero nec vi etc. possidetis, Rector provinciae vim fieri prohibebit — Diocl. u. M. die mehr an das alte Interdict als an ein richterliches Erkenntniß mahnt. Noch entschiedener dürfte die »condemnationis summa« in l. 3 §. ult. cf. l. 1 pr. »neque pluris quam quanti res erit« D. h. t. noch dem alten und directen Interdictenprozesse, jedoch nicht dem Wett- oder Vorprozesse, sondern dem secutorium judicium angehören; vgl. Gaj 4, 166 — sponsionis et rest. summas . . . condemnat, . . . et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secut. judicio condemnatur. Krüger, a. a. O. S. 108. Witte, S. 122. Bruns, Besitzkl. S. 44.

Urtheil ein ſolches nicht enthalten haben [7]). Dagegen liegt nahe, daß der Richter ſo wie wenn interdicirt, zuwidergehandelt, und gewettet worden wäre, über den gegenwärtigen Beſitz zu erkennen hatte, und überdies, theils zum Erſatz für die entfallenen Wettſummen, theils anſtatt der mit dem secutorium judicium zuſammenhängenden Condemnationen und Abſolutionen, zur Condemnation oder Abſolution wegen etwaiger Entſchädigungsanſprüche ermächtiget wurde [8]). Davon, daß der Richter (zur Unterſtützung unſerer heutigen cautio de amplius non turbando) auch eine Caution auferlegt habe, beſteht keine Spur [9]), womit aber die Möglichkeit ihres Vorkommens keineswegs ausgeſchloſſen iſt [10]).

Alſo wird das interdictum uti possidetis des Juſtinianiſchen Rechtes nach Abſtreifung ſelbſt der Fiction eines Gewaltsverbotes ſeiner äußeren Geſtalt nach zum bloßen Beſitzesſtreite [11]). Einſt nur Mittel zum Zweck (der Entſcheidung, auf weſſen Seite die Gewalt, vielmehr die Gefährlichkeit ſei), erſcheint die controversia possessionis und ihre Entſcheidung jetzt als Selbſtzweck und wenigſtens als Hauptzweck der Klage. Ihr praeparatoriſches Verhältniß zum Eigenthumsſtreite iſt noch unmittelbarer und augenfälliger geworden. Allein alle Veränderung betrifft nur Form und Geſtalt der Klage. An der Thatſache, daß der Streit um den Beſitz eine Gefahr für den Beſitz iſt und Gewalt befürchten läßt, ſo wie daran, daß deſſen Entſcheidung keine bloße Rollenvertheilung (folgt das Petitorium ja doch nicht nothwendig nach [12]))

7) ſ. dagegen hauptſächlich Bruns, a. a. O. u. fgg., u vgl. die vorige Note.

8) Ueber die Zuſammenziehung des Vor- und des Nachprozeſſes, ſ. Krüger, a. a O., beſonders S. 110 unten, u. Anm. 1 — u. vgl. oben §. 166 Anm. 2 und §. 170 ab init.

9) vgl. Savigny, R. d. Beſ. §. 38 S. 409 „es bedarf einer poſitiven Beſtättigung nicht". — Witte, S. 118, „wenn auch ein zwingender Beweis für ihr wirkliches Vorkommen ſich nicht aufbringen läßt."

10) vgl. l. 12 D. si serv. 8, 5. l. 7 D. aqua 43, 20. Oben §. 171 Anm. 34. Witte, S. 118 Schmidt, v. J. Interdorf S. 279. Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 46 Anm. 13 — ferner aber auch l. 13 §. 3 D. usufr. 7, 1; und denke namentlich an den Fall des ſecundariſch prohibitoriſchen Interdiktes »vim possidenti ne faciat« §. 181 Anm. 25.

11) vgl. §. 181 Anm. 27.

12) vgl. Krüger, S. 83.

sondern denn doch auch ein Mittel den Besitzer bei seinem Besitze zu erhalten (retinendae possessionis) und eine Beschwörung der Besitzes-Verlustgefahr ist, — konnte nichts geändert werden. Thatsächlich ist die Justinianische Klage „aus dem Grunde des interdictum uti possidetis" noch immer ein Schutz des Besitzes gegen drohende Gewalt.

Diese thatsächliche Seite des Besitzstreites ist im heutigen römischen Rechte nicht nur nicht verkannt, sondern in der cautio de amplius non turbando und etwaigen Strafandrohungen zu erneutem Ausdruck gekommen [13]).

Immer noch ist das interdictum uti possidetis, vielmehr die an seine Stelle getretene Besitzklage wesentlich Besitzstreit, und zwar gegenseitiger Besitzstreit, duplex judicium [14]). Mag in unserer Praxis eine Klage wegen Besitzstörung ohne Besitzstreit zugelassen werden [15]), so ist das eine andere, von dem interd. uti possidetis verschiedene, dem römischen Rechte wenigstens unter diesem Namen nicht bekannte Klage [16]). Man möchte meinen, daß unsere einseitige Besitzklage das alte secundarische, prohibitorische nur aus dem Gefolge des interdictum uti possidetis losgelöste und selbstständig gewordene Interdikt [17]) sei; allein wenn das wäre, dürfte der Beklagte auch in unserer einseitigen Klage nicht zur Läugnung des klägerischen Besitzes zugelassen werden; wer ihn läugnen wollte, müßte ihn für sich behaupten, d. h. zur zweiseitigen Besitzklage (duplex jud., uti poss.) verwiesen werden.

In letzterer besteht wider den gegenwärtigen Besitzer noch immer die Einrede des nec vi, nec clam, nec precario alter

---

13) Bruns, Besitzkl. §. 7 a. E. §. 8 §. 9. Sintenis, a. a. O.

14) vgl. oben §. 181 Anm. 17. S. dagegen Krüger, S. 110 „im just. R. kann das i. u. p. nicht mehr als duplex gelten. Hinwider Vangerow, P. §. 336, Anm. 1, 3. Sintenis, a a. O. bes. Anm. 17. 18.

15) s. namentlich Windscheid, §. 159, der von diesem Falle ausgeht —

16) Witte (der eine einseitige Klage schon im class. R. annimmt) räumt ein, daß sich „bei Gajus von einem solchen (einseitigen) Verfahren keine Spur" findet (S. 109).

17) vgl. oben §. 181 S. 735 S. 737. Meischeider, S. 437.

ab altero [17a]) — darnach denn auch der alte Streit, ob das Interdikt in dem Falle, da der gegenwärtige Besitzer von seinem Gegner vitios besitzt, erfolglos bleiben, oder aber zu Gunsten des letzteren entschieden, und also recuperatorisch werden und wirken müsse [18]). Beiden Ansichten stehen gleich große Schwierigkeiten entgegen [19]). Sollte aber die Wagschale sich schließlich doch dem recuperatorischen Effecte zuneigen, so läge die Rechtfertigung vielleicht in dem Umstande, daß ursprünglich die Wette und der Entscheid zuvörderst auf die Frage, bei wem die ediktswidrige Gewalt, und erst in zweiter Reihe auf den Besitz gestellt war. Ist es nun sicher, daß zur Zeit dieser Prozeßform der Dejicirte keinem Interdikte verfiel, wenn er später den Dejicienten seinerseits dejicirte [20]), dann ist es auch wahrscheinlich, daß um so weniger eine blos symbolische Gewaltshandlung desselben wider den Dejicienten edictswidrig schien, dagegen umgekehrt die des Dejicienten gegen den Dejicirten **folgemäßig** edictswidrig sein mußte. Gewann also der Dejicirte die Wette in der Gewaltsfrage, so behielt oder bekam er auch den durch die fructus licitatio verlooften Besitz; mit der Wette, war der Besitz gewonnen;

17a) §. 4 in fin. J. interd. 4, 15 l. 1 pr §. 5 § 9 l. 2 l. 3 pr. §. 10 D. h. t. l. 53 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 17 D. prec. 43, 26.

18) Uebersicht der Controverse bei Witte, a. a. O. Nro. IV. S. 60 fgg. — Mittelmeinung, daß wohl Kläger, nicht aber der Beklagte, um zu siegen, gegenwärtige Besitzer sein müsse (Savigny).

19) der letzteren nicht sowohl die retinenda possessio (vgl. das alte interdictum utrubi und Witte, S. 76 fg.), und das Dasein eines interdictum de vi (Witte, S. 78—82), als der Stichpunkt bei Gaj. 4, 150, eum potiorem esse jubet, qui eo tempore quo int. redditur neque vi etc. ab adv. possideat (cf. 4, 166 §. 4 J. int. 4, 15 und die Verhöhnung des duo in solidum in l. 3 pr. D. h. t. (neuter vincetur) (s. namentlich Schmidt v. J., Interdvf. S. 111 V.); — der ersteren, daß der ganze Prozeß auf eine Wette gestellt worden sei, in der leicht keiner der Wettenden gewann — ein Einwand der bestimmter als bei Keller (S. 321 fgg.) und ausdrücklicher als bei Krüger (S. 93 unten u. fg.) bei Witte (S. 68 unten u. fg.), jedoch überall mit Einschränkung auf die fructus licitatio (Gaj. 4, 167) zum Ausdrucke kommt. Freilich kann jede Wette, die sich nicht auf Ja und Nein reducirt, erfolglos werden (vgl Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 66: „wo beiden Theilen der Beweis des Besitzes mißlingt"). Für den recuperatorischen Effect dürfte besonders das restitutorisch-secundare Interd. anzuführen sein (§. 181 Anm. 25 a. E.)

20) Gaj. 4, 154. 155 u. vgl. noch l. 1 l. 3 C. unde vi 8, 4.

daß ihn der Sieger zur Zeit des Interdiktes nicht gehabt, ward durch die Fassung der Wette — durch das worauf es nach dieser ankam[21]) — unschädlich gemacht. Was von dem Falle der vorgängigen Dejection, galt gleichmäßig von dem durch ein Precarium, so wie von dem einst[22]) hinterrücks an den Gegner verlorenen Besitz.

Eine Einrede besteht auch wegen Zeitablaufs (annus utilis)[23]) — von gleichfalls unsicherer Deutung[24]). Indessen läßt auch dieser sich nicht von der stets verjüngbaren controversia possessionis, sondern nur von der Gewalt, es sei nun von dem alten Gewaltsverbote, oder von einem Gewaltsacte, dem symbolischen oder dem der factischen Besitzstörung aus denken. Es scheint sich aber um ein Actionsrecht gehandelt zu haben (agere permittam)[25]), welches durch das Gewaltsverbot (interdictum redditum) begründet und dadurch geboren wird, daß der Gegner irgend etwas ex interdicto nicht thut und damit an Stelle des zweiseitigen Besitzstreites also das einseitige (secundarische) Interdict auf Restitution oder Sicherung des Besitzes gegen sich hervorruft[26]). Hiemit ließe sich auch vereinen, daß „nicht auf mehr quam quanti res erit“[27]) geklagt werden kann[28]). Nach heutigem Rechte ist vollends nur an die einseitige Besitzklage, und

---

21) vgl. Keller, a. a. O. S. 317. „Nun sind aber diese Sponsionen ihrer wörtlichen Fassung nach nicht an die Bedingung geknüpft, daß der Rogans Besitz habe, sondern an diese, daß der Promittens dem Interdikt zuwider gehandelt habe“ — denselben S. 126 und namentlich auch in seiner Bemerkung zu l. 1 §. 1 D. h. t. quem potiorem S. 325 Anm. 56; wogegen Witte, a. a. O. von einer Fortdauer des Besitzes gegen den Dejicienten ausgeht.

22) s. oben §. 141 Anm. 17.

23) l. 1 pr. D. h. t.

24) Keller: „ich bin auf einem Punkte angekommen, wo ich weitere Forschung besser Anderen überlasse, weil die meinige, wie mich eine lange Erfahrung belehrt hat, hier nicht mehr vorwärts will“ a. a. O. S. 330.

25) vgl. Keller, Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 11 S. 308 „nicht zu bezweifeln, daß . . von dem agere ex interd. reddito die Rede ist“. Schmidt v. J., S. 119. Abweichend. Witte, S. 125 Abs. 1, determinirter Krüger, S. 108.

26) Gaj. 4, 170. §. 181 Anm. 25.

27) im Gegensatze zu den Sponsionen das duplex judicium? zu dem weiter gehenden Interesse des int. de vi?

28) vgl. oben Anm. 6 a. E.

unmöglich an ein anderes Datum als das der factiſchen Beſitzſtörung zu denken [29]).

Das Bedürfniß nach der aus den Juſtinianiſchen Quellen verſchwundenen Beſitzesregulirung während des Prozeſſes (fructus licitatio) bricht ſich unter den Canoniſten und in der italieniſchen Praxis auch ohne Gajus Bahn, und führt in Deutſchland zum ſ. g. Summariiſſimum, einem Rechtsmittel, in welchem noch vor dem ordentlichen Beſitzſtreit (ordinarium, summarium, uti possidetis) und getrennt von dieſem [30]) der Beſitz dem blos wahrſcheinlich gegenwärtigen Beſitzer proviſoriſch zugetheilt wird [31]).

2) Das interdictum utrubi, zum Schutze des Mobiliarbeſitzes aufgeſtellt, und darum [32]) vor Alters anders geſtaltet als das i. u. p. [33]), ward ſchließlich dem i. u. p. gleichgemacht [34]).

§. 183.

Interdicta recuperandae possessionis.

1) Interdictum de vi [1]). Dieſes bildet mit dem interdictum uti possidetis zuſammen Ein Paar; beide bewegen ſich um gewaltthätige Entziehung des Beſitzes, das i. u. p. um die Gefahr, das i. de vi um den wirklichen Eintritt derſelben [2]). Beſitz iſt hier wie dort Vorausſetzung [3]), überdies Grundbeſitz [4]); ſtun-

29) Savigny, Beſitzr. §. 37 S. 397. Windſcheid, §. 159 Anm. 7. Seuffert, P. §. 412 Anm. 11a—13 Arndts, P. §. 172 a. E. u. ſ. f.

30) nicht als einer portio interdicti uti possidetis wie die fructus licitatio und die italieniſche Beſitzregulirung (Bruns, Beſitzesrecht §. 33).

31) Bruns, a. a. O. §. 44 §. 45.

32) Bruns, Beſitzkl. S. 167. 168.

33) Gaj, 4, 151, 152 Paul. R. S. V. 6, 1. Fragm. Vat. §. 293.

34) l. 1 §. 1 D. h. t. Ulp. interpolirt (vgl. Anm. 33). Savigny, der die Aenderung von Juſtinian S. 412, — Bruns, der ſie von der ſpäteren Praxis einführen läßt — a. a. O. S. 175.

1) D. de vi 43, 16. C. unde vi 8, 4; §. 6 J. interd. 4, 15.

2) l. 1 §. 4 D. h. t. — Et consequenter proponitur (i. u. p.) post i. de vi; illud enim restituit vi amissam, hoc tuetur, ne amittatur possessio —

3) Cic. pro Tullio c. 44. Unde tu aut familia tua aut pro curator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno

den gegen Entreißung von Mobilien ja ganz andere Klagen zu [5]). Allein wie das i. utrubi dem i. u. p. gleichgemacht (§. 182, 2) und also der Sache nach Ein interdictum retinendae p. für Mobilien wie Immobilien begründet ist, so möchte man im Hinblick auf l. 7 C. h. t. [6]) an eine Einbeziehung der Mobilien in das interdictum de vi glauben, umsomehr als mit dem Untergang des i. utrubi ein in der That recuperatorisches Rechtsmittel für den Mobiliarbesitz verloren gegangen war [7]). Indessen erscheint bei näherem Betracht durch jene Constitution nicht das interd. de vi von den Immobilien auf die Mobilien, sondern eine von den Mobilien ausgegangene Persekution auf die Immobilien erstreckt [8]). Zwar kann man behaupten, daß dieses Rechtsmittel (weil es nach Art der vi bon. rapt. actio rechtliches Interesse voraussetzt [9]),

---

vi dejecisti, q. d. r. a., cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum restituas cf. das s. g. Thorische Ackergesetz bei Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 10: Cap. VII. S. 151 bei Bruns, fontes, ed. III. p. 64 Nro. 20 l. 1 §. 9 D. h. t. Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possidet . . §. 10 non tamen si colonus (s. oben S. 500 Anm. 11—14), §. 23 eod.; nach just. R. ununterschieden, ob vis armata oder quotidiana (vgl. Savigny, Bes. S. 425 oben); in Betreff des vorjust. R., vgl. Keller, sem. I. p. 301 sqq. (vielmehr Cic. pro Caec. c. 31. 32) gegen Savigny, a. a. O., Meischeider, Besitz und Besitzesschutz S. 452 unten

4) l. 1 §. 3 §. 6 D. h. t. §. 6 J. h. t. Basil. 60, 17 c. 7 und des Psellus Vers (Bruns, Besitzrecht S. 76 unten).

5) l. 1 §. 6 cit. — nam ex causa furti vel vi bon. r. actio competit; potest ad exhibendum agi.

6) Si quis in tantam furoris provenerit audaciam rerum . . ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit — (umgearbeitet aus c. 3 C. Th. unde vi) wozu §. 1 J. vi bon. r. 4, 2 und §. 6 J. interd.

7) So Savigny, Bes. §. 40 S. 433—442.

8) Gegen Selbsthilfe, und zwar gegen denjenigen der die Sache als sein wegnahm, stund vi bon. rapt. a. nicht zu (l. 2 §. 18 D. h. t. 47, 7); wegen der Strafslosigkeit aber, welche wahre Räuber durch den Vorwand der Selbsthilfe sich darnach erwirkten, ward durch kk. Constitutionen auch das »rapere« der eigenen Sache verboten und in neuerer, aber gelinderer Weise (anstatt des quadruplum mit Eigenthumsverlust oder Aestimation nebst Restitution) bestraft (»aliter multabitur« l. 2 §. 18 cit.), eben diese Verordnung aber über die Mobilien hinaus auf Immobilien erstreckt — quod non solum in mobilibus . . . sed etiam in invasionibus quae circa res soli fiunt etc. (was Bruns, Besitzrecht S. 75 Anm. 2 umkehrt) §. 2 J. cit. §. 6 J. interd.

9) §. 2 J. h. t. 4, 2 l. 2 §. 22—24 D. h. t. 47, 7, vgl. Savigny S. 434.

dem Beſitzer nicht als ſolchem, mithin nicht überall zuſtehe; allein angenommen, daß dem wirklich ſo ſei [9a]), ſo iſt das Bedürfniß nach einem rein poſſeſſoriſchen recuperatoriſchen Interdikte gleichwohl nicht ungedeckt, woferne das interdictum retinendae possessionis wider den gewaltthätigen Gegner auch recuperatoriſchen Effect hat (§. 182 Anm. 17. 22). — Hier und dort handelt es ſich um gewaltſame Beſitzentſetzung, dort um drohende, hier um vollzogene; bloße Invaſion begründet das i. d. v. noch nicht; der bisherige Beſitzer muß den Beſitz vor allem verloren haben [10]), er muß ihn ohne ſeinen Willen [11]), und zwar durch handhafte Gewalt [12]), d. i. durch „Dejection“ [13]), verloren haben. Doch wird der Dejection die Flucht gleichgeſtellt, wenn ſie erſt vor der eingedrungenen und überlegenen Macht ſtattfindet [14]); ferner die Prohibition [15]), welche, wenn keine bloße Dereliction [16]), ſondern etwas wie Dejection da ſein ſoll, doch wohl nirgends auf der bloßen Negative, daß der Abweſende „nicht zurückzukehren wagt“ [17]), und nicht überall auf der bloßen Aufforderung und

9a) wogegen das oben §. 124 S. 446 I. 1. Geſagte immerhin in Betracht kommt; ſ. namentlich auch die alienas res vel possessiones in der mit l. 7 zuſammenhängenden l. 11 C. h. t.

10) was bei bloßer Invaſion nicht mehr der Fall: §. 137 Anm. 21 §. 141. Vgl. l. 1 §. 45 D. h. t. — si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc i. experiri, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti sunt l. 17 eod. Qui pm vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est. l. 3 §, 9 eod., wozu Bruns, Beſitzkl. S. 153.

11) durch keinerlei, wenngleich gezwungene Tradition: l. 5 eod. cf. l. 9 pr. D. quod met. 4,2.

12) l. 1 §. 3 D. h. t. — ad solam .. atrocem vim pertinere hoc. i. — l. 1 §. 29 eod. — vim sine corporali vi locum non habere —

13) formelmäßig: l. 1 pr. §. 3—5 D. h. t. Dejection, nicht Beſitzerwerb: l. 33 §. 2 D. usurp. 41, 3.

14) l. 9 pr. D. quod met. 4, 2 cf. l. 1 §. 29 l. 3 §. 6 §. 7 D. h. t.; nachgiebiger l. 33 §. 2 D. usurp. 41, 3.

15) l. 1 §. 24 D. h. t. — si quis .. revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium — l. 6 l. 7 D. a. v. a. p. 41, 2.

16) worauf die von Bruns, Beſitzkl. S. 138 citt. l. 25 §. 2 l. 44 l. 46 D. a. v. a. p. 41. 12.

17) Savigny, Beſitz S. 468. vgl. S. 431 und dagegen Meiſcheider, a. a. O. S. 458 Anm. 1.

Verweigerung der Besitzesräumung [18]) bewenden darf; endlich die Knechtung des Besitzers inmitten seines bisherigen Besitzes [19]). Auch an diesem Dejectionserforderniß ist in der nachclassischen Zeit für das i. de vi richtiger nichts nachgelassen [20]). Wohl aber finden wir jene der vi bon. rapt. actio entsprungene und auf Immobilien ausgedehnte Verfolgung der Selbsthilfe (Anm. 8) in l. 11 C. h. t. Justin. schließlich bis auf den Fall erstreckt, da der Occupant (weil vacuam possessionem absentis) ohne Gewalt occupirt [21]), — schon zuvor aber auf Pächter und Prekaristen angewandt, welche auf Begehr des Verpächters grundlos nicht sofort restituiren [22]), — dagegen alle poena (sowohl die dieser Selbsthilfe, als die der lex Julia de vi [23])) für den Fall ausgeschlossen, daß die Occupation in einem Versehen auf Seite des

18) wie Bruns, Besitzkl. S. 155 annimmt; s. dagegen Meischeider, a. a. O.: „wenn Willensausdruck gegen Willensausdruck steht und mit Grund zu befürchten ist, daß der Ingredient seinem Willen . . durch Gewaltthat Nachdruck geben werde."

19) l. 1 §. 47 cf. §. 46 D. h. t.

20) Vgl. hierüber im großen Ganzen auf Seite der weitesten Ausdehnung über die Grenzen der Dejection (auf Verlust durch Irrthum des Occupanten: l. 5 C. h. t. — durch Untreue von Vertretern l. 12 C. a. e. r. p. 7, 32 — durch illegale obrigk. Verfügung: l. 2 C. si per vim 8, 5 l. 3 C. qui legit. 3, 6, — durch Occupation in Abwesenheit des Besitzers: l. 11 h. t.) Jhering, Beiträge z. L. v. B. (Jahrbb. Bd. 9 S. 92—122), auf Seite der strengsten Einhaltung der alten Grenze: Bruns, speciell gegen Jhering, Besitzkl. §§. 11 insb. S. 132 unten, dazu meine Anzeige des Bruns'schen Buchs in der Jenaer L. Z. 1874 Nro. 40. 2. Meischeider, a. a. O. S. 462—468.

21) Vor dem gemeiniglich praeterirten Moment der Selbsthilfe (— sine judiciali sententia . . . per suam auctoritatem usurpare — Ridiculum enim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit, wozu §. 1 J. vi bon. r. 4, 2. Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius pro hac parte Divalibus const. prospectum est, und hinwider l. 11 cit. — quae . . veteribus declarata sunt legibus; zu dem allem die 30 annorum curricula in l. 11 in f.) hat der augenblicklich im Vordergrund geführte Streit, ob der Besitz hier noch vor der Occupation, oder durch die Occupation ohne weiteres verloren gegangen (übersichtlich Meischeider, S. 464 fgg.), ob die possessio durch Repräsentanten des Besitzers oder durch diesen selbst „erlediget" worden (Bruns S. 128 Abs. 1, überhaupt S. 108—132), nur secundäre, für diese Persecution gleichgiltige Bedeutung.

22) l. 10 C. h. t. Zeno. — aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli — cf. §. 1 J. vi bon. r. 4, 2.

23) vgl. l. 4 C. h. t.

bisherigen Besitzers ihren Anlaß hatte [24]). Auch kann an der Cujacisch-Ihering'schen „momenti actio", welche die per vim vel alio modo ablata possessio einheitlich in sich aufgenommen haben soll [25]), immerhin so viel wahr sein, daß mit dem Abkommen des Interdiktenverfahrens auch der Name interdictum zurücktrat, dagegen unter dem Namen momenti actio der Gattungsbegriff Besitzklage [26]) für alle diejenigen Klagen aufkam, in denen es sich um Regulirung oder Wiederherstellung gestörten Besitzstandes (momenti reformatio) auf Grund des bisherigen Besitzes und nach Art der possessorischen Interdicte handelte, — daß ferner in diesen Gattungsbegriff namentlich die erweiterte Verfolgung der Selbsthilfe mit aufgenommen, dieses gesamte Klagengeschlecht prozeßualisch ausgezeichnet [27]), und erst durch die justinianische Restauration wieder hinter die „Interdikte" zurückgestellt wurde.

Infolge dieser ist denn auch im heutigen Rechte wieder von einem interdictum de vi die Rede, welches sich, entgegen der Anklage aus der lex Julia de vi und namentlich entgegen der späteren Verfolgung wegen Selbsthilfe durch seinen lediglich restitutorischen Charakter auszeichnet, insoweit nicht poenal ist [28]), von

24) So l. 5 C. h. t. durch compilatorische Abstraction aus der in urspr. Gestalt bei den Agrimensoren (Lachmann S. 267) erhaltenen constantinischen Constitution (l. 3 C. fin. reg. 3, 39 und l. 5 l. 8 C. h. t. — c. 1. C. Th. fin. reg. 2, 26). Bruns, S. 93 c.; auf welchem Wege der Besitz zu restituiren, dahingestellt. — Dies betreffs der Ausdehnung auf error; bezüglich der übrigen Ihering'schen Fälle (Anm. 20), und zwar bez. der Veruntreuung durch Stellv., s. Bruns S. 109 a, und hier oben §. 142 Anm. 24. 25, ferner Bruns, S. 95. 4, — bez. der illegalen obrigk. Verfügg. Bruns, S. 105 b.

25) l. 6 C. Th. unde vi 4, 22 cf. l. 8 C. h. t. Cujac. obs. I. 20. Ihering, a. a. O. S. 92—99 und auch meine erste Aufl. S. 86 — wogegen Bruns, §. 11.

26) wie namentlich in den Basiliken (Bruns, S. 91 unten) momenti a. für i. unde vi und uti p. zu stehen scheint; s. namentlich Bas. 9, 1. 158.

27) — in reformatione momenti nullam esse appellationem (Symmach. epist. 10, 41 l. 1 C. si de moment. p. f. app. 7, 69 Bruns, S. 89); — momenti actio exerceri potest per quamcunque personam (c. 6 C. Th. h. t. 4, 22 l. 3 C. qui legit. pers. 3, 6 und dazu l. 1 C. si per vim. 8, 5; — loci judicem convenit judicare: l. 1 C. ubi de poss. agi oport. 3, 16; — mox audiri etiam sine inscriptione meretur: l. 8 C. h. t.

28) wie namentlich die Verfolgung wegen Selbsthilfe: §. 1 J. vi bon. rapt. 4, 2 — rei quidem suae dominio cadere: si autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam aestimationem ejus rei praes-

dem i. uti possidetis dagegen, auch insoweit dieses recuperatorisch ist, sich durch den Umfang der Restitution unterscheidet, indem diese nicht nur die Früchte und sonstigen Vortheile vom Augenblicke der Dejection an [29]), sondern auch die sämtliche Fahrniß, wie sie sich zur Zeit der Dejection auf dem Grundstücke befand, und deren Früchte vom Augenblicke der Dejection an, mitergreift [30]), und in diesem Umfange ohne Rücksicht auf Besitz oder Nichtbesitz, auf Existenz oder Untergang des Grundstückes oder der Fahrniß ein „brauchbares" Jahr lang zu praestiren ist [31]). Allein reipersecutorisch wie die reipp. Actionen ist es auch nicht; gegen die Universalsuccessoren des Dejicienten geht es nicht; um wenigstens so viel als zufolge der Dejection sich bei ihnen befindet, oder ohne Argliſt bei ihnen wäre, herauszubekommen ist in factum actio nothwendig gewesen [32]). Dieselbe in factum actio muß um so mehr, nach Jahresumfluß, gegen den Dejicienten selbst gehen, findet aber ausdrücklich auch gegen die Gemeinde, also wohl auch gegen jede Korporation, Stiftung statt, in deren Namen dejicirt worden ist [33]), so wie gegen den Gewalthaber, dessen „familia" dejicirt hat [34]); erst diese in factum actio ist reipersecutorisch und perpetua [35]). Activerseits geht das Interdict selbst auf die Universalsuccessoren über [36]). Dejicient ist auch der Mandant und Ratihabent [37]), — er auch, nämlich neben dem Mandatar [38]);

---

tare — §. 6 J. interd. 4, 15 l. 7 l. 10 C. h. t. — censuit esse puniendos —

29) l. 1. §. 40 D. h. t. — quamvis in ceteris ii. . . non retro computantur. §. 41 eod.

30) l. 1 pr. §. 32—38 §. 40 §. 42 D. h. t. l. 33 §. 2 D. usurp. 41, 3.

31) l. 1 §. 39 D. h. t. S. dagegen die 30 Jahre wider Selbsthilfe l. 11 C. h. t.

32) l. 1 §. ult. l. 2 l. 3 pr. §. 1 §. ult. l. 9 pr. D. h. t. — daß unter den »ceteri successores« nicht auch die Singularsuccessoren zu verstehen, arg. der Uebergang von l. 8 §. 1 zu §. 2 D. prec. 43, 26; — l. 2 C. h. t.

33) l. 4 D. h. t.

34) l. 1 pr. §. 15—20 D. h. t. familiae appellatio servos continet (§. 16) — si filiusf. vel mercenarius vi dejecerit, utile i. competit (§. 20).

35) l. 3 §. 1 eod.

36) l. 1 §. 44 eod.

37) l. 1 §. 12—15 eod.

38) l. 1 §. 13 eod. — cum utrolibet eorum agi posse etc.

dejicirt überall nur der Besitzer [39]), ob er nun in eigener Person oder in der seiner Leute dejicirt sei [40]), und nur er klageberechtigt [41]); doch soll, wenn die Dejection in Person seiner Leute geschehen und er abwesend ist, der Richter seine Leute klagen lassen [42]). Die Einrede der Reciprocität (quod nec vi etc. — Anm. 2) ist auch aus dem interdictum de vi quotidiana gestrichen [43]); dagegen steht wider den Besitzer, der die Dejection in ununterbrochenem Kampfe mit Gegendejection erwidert, das J. nicht zu [44]), u. E. auch gegen denjenigen Besitzer nicht, welcher den in seiner Abwesenheit eingedrungenen Occupanten, bei seiner Rückkehr, anstatt sich abdrängen (prohibiren) zu lassen, selbst dejicirt [45]).

Uebrigens ist von diesem Interdikte erst im heutigen Rechte, und nicht ohne daß abermals eine Restauration nöthig gewesen wäre, die Rede. Denn im Anschluß an den canon Redintegranda (c. 3 C. III. quaest. 1) ist aus der italienischen und deutschen Praxis eine actio spolii hervorgegangen, welche dem bisherigen Besitzer, ja Detentor von Mobilien wie Immobilien gegen jeden unfreiwilligen Besitzverlust, auch nicht blos gegen den Spolianten und seinen Erben, sondern gegen jeden dritten Besitzer, selbst den b. f. possessor gegeben wurde, mit Hilfe der Praesumtion, daß der „ältere Besitzer" der gerechtere sei, den Beweis des rechtmäßigen Verlustes auf den Beklagten wälzte, und erst in 30 Jahren verjährte. Die hiegegen von J. H. Böhmer (1674—1749) begonnene, seither von Savigny durchgesetzte Opposition hat dieses canonistisch-germanistische Product wenigstens in seinem Erfolge gegen den b. f. possessor, in seiner Ausdehnung

39) — nec alius dejici visus est, quam qui possidet l. 1 §. 23 eod.

40) l. 1 §. 22 eod. vgl. oben §. 142. S. 532 d.

41) l. 1 §. 23 cit. — i. hoc . . nulli competit nisi ei qui tunc quum dejiceretur possidebat —

42) l. 1 C. si per vim 8, 5.

43) §. 6 J. interd. 4, 15 — wonach die vis armata nurmehr von Belang gegen den Gewalthaber: l. 1 §. 43 D. h. t.

44) s. oben Anm. 11; §. 82 S. 268 B.

45) diese nicht nur auf l. 18 §. 3 D. poss. 41, 2 (facile expulsurus . . simulatque sciero), sondern u. E. auch in Consequenz begründete Lehre nennt Bruns, S. 151 eine „Erfindung Savignys."

auf den Detentor und in seinem Beweisprivilegium überwunden [46]).

§. 184.

2) Interdictum de precario [1]). Dieses Interdikt setzt keine Gewalt mehr voraus, weder eine drohende, noch eine vollzogene, sondern nurmehr Verzug [2]), Weigerung auf Seite dessen, der ein Lehen auf Ruf und Widerruf (Prekarey, Beneficium [3]) des Mittelalters wie der alten Clientel) empfangen hat und des ergangenen Widerrufs ohnerachtet nicht restituirt. Nichtsdestoweniger ist der friedewirkende Zug, der das Geschlecht der Interdikte auszeichnet, auch an ihm nicht zu verkennen; denn als ein Restitutionsgebot [4]) überhebt es der Gewalt, zu der hier die Versuchung vorliegt, und welche ohne das Interdikt vielleicht ursprünglich [5]) nothwendig, und beziehungsweise noch heute erlaubt ist [6]). Auch möchten wir insolange nicht dargethan wird, zu welcher Interdiktsgattung sonst (l. 1 l. 2 D. int. 43, 1) unser J. gehöre, es bei den possessorischen belassen [7]), nur daß man blos in dem Hauptfalle, da possessio (ursprünglich eines Grundstückes [8])) verliehen ist [9]), von einem interdictum recuperandae possessionis direct, in den übrigen Fällen dagegen, da der Prekarist

46) Literarhistorische Darstellungen bei Bruns, Besitzr. (§§. 19. 21. 23; 44. 45); Delbrück, dingl. Klagen §§. 23—25; hinwider Maaßen, Jahrb. d. gem. R. Bd. 3 Nro. 8. Bruns, daselbst Bd. 4 Nro. 8 (insb. gegen Delbrück's älteren Besitz), Heusler, Gewere, S. 318 fg. Meischeider, a. a. O. §. 26 §. 34. Uebersicht der Resultate: Windscheid, §. 162 a.

1) D. de precario 43, 26 C. 8, 9.

2) l. 8 D. h. t. — ubi moram quis fecit precario —

3) vgl. l. 14 D. h. t.

4) l. 2 §. 1 D. h. t.

5) vor der praescriptis v. actio l. 2 §. 2 l. 19 §. 2 D. h. t.

6) s. oben §. 182 Anm. 17; früher auch entgegen dem interdictum de vi quot. §. 183 Anm. 2. 43.

7) vgl. Savigny, Bes. S. 386 S. 396 oben S. 460. S. dagegen Bruns, Besitzkl. § 14. Ihering, Besitzesschutz (eigne Ausgabe der Beiträge, z. L. v. B. 2. Ausg. S. 97—101).

8) Savigny, S. 461, mit Bezug auf Isid. orig. (in possessione fundi) V. 25 und die Lesart constitit in l. 4 D. h. t., woselbst jedoch auch schon das »etiam« von Belang ist.

9) l. 2 §. 3 l. 4 §. 1 l. 15 §. 4 — l. 18 D. h. t. und oben §. 139, Anm. 4 §. 136, Anm. 11 §. 135 Anm. 46.

bloße Detention[9a]), oder juris (quasi) possessionem[10]) bekommen hat, nur uneigentlich von einem i. recuperandae possessionis[11]) reden kann. Wäre gleichmäßig üblich wie denkbar, daß man nicht immer bloß possessionem, ſondern auch das Eigenthum, oder das Recht ſelbſt hingäbe, dann möchte man dasſelbe zu den proprietatis causa continentia, allein auch ſo noch zu den poſſeſſoriſchen i. i. zählen (§. 180 Anm. 8). Sein Zweck iſt Beſitz (Wiedererlangung oder Wiederherſtellung des Beſitzes); ſein Anlaß iſt eine der Verſchuldung des i. uti p. und de vi ähnliche Widerſetzung gegen den früheren oder den gegenwärtigen Beſitzer[12]); ſein Grund allerdings nicht der Beſitz[13]), anſtatt deſſen aber ſeine Gewährung oder Verſchaffung, ohne Rückſicht auf den Grund oder das Recht der Gewährung[14]). Was eine Klage zur poſſeſſoriſchen mache, beſtimmt ſich nach keinem vorgefaßten Begriffe, ſondern nach den Klagefällen, die wir zu den poſſeſſoriſchen rechnen müſſen. Nach Maßgabe des i. de precario iſt auch diejenige Klage poſſeſſoriſch, in der es ſich um Wiedererlangung eines vertrauenswidrig (treubrüchig) vorenthaltenen Beſitzes handelt (Anm. 27).

Das i. de precario iſt reſtitutoriſch (Anm. 4), auf Praeſtation von omnis culpa und omnis causa jedoch erſt „post i. editum“[15]), heute von Anhängigmachung der Klage an gerichtet. Denn kein Kontrakt im Sinne vertragsmäßiger, geſchweige gegenſeitiger Bindung[16]) und mit vertragsmäßiger Sicherung unvereinbar[17]), ganz und gar Wohlthat (beneficium), nichts als Gunſterweiſung (liberalitas)[18]) ſchließt das Prekarium die Nachſicht ge-

9a) l. 6 §. 2 l. 21 D. h. t.
10) l. 2 §. 2 l. 3 l. 15 §. 2 D. h. t.
11) das z. B. Vangerow, §. 691 Anm. III., 2. Arndts, §. 173 ohne weiteres annehmen.
12) vgl. Savigny, S. 460. Vangerow, S. 609.
13) Bruns, S. 181.
14) »quod precario ab illo habes« l. 2 pr. l. 8 pr. D. h. t.
15) l. 8 §§. 4—6 D. h. t.
16) l. 14 D. h. t. vgl. l. 17 §. 3 D. commod. 13, 7 l. 2 pr. D. cond. ind. 12, 6. — Quaſicontract der contractus in l. 23 D. r. j. 50, 17; vgl. daſelbſt tutela, negotia gesta, rerum communio —
17) l. 15 §. 4 D. h. t.
18) l. 14 l. 8 §. 3 eod. — cum totum ex liberalitate descendat. — Heute noch „Gnadenholz.“

gen leichtere Schuld [19]) in sich, und will nur vor Trug und Leichtfertigkeit bewahrt sein [20]). Ueberhaupt keine Bindung (Obligation) auf Seite des Gebers, so frei wie freigebig, erträgt es keinen dies, d. h. keine Verpflichtung des Gebers auf gewisse Zeit [21]), anderseits aber auch keinen dies actionis [22]), u. E. aber überhaupt keine Verjährung [23]). Namentlich scheint die Unterlassung der Klage nach eingetretener mora als Fortsetzung der Liberalität gedacht werden zu müssen. Daß der Prekarist anstatt mit dem Interdikt auch mit incerti condictio (actio? [24])) oder praescriptis v. actio belangt werden kann, beweist zwar das Dasein einer Obligation, allein nur einer einseitigen, des Prekaristen [25]), und keiner Vertragsobligation [26]). Die Verweigerung des nur auf Ruf und Widerruf Empfangenen ist an sich, als Treubruch [27]), Schuldgrund, Grund einer auf incertum intendirenden einseitigen, darum strengrechtlichen (oder Schuld-) Klage (condictio).

Das Klagerecht ist bei demjenigen, „von welchem der Empfänger gunstweise hat" [28]). Wer der sei, entscheidet sich nicht

19) l. 8 §. 3 cit.; ob auch gegen aquilische culpa? vgl. Vangerow, §. 681 Anm. 3 II, 2.

20) l. 8 §. 3 cit.

21) l. 12 D. h. t. — nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Wie bewährte sich dieser Grundsatz, da wo neben dem Prekarium contractliche Bindung vorliegt, wie in l. 20 D. h. t.?

22) l. 8 §. 7 D. h. t. Int. hoc et post annum competere; cum enim nonnunquam in longum tempus concedatur etc.

23) vgl. die Unverjährbarkeit des Theilungsrechtes oben S. 398. — Die gemeine Meinung nimmt 30 j. V. an, z. B. Vangerow, §. 691 Anm. III, 2. S. 609. Windscheid, §. 160 Anm. 21.

24) l. 2 §. 2 in f. l. 19 §. 2 D. h. t. Vgl. Bruns, Besitzkl., der (S. 183) von einer obligatorischen Pflicht zur Rückgabe auch in Interdiktsgestalt spricht. S. auch Savigny, Bes. S. 461. Abs. 2.

25) weshalb in l. 19 §. 2 D. h. t. »condictio« (statt actio) ruhig bleiben mag (vgl. Vangerow a. a. O. S. 610) und das »ex bona f. oritur« in l. 2 §. 2 cit. nur den Grund und so wenig als das »ex bono et aequo« in l. 66 D. cond. ind. 12, 6 die Qualität der actio anzeigt —

26) vgl. die praescr. v. a., z. B. in l. 10 D. h. t. 19, 5 l. 9 l. 22 C. don. 8, 54 (wo auch das incertum) —

27) — ex bona fide oritur: l. 2 §. 2 cit. — quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet; Paul. R. S. V. 6, 10.

28) l. 2 pr. D. h. t.

nach der Sache (von wem ſie herkommt), ſondern nach der Rogation (wer als der Gebetene die Bitte erfüllt, oder deren Erfüllung bewirkt hat[29]) — nicht als ob ohne Bitte kein Prekarium[30]), ſondern weil ein Prekarium nur zwiſchen dem Empfänger und Spender der Gunſt möglich iſt. Dieſes römiſche Beneficium iſt denn auch ſchlechthin unveräußerlich[31]), und nur zum Theil vererblich[32]). Anſtatt erneuern zu müſſen, wie der Käufer ꝛc., wenn er Lehensherr werden ſoll, gilt der Erbe ohne weiteres als Concedent und der Prekariſt ohne weiteres und ohne daß er davon weiß, als ſein Mann[33]), es wäre denn ſofort bei der Verleihung der Tod des Verleihers als deren äußerſtes Ziel bezeichnet[34]). Auf Seite des Prekariſten dagegen vererbt nichts; der Erbe hat, ohne Erneuerung, nicht mehr precario[35]); iſt er gleichwohl mit dem Interdikte belangbar[36]), ſo kann damit nur das bereits gegen den Erblaſſer, durch deſſen Weigerung, erworbene Interdikt gemeint, nicht das Prekarium ſelbſt vererbt, oder an ein erſt durch Widerruf gegen den Erben zu begründendes neues Interdikt[37]) zu denken ſein. Nichtsdeſtoweniger braucht derjenige, welcher belangbar ſein ſoll, nicht buchſtäblich ſelbſt rogirt zu haben; die Rogation, welche in ſeinem Auftrage oder mit ſei-

29) l. 8 pr. eod.

30) wie man wegen l. 1 pr. l. 2 §. 3 D. h. t. früher anzunehmen pflegte. — Vangerow, a. a. O. I. — wogegen Paul. R. S. V. 6, 11. Precario p. videtur non tantum qui per epistolam vel quacunque alia ratione (l. 9 D. h. t.) hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis judicio, patiente tamen domino.

31) der Singularſucceſſor des Spenders muß es erneuert haben, wenn er das J. bekommen ſoll: l. 8 §. 2 D. h. t.

32) l. 12 §. 1 D. h. t.

33) l. 8 § 1 l. 12 §. 1 D. h. t.

34) l. 4 D. loc. 19, 2 — »quoad is vellet« —

35) l. 8 §. 2 l. 12 §. 1 D. h. t. — quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa p. est. Paul. V., 6, 12 — si in ea manserit magis dicendum est, clam videri posse; nullae enim preces ejus videntur adhibitae. — Zur Erneuerung vgl. auch l. 5 D. h. t., und anderſeits l. 4 §. ult. eod.

36) l. 8 §. ult. D. h. t. ſcheinbar gegen Paul. R. S. cit. nec interdicto locus est.

37) daſſelbe was uns von Paul. R. S. cit. und l. 11 D. div. tt. pr. 44, 3 verworfen ſcheint, dagegen von Vangerow, a. a. O. V., 2 a. E. der l. 8 §. ult. unterſtellt wird, mit der Haftung ex dolo defuncti (l. 8 §. ult. in f.) aber unvereinbar iſt. Vielleicht zu allgemein Savigny, Beſ. S. 462. Windſcheid, §. 160 a. E.

ner nachträglichen Genehmigung geschehen, ist seine Rogation [38]; ohne diesen seinen Willen wird er, durch (Sklaven und) Hauskinder nur peculiotenus und de in rem verso belangbar [39]. —

Das in l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3 erwähnte und aber hier selbst dahingestellte interdictum de clandestina possessione ist, weil nur auf Grundbesitz gerichtet, noch in classischer Zeit überflüssig geworden [40].

II. Jura in re und Quasibesitz.

Ueberhaupt.

§. 185.

Als ob unter den „jura in re" der Quellen [1] das Eigenthum mitbegriffen wäre, meinen die Unsrigen den Servituten, der Superficies, Emphyteuse und dem Sachenpfandrecht den Namen „jura in re aliena" geben und sie also von dem Eigenthum (welches folgerecht jus in re propria wäre) unterscheiden zu müssen. Allein bewogen wahrscheinlich von der Vorstellung, daß die „jura" gleich unseren „Rechten" Befugnisse und Machtvollkommenheiten bedeuten, während das Eigenthum mehr ist als dieses (§. 130 §. 64), scheinen die Quellen den Ausdruck jura in re auf diejenigen Sachenrechte beschränkt zu haben, welche nichts sind als dieses (Anm. 1); wenigstens kommt der Ausdruck für das Eigenthum nicht vor. Besteht aber jene rechtliche Verbindung zwischen Sachen und Person (Pertinenz, Zugehörigkeit), wie sie das Wesen des Eigenthums oder des rem ejus esse ausmacht, bei den Servituten u. s. f. nicht [2], so versteht sich von selbst, daß diese Rechte Rechte an einer fremden Sache sind. Auch ist es nicht blos überflüssig, sondern auch irreführend, dies eigens auszu-

38) l. 6 §. 1 D. h. t.

39) l. 13 gegen l. 4 §. 2 D. h. t.

40) s. oben §. 141 Anm. 17. Savigny, §. 41 bes. S. 456.

1) l. 19 pr. D. damn. inf. 39, 2 l. 71 §. 5 D. leg. l. l. 30 D. nox. act. 9, 4 l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47, 8.

2) darauf, daß die Servituten nach ursprünglicher Anschauung gleich dem Eigenthum „Zubehörigkeitsrechte" gewesen seien, geht M. Voigt, über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der röm. Republik. Leipzig. (Separatabdruck aus den Berichten der phil. hist. Classe der Königl. sächs. Ges. d. W. 1874) §. 4 „die früheste jur. Construction der Servitut:" S. 20.

sprechen. Denn einmal zieht, wie bemerkt, der Ausdruck jura in re aliena den Gegensatz von jura in re propria nach sich, und verführt so zu der Vorstellung entweder, daß das Eigenthum in den „Rechten an der Sache" aufgehe, oder aber, daß das proprium esse von den Rechten zu unterscheiden, letztere dann aber in der Person des Eigenthümers von der Proprietät in ähnlicher Weise getrennt seien, wie z. B. das Servitutenrecht von dem dienenden (fremden) Eigenthum geschieden ist [3]). Ueberhaupt haben die Worte jura in re, wenn man sie dem Eigenthum gegenüber hält, den Accent nicht auf der res, sondern darauf, daß sie jura — blos Rechte, gewisse einzelne Befugnisse [4]), nicht ein die Sache selbst und ganz erfassendes und allen Rechten an der Sache [5]) zu Grunde liegendes ejus esse sind. Gegenüber den Forderungen aber, die so wie sie vor uns liegen, gleichfalls nur mehr „Rechte" sind (S. 210), haben sie den Accent auf der res; denn einerseits ist sicher, daß die Servituten, Superficies, Emphyteuse, Sachenpfandrecht nicht blos Ansprüche gegen gewisse Personen sind (§. 129), und anderseits ist unerwiesen, daß die Forderungen, auch wenn sie (durch die Person des Schuldners hindurch) „auf" Sachen gerichtet sind, jura in re seien oder heißen [5a]).

Als ein jus in re begegnet uns namentlich auch das Pfandrecht [6]). Allein abgesehen davon, daß darunter nur das Sachenpfandrecht gemeint sein kann, ist die Dinglichkeit nur eine Seite, nicht der Inbegriff des Pfandrechts. Inbegriffen ist das Pfandrecht, und zwar alles Pfandrecht, in dem Worte und Begriffe obligatio (Haftung). Nicht blos vonwegen seines Verhältnisses zu den übrigen Obligationen, sondern weil es selbst eine Obligation ist, hat es unter den Obligationen [7]) seine Stelle; vollends

3) entgegen z. B. der l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6 — qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet —

4) vgl. hiezu Windscheid, §. 145 „— erfaßt (der berechtigte Wille die Sache) nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, so sprechen wir von einem Recht an fremder Sache."

5) insonderheit auch den vom Eigenthum „getrennten" — §. 186.

5a) wie z. B. Thibaut (Versuche, Bd. 2 S. 32) gemeint hat, wegen l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47, 8.

6) l. 19 pr. D. damn. inf. 39, 2.

7) nicht blos neben, wie nach Arndts, P. §. 126 a. E.

ungenügend, wiewohl üblich, ist seine Unterordnung unter die jura in re. —

Entspricht den jura in re wie dem Eigenthum eine Art Besitzes (§. 196), so begreift sich vorneherein, daß dieser Besitz so wenig factische Verbindung der Sache mit der Person (possessio) sein kann, als das jus in re selbst rechtliche Verbindung der Sache mit der Person des Berechtigten ist. In der That schiebt sich denn in diesem Besitze das Recht selbst an die Stelle der Sache, kommt es so zu einer juris possessio, und aber weil possessio seinem hergebrachten Begriffe nach nur an Sachen besteht, blos zu einer juris quasi possessio. Zum vorläufigen Belege aber, daß das Pfandrecht wesentlich obligatio sei, mag es dienen, daß an ihm auch kein Quasibesitz besteht; denn an Obligationen gibt es nach römischem Rechte auch keinen Quasibesitz.

1. Die Servituten.

Ueberhaupt.

§. 186.

„Dienstbarkeiten" können diese Rechte nur insoferne heißen, als an derselben Sache, woran sie bestehen, zugleich Eigenthum (eines Dritten) gedacht und vorausgesetzt wird. Denn einmal läßt sich nicht denken, wie an freien Sachen eine Gattung von Rechten aufkommen könnte, die sich durch Einschränkung des Rechtes auf einzelne Befugnisse auszeichnet (§. 185); wer sollte, wenn die Sache frei ist, sich selbst einschränken, welcher Dritte, welches Gesetz sollte ihm Maß und Ziel setzen wollen? Alsdann aber läßt sich, ohne daß man in große Unebenheit verfällt, aus den zwei Faktoren, blos der Sache und der Berechtigung an ihr, die „Dienstbarkeit" nicht zusammensetzen. — Denn wollte man je schon daraus, daß eine Sache einer Einzelbefugniß unterliegt, Wort und Begriff der Servitut ableiten, so müßte das Eigenthum, in welchem die Sache selbst und ganz der Person unterliegt, die Servitut der Servituten sein, während doch nirgends ein Wort, ja nur ein Anklang daran, daß es Servitut sei, zu entdecken ist. In der That muß zu jenen zwei Faktoren ein drit-

ter, der des fremden Eigenthums, hinzukommen, wenn eine „Servitut" entſtehen und ſich rechtfertigen ſoll. Nicht die Sache, ſondern die Perſon, nicht die Sache als ſolche, ſondern die mit der Perſon vereinigte Sache, oder das Eigenthum, iſt zur Freiheit geboren; alſo kann auch nur dieſes unfrei werden; und es wird unfrei, dienend, ſobald es all das dulden und entbehren muß, als ihm, ſeiner natürlichen Freiheit entgegen, durch Servituten auferlegt wird [1]). Erſcheint ſprachlich gleichwohl res, fundus, praedium als serviens oder liberum [2]), ſo ſteht hier wie ſonſt oft die Sache für das Eigenthum [3]).

Kann man darnach die Behauptung, daß eine Servitut, einmal entſtanden, auch nach Dereliction des Eigenthums an der dienenden Sache noch fortbeſtehen könne [4]), vielleicht noch vertheidigen, ſo iſt dies doch nur unter der Vorausſetzung möglich, daß Eigenthum an der derelinquirten Sache alsbald wiedererſtehe [5]). Vollends unhaltbar iſt dagegen die Begründung einer Servitut an freien Sachen oder die „Entſtehung der Servituten durch Occupation", inſonderheit auch nach den hiefür vorgeſchlagenen Fällen [6]).

Die Servituten ſind aber, gleich den jura in re überhaupt [7]),

---

1) Böcking, Pand. d. r. Privr's. §. 160 §. 1 „weſentliche Beſchränkung des Eigenthumsrechts und ohne dieſes nicht möglich". — Seuffert, P. §. 160. „Die Freiheit des Eigenthums . . . beſchränkt."

2) z. B. l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1.

3) §. 130 Anm. 3 §. 133 Anm. 40.

4) Elvers, d. röm. Servitutenlehre, 1856 S. 30 S. 750 — nach Analogie des ususfructus am manumittirten (aber, worauf alles ankommt, nach altem Rechte, um eben des ususfructus willen, trotz Manumiſſion noch nicht freien) Sclaven: Ulp. I., 19 l. 9 §. 20 D. her. inst. 28, 5; erſt l. 1 C. manum. 7, 15 Just. bringt einen ususfructus an einem Freien zu Stande. Windſcheid, §. 215 Anm. 1.

5) wie in dem von Elvers ſelbſt (S. 752 Anm. a) conſtruirten Falle; vgl. übrigens auch hiegegen Böcking, a. a. O. §. 159 Anm. 7 d.

6) Elvers, a. a. O. S. 752—758. Schönemann, die Servituten, 1866 S. 16; — gegen erſteren Kuntze, Heidelb. krit. Zeitſch. f. d. geſ. RW. II. S. 232. Böcking, a. a. O. §. 159 Anm. 7 d., dem die von Elvers behauptete Unabhängigkeit des Servitutenbegriffs vom Eigenthum „ſo wenig möglich iſt als ein begrenzendes ohne begrenztes, beſtimmendes ohne beſtimmtes" §. 160 Anm. 18 §. 161 Anm. 12 §. 162 Anm. 32.

7) worüber §. 76 I. 2 und wogegen hauptſächlich Kuntze, Heidelb. krit. Z. Bd. 2 H. 3 in der Recenſion von Elvers Servv. L. S. 239. Schönemann, a. a. O. S. 105 fg.

nicht nur nicht *ohne* das Eigenthum, sie sind auch nur *durch* das Eigenthum und aus ihm denkbar. Constituirt einmal ein *Nichteigenthümer*, wie der Richter im Theilungsprozesse, Servituten, so wäre, wenn die Parteien, *an deren Statt* er Eigenthum überweist, Servituten und Pfandrechte bestellt, diese Constituirung und all seine Adjudication so nichtig [8]), wie wenn sonst ein Dritter ohne Vollmacht handelte. Von Servituten im Sinne der Titel de servitutibus, die durch das *Gesetz* wären, kann man weder im Anblick des s. g. ususfructus legalis, noch der s. g. Legalservituten oder Nachbarrechte reden [9]); allein angenommen, sie seien eigentliche Servituten, so wären doch gerade sie wenigstens ihrer Gattung nach *aus* dem Eigenthum, indem sie nur der gesetzlichen Bestimmung oder Gewohnheit, daß dort Väter und Eltern *aus ihrem bisherigen Eigenthum* wenigstens den Nießbrauch, hier Nachbarn *aus dem bisherigen Gesamteigenthum* doch noch einzelne gegenseitige Befugnisse behalten und haben sollen, ihr Dasein verdanken. Was irgend eine Servitut ist oder heißt, sehen wir allenthalben, wo nicht durch den Eigenthümer so doch aus dem Eigenthum und insofern auch durch das Eigenthum entstehen [10]). Belege für das Gesagte sind, daß so oft eine Servitut entsteht, dem Eigenthume etwas entgeht [11]); daß der Ususfructus gleich der Frucht aus der fruchttragenden Sache vom Eigenthume „separirt" ist (§. 185 Anm. 3); daß mit den Praedialservituten das Verbots- oder das Gebrauchsrecht des Eigenthümers sich einengt; daß im Inhalte der Servituten nichts anderes enthalten ist, als zuvor im Eigenthume war [12]). Daß in den Praedialservituten überall nicht sowohl die

8) §. 176. 5.

9) S. unten §. 197 a. A., oben §. 133.

10) Dagegen *Schönemann*, der sich a. a. O. S. 15 §. 4 I. auf die Nomaden beruft.

11) jus suum deminuit, alterius auxit — §. 187 Anm. 3; — *nuda proprietas*, ususfructus *deductio* — §. 191 §. 197. Vgl. dagegen *Windscheid*, §. 209 Anm. 2.

12) was nach *Büchel*, Erörtt. I. Nro. 3 im Ganzen und Großen von den Meisten angenommen, so denn namentlich in der Theorie von der „constitutiven *Uebertragung*" §. 76 I. 2 angewandt, von *Vangerow*, §. 338 Anm. 1, 2 und *Windscheid*, §. 200 Anm. 3 (woselbst eine kritische Uebersicht über die neuere Servitutenbegriffslehre) modificirt wird.

Befugnisse des Eigenthums, als ihr Gegentheil enthalten sei [13]), darf nur bemerkt, nicht eingewendet werden; denn so nothwendig überhaupt mit der Dienstbarkeit auf der einen die Herrschaft, auf der anderen postulirt, und mit dem Begriffe der Beschränkung der der Ausdehnung gegeben ist, so nothwendig entspricht der Duldung hier ein Thundürfen dort, und dem Nichtdürfen hier ein Verbotsrecht dort; diese Gegensätze sind keine verschiedenen Dinge, sondern nur verschiedene Seiten des Einen, durch die Zweiung der Person und des Rechtes zersetzten Dinges. Auch der Ususfructus hat so wie er jetzt ist, dem Eigenthümer nicht gehört, und ist gleichwohl von ihm übertragen und seinem Eigenthum entnommen [14]).

An eine Servitut an eigener Sache kann demnach ebensowenig vom speciellen Begriffe der Servituten, als von dem allgemeinen der jura in re aus (§. 185 Anm. 3) gedacht werden [15]). Die Fortpflanzung der Servituten auf Servituten an Servituten war den Römern zuwider [16]), und ist u. E. namentlich auch im Quasiususfructus §. 194 nicht anzutreffen [17]).

Vorzugsweise kommen die Praedialservituten als „Servituten" vor [18]) — ein Umstand der schon in den großen Unterschieden zwischen Praedial- und Personal-SS. begründet sein könnte, und also kaum ein Beweis für das höhere Alter der Praedialservituten [19]) ist. Immerhin aber sind auch der ususfructus, usus etc. „Servituten" [20]), und rechtfertiget sich dieses durch die Thatsache, daß sie trotz aller sonstigen Verschiedenheit Einen Grundzug — den einer potenzirten Subjectivität — mit den Praedialservituten, und im Gegensatze zu allen anderen Sachen-

13) Scheurl, Zeitsch. f. g. RW. Bd. 12 S. 242 fg. Arndts, Zeitschr. f. C. und P. R. F. Bd. 3 S. 253 fg.

14) l. 63 D. usufr. 7, 1.

15) Nulli res sua servit: l. 26 D. s. p. u. 8, 2 — qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat l. 63 D. usfr. 7, 1 — nullum praedium ipsum sibi servit: l. 33 §. 1 D. d. p. t. 8, 3.

16) servitus servitutis esse non potest: l. 1 D. usu 33, 2 l. 33 §. 1 cit. — neque servitutis fructus constitui potest —

17) S. dagegen Windscheid, §. 200 Anm. 5.

18) vgl. D. h. t. 8, 1 — 6 mit D. de usufr. 7, 1 — 9. M. Voigt, a. a. O. S. 4.

19) M. Voigt, a. a. O.

20) z. B. l. 1 l. 15 D. serv. 8, 1.

rechten nur mit den Praedialservituten gemein haben. Der Personen oder gewissermassen der Parteien sind bei der Servitut nothwendig zwei; das verleiht ihnen eine Aehnlichkeit mit den Obligationen, um so mehr als hier und dort der Gegensatz des Activen und Passiven obwaltet (servitus debetur).

a. Die Praedialservituten.

Begriff.

§. 187.

Praedialservituten (Grunddienstbarkeiten) sind diejenigen Servituten, welche einerseits auf einem Grundeigenthum lasten, anderseits einem Grundeigenthum zustehen.

Ohne Grundstücke beider-, herrschender- und dienenderseits, ist die PS. unmöglich [1]). Indessen, obwohl

1) das „Grundstück" (fundus, praedium) als dienend bezeichnet wird [2]), ist in der That doch das Eigenthum am Grundstücke, oder das Grundeigenthum das seiner natürlichen Freiheit beraubte, mithin sklavenartig dienende Ding [3]); und obwohl

2) der Sprachgebrauch consequent auch herrschenderseits die „Grundstücke" als herrschend hinstellt [4]), ja diese Servituten „jura praediorum" nennt [5]), so ist doch auch hier nicht die leblose Sache, sondern das an ihr bestehende Eigenthum berechtigt, d. h. außer seinem sonstigen Naturale von Befugnissen und Machtvollkommenheiten an der eigenen Sache accessorisch [6]) auch noch

---

1) l. 1 §. 1 D. comm. serv. 8, 4. Ideo hae ss. praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt —

2) z. B. l. 6 l. 14 l. 21 D. s. p. u. 8, 2 l. 13 §. 1 l. 23 §. 2 D. s. p. r. 8, 3 l. 5 l. 6 pr. D. comm. 8, 4 l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1. Vgl. oben §. 186 Anm. 3.

3) vgl. oben §. 186 Anm. 2. 3 l. 5 §. 9 D. o. n. n. 39, 1 — posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit —

4) »cui servitur« l. 140 D. v. o. 45, 1 l. 9 D. s. p. u. 8, 2 „cui servitus debetur« l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1, nicht »dominans« —

5) Gaj. 2, 13, 29. pr. J. h. t. 2, 3 l. 1 §. 1 D. div. r. 1, 8 l. 20 §. 3 D. s. p. r. 8, 31 l. 15 D. pign. act. 13, 7 l. 47 pr. D. fam. herc. 10, 2; „jus fundi" l. 20 D. serv. 8, 1.

6) l. 14 pr. D. serv. 8, 1 — servitutes . . . corporibus accedunt. — Dies gegen Windscheid, §. 209 Anm. 2 a. E.

mit den in der Servitut liegenden Befugnissen und Mächtigkeiten an einer fremden Sache ausgestattet und erweitert [7]).

Unter der Servitut leidet allerdings auch die Person des Eigenthümers [8]), und die Person des Eigenthümers ist es, welche anderseits handelnd das Servitutenrecht ausübt [9]). Wäre die P. S. mit Abstraction von den Personen zu denken oder möglich, so könnten Servituten auch zwischen Grundstücken eines und desselben Eigenthümers bestehen; allein das ist eine Unmöglichkeit [10]). Darum ist, wenn man die Servitut dem Eigenthume zuschlägt, kein Eigenthum ohne Eigenthümer gemeint, oder gesagt, daß die Servitut dem Eigenthume ohne Eigenthümer obliege oder zustehe, sondern ausgesprochen, daß sie der Person nicht als solcher, sondern nur in und mit dem ihr zustehenden Eigenthum obliege oder zustehe. Hier ist das Eigenthum die Hauptsache, die Person Nebensache; selbst **hauriendi jus non hominis sed praedii est** [11]).

Folgen.

§. 188.

Daraus, daß die P. Servitut activ und passiv des Eigenthums ist, folgt

1) mit Nothwendigkeit

a. die Eigenthumsartigkeit ihres Inhalts, indem sie

α. als eine Beschränkung des Grundeigenthums für den Inhaber des beschränkten Eigenthums nur Duldung und Enthaltung, grundsätzlich keine was immer für Namen habende Leistung mit sich führen [1]), —

---

7) l. 5 §. 9 cit. — alterius (jus) auxit. — Gebilligt von Arndts, P. §. 183 Anm. 1. Aehnlich Bachofen, Pfandrecht I. S. 97 fg. Dagegen Schönemann, S. 105, Windscheid, §. 209 Anm. 2, obwohl die S. auch ihm „Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück."

8) l. 9 D. s. p. u. 8, 2 — cum eo qui tollendo obscurat aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.

9) »cui servitus debetur« z. B. l. 8 pr. D. si serv. 8, 5.

10) l. 10 D. comm. serv. 8, 4 — nemo ipse sibi servitutem debet — nemini res sua servit — l. 1 D. quemadm. servv. am. 8, 6.

11) l. 19 §. 3 D. s. p. r. 8, 3.

1) l. 15 §. 1 D. serv. 8, 1. Servitutum non ea natura est, ut

β. als ein Eigenthumszuwachs nur eine Erstreckung der im Eigenthum liegenden Gebrauchs- und Verbotsrechte, dagegen keinerlei Forderungsrechte enthalten kann; — die servitus oneris ferendi enthält zwar eine Abweichung von diesem Grundsatz [2]), aber keinen Bruch mit dem Eigenthumsinhalt, insoferne die Leistung dem Belasteten auch hier nicht „obligatorisch" [3]) obliegt und Zwangsrechte dem Eigenthum auch sonst nicht fremd sind (§. 176 Anm. 19); —

b. die Sachlichkeit ihres Inhalts, indem nur was das Grundeigenthum, nicht was die Person seines Inhabers zu gewähren und zu begehren vermag, also nur Weg und Wasser, Luft und Licht, Kalk, Sand und Weide, Raum und Unterlage — qualitativ und quantitativ den Inhalt einer P. S. abgeben kann [4]). — Diese Sachlichkeit des Inhalts hat zur theils nothwendigen, theils natürlichen weiteren Folge das Erforderniß

der Nachbarschaft [5]), welche nicht überall eine unmittelbare zu sein braucht [6]), und da wo sie keine unmittelbare ist, Erstreckung nicht der Servitut, sondern nur der Duldung auch auf die mittleren Grundstücke bedingt [7]), —

---

aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat —

2) l. 6 §. 2 D. si serv. 8, 5 — actio nobis competit . . . jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda cf. l. 8 pr. §. 2 eod.

3) s. dagegen Schmidt v. J., Jahrb. d. g. R. Bd. 3 Die Bestellung der jura in re aliena S. 258 Anm. 23 „eine mit dem dinglichen Recht verbundene, demselben untergeordnete, völlig nebensächliche Obligation". Und darnach auch Windscheid, §. 201 Anm. 3 §. 211a Anm. 3, und so schon Frühere, namentlich Vangerow, §. 342 Anm. 2 — „die servitus (o f.) selbst besteht offenbar nur in einem pati, und es ist nur neben diesem dinglichen Rechte noch eine gesetzliche Obligation begründet."

4) Quid aliter sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo. l. 86 D. v. s. 50, 16.

5) praedia debent esse vicina — l. 38 D. s. p u. 8, 2 l. 5 §. 1 D. s. p. r. 8, 3.

6) l. 38 cit.; wohl bei den servv. tigni immitt., oneris ferendi, stillicidii, fluminis recipiendi, protegendi, projiciendi: arg. l. 1 pr. D. s. p. u. 8, 2; bei den Wegservituten nur insoferne ein öffentlicher, furth- und brückenloser Fluß dazwischen liegt: l. 38 D. s. p. r. 8, 3. Elvers, S. 173.

7) gegen l. 7 §. 1 D. s. p. r. 8, 3 siehe l. 23 §. 3 eod. und l. 38 D. s. p. r. 8, 3.

der Dauerhaftigkeit und Natürlichkeit [8]); —

2) natürlicherweiſe der Satz, daß

a. nur wer das zur Herrſchaft oder Dienſtbarkeit beſtimmte Grundeigenthum hat eine P. S. erwerben oder beſtellen kann [9]) —

b. bei Veräußerung des Grundeigenthums die Servitut ſtillſchweigend mitübergeht [10]). —

Mit ihrem Inhalte zuſammenhängend, iſt die Einheit und Untheilbarkeit der PPSS. (§. 199).

Arten und Fälle.

§. 189.

Die Praedialſervituten erſcheinen nach der Art des herrſchenden Grundſtücks [1]) bald als ss. praediorum rusticorum, bald als ss. pp. urbanorum, — nach der Art ihres Inhalts bald als Gebrauchsſervituten (ss. in patiendo), ſ. g. Affirmativ-SS.), bald als Prohibitivſervituten (ss. in non faciendo, nach verändertem Standpunkt „negative SS.") [2]).

Das Bauernhaus und die Oekonomiegebäude gehören mit zum praedium rusticum [3]); daraus erklärt ſich, daß Servituten,

8) perpetua ac naturalis causa servitutis esse debet — l. 28 l. 29 D. s. p. u. 8, 2 — foramen in imo pariete conclavis . . . proluendi pavimenti causa — l. 1 §. 4 D. fonte 43, 22 — cisterna non habet perpetuam causam, nec aquam vivam — cf l. 1 §. 5 D. aqua 43, 20 l. 9 D. s. p. r. l. 2 D. comm. 8, 4.

9) l. 1 §. 1 D. comm. serv. 8, 4. Nemo enim potest servitutem acquirere, vel urbani vel rustici praedii. nisi qui habet praedium l. 5 eod. Servitutem nisi sibi nemo recipere potest l. 6 pr. §. 3 eod. — neque acquirere alienis praediis servitutem, neque imponere potest l. 8 eod. l. 32 D. s. p. r. 8, 3.

10) l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 l. 12 D. comm. serv. 8, 4, vgl. l. 10 eod.

1) arg. die Identität der servitutes praediorum mit den „jura praediorum" (habere, recipere etc. servitutem, §. 187 Anm. 5. Für dieſe „jetzt faſt allgemein herrſchende Anſicht" mit Widerlegung der entgegenſtehenden: Kindervater, die Eintheilung der ss. pp. Bekker'ſches Jahrb. Bd. 6 S. 116—119, vgl. Böcking, Anhang I zu §. 161.

2) vgl. l. 15 §. 1 D. serv. 8, 1 — ut aliquid patiatur aut non faciat —

3) Varro r. r. I. 13 l. 8 D. quib. m. usfr. am. 7, 4 — villa fundi accessio est — Huſchke, Studien I. 344; l. 198 D. v. s. dürfte

die sonst als städtische erscheinen, auch als bäuerliche vorkommen [4]), wie umgekehrt Weg- und Wasserrechte, vor allem für Felder und Wiesen da, auch städtisch sein können [5]). „Gebäude-Dienstbarkeiten" [6]) wären demnach keine ganz zutreffende Uebersetzung der ss. pp. rr. Ein blos descriptives Interesse lag dieser Eintheilung nicht zu Grunde [7]); ohne praktische Bedeutung ist sie noch heute nicht [8]).

Auch innerhalb der Prohibitiv- und Gebrauchsservituten zeigt sich ein Rollenwechsel, insoferne da wo sonst Prohibitivservituten zu sein pflegen, mitunter Gebrauchsservituten vorkommen, dergestalt, daß was man der Servitut zufolge sonst auf eigenem Boden nicht thun darf, man nun kraft Servitut auf eigenem Boden solle thun dürfen [9]), — und insoferne da wo sonst Gebrauchsservituten zu sein pflegen, mitunter Prohibitivservituten vorkommen, dergestalt, daß was man sonst nur kraft Servitut auf fremdem Boden thun darf, ein andermal kraft Servitut auf demselben solle nicht geschehen dürfen [10]). Daß also da, wo man nur natürliches, schon im Eigenthume liegendes Gebrauchs- oder Verbotsrecht erwartet, Gebrauchs- oder Prohibitivservituten vorkommen, ist natürlich, wenn dem Eigenthum jenes natürliche Gebrauchs- oder Verbotsrecht durch gewohnheitsrechtliches oder gesetzliches, jedoch nicht absolut bindendes (§. 24, 2)

wie l. 4 §. 1 D. in q. c. pign. 20, 2 auf tacitum pignus gehen. Vgl. übrigens Kindervater, S. 119 — S. 124.

4) z. B. s. altius tollendi etc. vgl. l. 2 D. s. p. u. 8, 2 mit l. 2 D. s. p. r. 8, 3.

5) z. B. l. 1 §. 11 D. aqua 43, 20; l. 20 §. 1 D. s. p. u. 8, 2 l. 14 D. comm. pp. 8, 4.

6) allg. östr. b. Gb. §. 474. Arndts, P. §. 185 §. 186. Windscheid, §. 211 §. 211 b. Schönemann, §. 34 §. 35 u. ff., und zu guter letzt selbst Kindervater, S. 143.

7) s. Gaj. 2, 17 Ulp. 19, 1, Vat. fr. nr. 45, (res mancipi, nec mancipi); l. 11 §. 3 D. pign. 20, 1 (Verpfändbarkeit); l. 6 D. s. p. u. 8, 2 (Nonusus, libert. usuc.); dagegen Zachariä v. L., über die Unterscheidung von ss. rr. und uu.; 1844. Elvers, §§. 37–40.

8) dagegen die Vorigen und in Betreff des heutigen Rechts Kindervater, a. a. O. S. 143; hinwider Windscheid, §. 210 Anm. 2 gegen Ende.

9) s. altius tollendi, luminibus officiendi: §. 1 J. serv. 2, 3 Theoph. ad h. l. l. 2 D. s. p. u. 8, 2 l. 2 pr. D. s. p. r. l. 7 §. 1 D. comm. 8, 4 l. 26 pr. D. exc. r. j. 44, 2.

10) z. B. s. stillicidii non avertendi l. 2 D. s. p. u. 8, 2.

Nachbarrecht (§. 133) entzogen war, und alſo das Gebrauchs- oder Verbotsrecht erſt durch Servitut hergeſtellt wird [11]), — künſtlich, wenn dieſes ſchon natürlicherweiſe (mit Aufhebung einer entgegenſtehenden Servitut, oder Nichtexiſtenz einer ſervitutenmäßig oder allgemein rechtlichen Beſchränkung) eintritt oder vorhanden iſt, und nun aber cautelariſch noch eigens conſtituirt wird [12]).

Die PPSS. ſind nicht alle ſchlechthin Gebrauchs- oder Prohibitivſervituten; in einigen treffen beide Beſtandtheile des Servituteninhalts zuſammen [13]).

Alle ſind ſie, ihrer Ausübung nach, entweder continuae oder discontinuae [14]), erſteres diejenigen, welche ſich in gewiſſen baulichen Einrichtungen oder Zuſtänden offenbaren, ſo daß die Unterſcheidung von in superficie und in solo beſtehenden SS. [15]) mit jener in Wechſelbeziehung ſteht [16]). Mit den in superficie beruhenden ſind dann aber wiederum diejenigen eins, welche (nach

---

11) vgl. l. 11 pr. §. 1 D. s. p. u. 8, 3 l. 12 §. 1 l. 13 C. aedif. priv. 8, 10. Puchta, §. 184 und Böcking, §. 171 Note 67. Arndts, §. 185 Anm. 6. Seuffert, §. 164 a. E. Windſcheid, §. 211 a. Anm. 11. Elvers, §. 39 S. 346 fg.; ſ. dagegen Keller, P. §. 172 der die Exiſtenz ſolcher autonom veränderlicher Nachbarrechte bezweifelt, und Baron, P. 2. Aufl., der ſie läugnet. — Eine andere natürliche Erklärung wäre die von Keller, a. a. O., daß „ein Bau ... auch durch das einfache Eigenthumsverhältniß, z. B. wenn die Mauer des Nachbars berührt oder beſchwert oder ſein Boden betreten würde, verhindert ſein könne."

12) vgl. l. 21 D. s. p. u. 8, 3 die »acquisitio« libertatis in l. 34 D. s. p. r. 8, 3. Theophilus, paraphr. zu §. 1 J. serv. 2, 3; oben §. 171 Anm. 24a und die dort Agff. Puchta, §. 184 s. und Böcking, §. 171 §§. u — x laſſen derartige Beſtellungen nur zur Modification oder theilweiſen Aufhebung von SS. zu; ſo auch Baron (P. §. 166 a. E. — der übrigens der Theorie räth, die Frage unentſchieden zu laſſen); dagegen Windſcheid, a. a. O., hinwider Rudorff, zu Puchta a. a. O.; — dafür, daß die Aufhebung einer s. p. u. ſchon an und für ſich die Beſtellung entgegenſtehender S. ſei, Vangerow, §. 342 Anm. 3 und viele daſelbſt agff. Aeltere und Neuere; — dafür, daß denſelben Effect die Contumaz in l. 15 D. o. n. n. 39, 1 habe, Puchta, a. a. O. t. Böcking, a. a. O. y.

13) ſ. z. B. die serv. aquaeductus §. 190 l. 2 a. Böcking, §. 171 Anm. 4.

14) vgl. l. 14 pr. D. serv. 8, 1.

15) l. 3 D. serv. 8, 1.

16) Kindervater, S. 131 Nro. 3, vgl. Arndts, P. §. 184, 2.

dem tignum immissum etc. habere) von Neueren als ss. habendi (entgegen den ss. faciendi und prohibendi) ausgezeichnet und zur Definirung der ss. pp. uu. und rr. verwendet werden [17]), während Andere unter dem solum nichts als den leeren Boden und unter den in superficie bestehenden nichts als Servituten auf oder für ein Gebäude und darin den Gegensatz der Rusticität und Urbanität sehen [18]).

§. 190.

Zu einzelnen mehr oder minder typischen, eigennamigen und zwar vorzugsweise oder ausschließlich

I. ländlichen Praedialservituten [1]) haben sich entwickelt

1) die Wegrechte [2]) und zwar

a. der Gehweg (iter), der sich zweifelsohne auf Gehrecht beschränken läßt, und unter Umständen mehr als das nicht sein kann [3]), außerdem aber auch Reitweg ist [4]); das Sichtragenlassen fällt noch unter das Gehen [5]); ihm kann das ganze Grundstück, oder nur ein bestimmter oder arbiträr zu bestimmender Raum unterworfen [6]), er kann auf gewisse Zeiten beschränkt sein [7]); —

b. der Triebweg (actus, Triftgerechtigkeit, Viehtrieb [8]), welcher auch Fahrrecht, dieses aber nicht nothwendig enthält [9]), ohne Gehrecht nicht denkbar ist [10]), stillschweigend auch das Recht

---

17) Stever, de ss. pp. I. §. 8 sqq. 1817. Gaedke, an et quo sensu serv. non utilis fundo imponi possit, Rost. 1826 p. 7. Bangerow, P. §. 339 Anm. II.

18) v. d. Pfordten, (Arch. f. civ. P. Bd. 22, 2. Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 61 Anm. 14.

1) D. de ss. pp. uu. 8, 3.

2) jura aquarum itinerumque (Cic. pro Caec. 26. 74).

3) arg. l. 4 §. 1 D. serv. 8, 1 u. z. B. l. 20 §. 1 D. s. p. u. 8, 2. Böcking, §. 170 §. d.

4) l. 12 D. h. t. (8, 3).

5) l. 7 pr. — eod. qui sella aut lectica vehitur, ire .. videtur —

6) l. 13 §. 1 §. 2 D. eod. — iter determinatum, indeterminatum: l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6.

7) l. 14 D. comm. pp. 8, 4 — Braut- und Bahrwege im Kempter-Lande?

8) l. 7 l. 12 D. h. t.

9) arg. l. 13 D. serv. 8, 1.

10) l. 1 D. adim. leg. 34, 4 — numquam actus sine itinere esse

ohne Viehtrieb zu gehen, in ſich begreift [11]), allein ebenſowohl als das Gehen außer dem Viehtrieb mitunter noch ausdrücklich neben dem actus eingeräumt wird [12]), auch ausdrücklich mit Ausſchluß dieſes Gehens außer dem Viehtrieb eingeräumt werden kann [13]), und auch ſonſt, inſonderheit nach Richtung und Breite, gleich dem Gehweg autonom beſtimmbar iſt [14]); —

c. der Fahrweg (via), welcher das Geh- und Triebrecht in ſich begreift [15]), aber, wenn er nicht zu letzterem herabſinken ſoll, die zum Fahren nothwendige Breite haben muß [16]), letztere, wenn nicht von den Parteien, von dem Geſetze erhält [17]), überhaupt von der Art und wohl auch eine Copie der via publica iſt, eine beſtimmte Richtung haben oder bekommen und alſo „Straße" ſein muß [18]), das Recht zum Schleifen, alſo wohl auch das zum Straßenbau (via munita [19])) in ſich begreift [20]), dagegen das Recht, durch aufrechtes Tragen die Früchte zu verletzen, nicht gibt [21]).

Das Wegrecht enthält ſtillſchweigend, aber beim Geh- und Triebweg nicht nothwendig das Ausbeſſerungsrecht (jus refici-

potest — l. 1 D. h. t. — qui actum habet et iter habet — mit Conſequenzen in l. 1 D. adim. leg. cit. l. 2 D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 13 §. 1 D. accept. 46, 4.

11) ſo l. 1 D. h. t. pr. J. serv. 2, 3 — qui actum habet et iter habet (eoque uti potest) etiam sine jumento —

12) l. 2 D. quemadm. serv. cit.

13) ſo Böcking, §. 170 §. f. zu l. 4 §. 1 D. si serv. 8, 5. Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. Gegen die vermeintliche Antinomie und andere Vereinigungsverſuche ſ. denſelben a. a. O. Anm. 21.

14) l. 7 pr. l. 13 §. 1 §. 2 D. h. t. Bei zu ſchmaler Abſteckung wenigſtens Gehrecht: l. 13 D. serv. 8, 1; das Recht zu ſchleifen und zum Nachtheil der Bäume zu tragen nicht mitverſtanden: l. 7 pr. cit.

15) pr. J. serv. 2, 3 cf. l. 13 §. 1 D. accept. 46, 4.

16) l. 23 pr. D. h. t.

17) l. 8 D. h. t. — ex lege XII. t. in porrectum 8 pedes . . in anfractum . . . 16 —

18) l. 9 D. serv. 8, 1. Puchta, über die Wegſſ. d. r. R., kleine civv. Schr. S. 125.

19) vgl. l. 3 §. 16 D. itin. 43, 19. Elvers, S. 403.

20) l. 7 pr. D. h. t.

21) l. cit. Bei den Römern »hastam ferre«, bei uns „mit dem Heuwagen fahren" (Böcking, a. a. O.)

endi [22]). Anstatt zu Land kann der Weg auch einmal ein Wasserweg sein (navigandi servitus) [23]); — —

2) Wasserrechte, und zwar

a. Wasserleitung (aquaeductus), welche nicht nur beständiges, sondern auch zu Tage brechendes, unmittelbar oder mittelbar [24]) leitbares Wasser [25]), Leitung aus der Quelle (fons), oder deren Fassung (caput), oder doch am freien Bache, Fluße selbst [26]) voraussetzt [27]), eine Leitung bald nur über, bald auch aus dem fremden Grundstücke [28]), aber in beiden Fällen [29]) nicht nur ein Wasserwegrecht [30]), sondern trotzdem, daß aqua profluens res communis omnium, ein Wasserrecht (jus aquae) ist [31]); denn überall gibt das Recht der Wasserleitung auch ein Recht gegen Entziehung, Minderung, Verunreinigung, Verderbung des Wassers [32]), ist es keine bloße Gebrauchs-, sondern zugleich Verbotsservitut. Mit der Richtung verhält es sich ähnlich wie beim Fahrweg [33]); gewisse Zeiten und Maße (tempora, mensurae) müssen

22) l. 3 §§. 14—16 D. itin. 43, 19.

23) — si lacus perpetuus in fundo tuo est — l. 23 D. h. t. vgl. §. 127 Anm. 16.

24) per rotam tollenda: l. 2 pr. D. comm. serv. 8, 4.

25) vgl. l. 1 §. 5 §. 6 D. aqua 43, 20. vgl. oben §. 125 Anm. 4. 7. 8. 32. 33.

26) nicht aus der Leitung; l. 33 §. 1 D. h. t. spricht von haustus, l. 24 eod. von gar keiner Servitut (commodare) — vgl. Elvers, S. 408 fg.)

27) nur jede Stelle am Flusse ꝛc. (im Gegensatze zur Quelle oder deren „Fassung" einer- — und zu Kanälen anderseits dürfte Paulus in l. 9 D. h. t. gemeint haben, nebenbei «caput« vielleicht enger (als bloße Fassung der Quelle) denkend (vgl. l. 16 D. quemadm. s. am. 8, 6), als Ulpian (l. 1 § 8 D. aqua 43, 20 — si ex flumine vel lacu (aqua nascatur), prima incilia vel principia fossarum etc.). — Vgl. Elvers, S. 407 fgg.

28) l. 10 §. 1 D. si serv. 8, 6 — in cujus agro aqua oritur vel per cujus fundum ducitur — Consequenzen: l. 20 §. 2 l. 31 D. h. t. l. 19 pr. D. quemadm. s. am. 8, 6.

29) nicht blos im letzteren, w. z. B. Böcking, §. 170 II. 1 a. meint —

30) iter aquae: z. B. l. 15 l. 21 D. h. t.

31) l. 8 D. a. pl. a. 39, 2 — sive . . . in ipsa aqua habeat quis jus —

32) l. 8 cit. l. 4 C. serv. 8, 34 l. 1 §. 27 D. aqua 43, 20.

33) l. 21 l. 22 l. 26 D. h. t. l. ult. D. aqua 43, 20.

bedungen ſein [34]), das gewöhnliche Material nicht [35]), Ausbeſſerungsrecht verſteht ſich von ſelbſt und iſt mit dieſer S. nothwendig verbunden [36]). Mit der Möglichkeit der Waſſertheilung oder der Waſſer-Gemeinſchaft hängen die „Rivalen", ſowie die tempora und mensurae zuſammen [37]); —

b. Waſſerſchöpfrecht, an nicht mehr leitbarem [38]), aber auch an fließendem Waſſer [39]), ſtets zugleich Wegrecht, am öffentlichen Fluſſe nur Wegrecht [40]); —

c. Tränkrecht (pecoris ad aquam appulsus) [41]); —

4) mehrere andere, in den Quellen ſeltenere Gebrauchsrechte: wie das Weiderecht, Kies- und Steinbruchsrecht, das Recht Kalk zu brennen, Holzbezugsrechte, Ablagerungs- und Waſſerableitungsrechte [42]); —

5) ein Verbotsrecht ne liceat sibi aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia [43]); —

II. vornehmlich ſtädtiſche Praedialſervituten ſind alle baulichen, d. i. alle dem Bauen förderlichen oder hinderlichen SS., und zwar

1) alle auf Duldung, nämlich

a. Einlaſſung, Tragung fremden Gebälkes, Stein- oder Mauerwerkes [44]), —

---

34) aqua aestiva, quotidiana; diurna, nocturna etc. l. 5 pr. l. 2 D. aqua 43, 20 l. 15 D. h. t. l. 7 l. 10 §. 1 D. quemadm. s. am. 8, 6.

35) l. 17 §. 1 D. a. pl. a. 39, 2.

36) l. 11 D. comm. pp. 8, 4; vgl. l. 4 D. aqua 43, 20 mit l. 3 §§. 14—16 D. itin. 43, 19 (Anm. 22).

37) l. 1 §. 26 l. 4 l. 5 D. aqua 43, 20.

38) quae etsi perennes sunt, duci tamen non possunt, ut puta puteales et qui ita sunt summersae, ut defluere extra terram et usui esse non possint. Sed hujusmodi aquis quae duci non possunt, haustus s. imponi potest. l. 1 §. 6 D. aqua 43, 20 vgl. l. 2 §. 1 l. 3 §. 3 l. 9 l. 20 §. 3 l. 33 §. 1 D. s. p. r. 8, 3.

39) flumen privatum: arg. l. 3 §. 3 D. h. t.; hier gleich dem aquaeductus quocunque loco: l. 9 eod.

40) l. 3 §. 3 cit. cf. l. 14 §. 2 D. serv. 8, 1.

41) §. 2 J. serv. 2, 3 l. 4 D. h. t. l. 1 §. 18 D. aqua 40, 20.

42) l. 3 — l. 6 §. 1 D. h. t. l. 29 eod. l. 2 §. 10 D. a. p. a. 39, 3 l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5.

43) l. 15 pr. D. serv. 6. 1 l. 1 §. 28 D. aqua 43, 20.

44) s. tigni immittendi: „tignum" l. 62 D. v. s. 50, 16 — immittere (zum Unterſchied von projicere) l. 242 §. 1 eod. „ut requiesceret", l. 6 D. s. p. u. 8, 2 (foramen), nicht nothwendig Belaſtung

b. Gestattung des Tropfenfalls[45]) und der Rinne[46]), — des Rauch-, Dunst- und Dampfanpralls[47]), — der Düngstätte-Anlehnung[48]), — von Kanälen[49]), —

c. Gestattung des Ueberbaues (in den fremden Luftraum)[50])

d. von Fenstern (wo diese allgemeinrechtlich verboten wären[51])) —

beruhenden (Gebrauchs-) SS. —

2) alle auf Enthaltung von Luft, Licht, oder Aussicht schmälernden Bauten, Pflanzungen, Abbrüchen beruhenden (Verbots-) SS[51a]), —

3) die das Gegentheil dieser Gestattungen oder Enthaltungen gewährenden SS. (§. 189 Anm. 9. 10).

b. Die Personalservituten.

Begriff.

§. 191.

Personalservituten sind Servituten, welche verschieden von den Praedialss. den Personen unmittelbar[1]), hinwieder gleich den

(Böcking §. 171 §. e.); — s. oneris ferendi: l. 6 §. 2 l. 8 pr. D. si serv. 8, 5 (mit Zwangsrecht zur Unterhaltung der Stütze: oben §. 188 Anm. 2—3); Fälle l. 36 l. 32 D. s. p. u. 8, 2.

45) s. stillicidii recipiendi (immittendi, avertendi scil. in tectum, aream): l. 2 l. 20 §. 2 — §. 6 D. h. t. (8, 2).

46) s. fluminis recipiendi: Varro l. l. 5, 27 — stillicidium quod cadat, flumen quod fluit continuo — l. 1 pr. l. 18 D. h. t. §. 1 J. serv. 2, 3.

47) l. 8 §. 5—7 D. si serv. 8, 5, vgl. oben §. 132 Anm. 14. 15 (s. fumi, vaporis immittendi —)

48) s. sterculini secundum parietem alterius habendi: arg. l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5.

49) s. cloacae mittendae: l. 7 D. serv. 8, 1 l. 1 pr. §. 4 D. cloac. 43, 23

50) s. projiciendi (von Balkonen, Erkern ꝛc.) l. 242 §. 1 D. v. s. 50, 16 l. 22 §. 4 D. quod vi aut. cl. 43, 24, s. protegendi (Schildrecht): l. 2 D. h. t. cf. l. 29 §. 1 ad l. Aq. 9, 2 l. 15 §. 2 D. prec. 43, 26.

51) s. luminum: l. 4 l. 40 D. h. t. — Böcking, §. 171 III. 2.

51a) s. altius non tollendi: l. 2 l. 12 D. h. t. l. 5 l. 6 D. si serv. 8, 5 (nur gegen Bauten) — s. ne luminibus officiatur: l. 16 l. 4 l. 17 pr. — §. 2 D. h. t. (auch gegen Pflanzungen und Abbruch) — s. ne prospectui officiatur: l. 15 l. 16 eod.

1) l. 1 D. serv. 8, 1.

Praedialſſ. unübertragbar [2]) zuſtehen; welche ſo weſentlich wie dieſe auf fremdem Eigenthum oder Gute laſten (§. 186), allein verſchieden von ihnen leicht den vollen Nutzen der dienenden Sache, wiewohl wenigſtens wirthſchaftlich niemals die Sache ſelbſt oder ganz in Anſpruch nehmen.

Mit der Unübertragbarkeit ſtehen hier Vergänglichkeit und Dauerhaftigkeit des Rechtes zumal in Verbindung. Dadurch, daß der Berechtigte nicht veräußern kann, iſt erhöhte Möglichkeit ſeines Fortbeſtandes für deſſen Perſon, dadurch, daß er auch nicht vererben kann, ein ſicheres Ende ſeines Rechtes in Sicht [3]). Soll es ihn nicht überleben, ſo ſoll es auch im Leben nicht ohne ihn ſein. Vielleicht in dieſem Gedanken geſchah es, daß etwelche Juriſten die Cedirung des ususfructus an einen Extraneus für ſchlechthin wirkungslos erklärten [4]). Jedenfalls iſt die Perſonalſervitut nicht blos ein Recht der Perſon, wie andere Rechte auch, ſondern auch ein ausſchließlich für dieſe Perſon entſtandenes Recht — Product einer Fürſorge für eine beſtimmte Perſon — wobei die Perſon bereits als Object in's Auge gefaßt iſt und aus einem Subjecte, deſſen das Recht iſt, ein Zweck, wofür dieſes beſteht, zu werden beginnt [5]). In der Unübertragbarkeit vereinigen ſich darum auch die Gegenſätze erhöhter und geminderter Perſönlichkeit.

Daß nach urſprünglicher Anlage der Perſonalſervituten dagegen dieſe nicht nur ihrer Exiſtenz nach mit der Perſon, ſondern auch ihrem Umfange nach mit deren Bedürfniß zuſammenhängen ſollen [6]), kann weder nach den hiſtoriſchen noch nach den dogmatiſchen Ausgangspunkten dieſer Anſicht [7]) zugegeben werden.

---

2) l. 15 D. fam. herc. 10, 2 — nec enim a personis discedere sine interitu sui potest — vgl. oben §. 178 a. E.

3) vgl. oben §. 74 Anm. 1.

4) §. 3 J. h. t. 2, 4 Gaj. 2, 30 gegen l. 66 D. j. d. 23, 3 — vielleicht in einem anderen: vgl. §. 141 S. 523—525. Böcking, §. 164.

5) fortſchreitend in den ſ. g. anomaliſchen Fällen dieſer Rechte (operae, habitatio). S. oben §. 73 S. 234 unten u. fg.

6) Puchta, Inſt. Bd. 2 §. 252. Pand. §. 179.

7) daß der Uſus älter ſei als der Uſusfructus (wogegen meine notamina ad ususfr., diss. 1849. M. Voigt, über den Beſtand und die hiſt. Entwicklung der SS. und Servitutenklagen während der röm. Rep. 1874 S. 35 „lediglich modificirte Vorkommniſſe des usfr. die habitatio —

Gajus begründet die Vergänglichkeit des Ususfructus utilitarisch, mit seiner Unentbehrlichkeit für das Eigenthum [8]; allein die Fürsorge für eine bestimmte Person dürfte ursprünglicher sein, als die Gajische für die Proprietät; letzteres hat nicht verhindert, daß die Superficies und Emphyteuse dem Eigenthum auf unabsehbare Zeit, leicht auch ohne nennenswerthen Ersatz, entgeht. Consequent leitet Gajus die Bestimmung, daß der an Gemeinden verliehene Nießbrauch auf 100 Jahre beschränkt sein soll, auf denselben Gesichtspunkt zurück [9]; allein für diese könnte die vorbildlich wirkende Kraft des für die natürlichen Personen entstandenen [10] und von einer gewissen Zeitlichkeit untrennbaren Begriffes der Personalservitut Grundes genug gewesen sein [11]. Läßt die classische Jurisprudenz eine Erneuerung des Ususfructus nach dem Tode des ersten Usufructuars u. s. f. zu [12], so geht das nur gegen die Gaji'sche Motivirung der Vergänglichkeit des ususfructus, nicht gegen das (nie verlassene) Princip seiner Persönlichkeit [13].

Arten und Fälle.

§. 192.

Eher als Arten sind hier Abarten von der einen und vollen Art zu unterscheiden, indem sich der Usus nur als Abzweigung des Ususfructus (§. 191 Anm. 7), operae und habitatio aber als „mehr ins Faktische", von dem Recht der Person in die Bedürftigkeit dieses Wesens sich entfernende oder verlierende Umbildungen des Usus (§. 191 Anm. 4) darstellen.

---

der usus;" daß der Usus auf persönliches Bedürfniß beschränkt sei: dagegen §. 193 unten, und überhaupt Thibaut, Versuche I. Nro. 3.

8) ne . . in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu — l. 3 §. 2 D. usufr. 7, 1.

9) l. 56 eod und kürzer in l. 8 D. usu 33, 2.

10) Auf späte Annahme des Ususfructus für Gemeinden weist Gajus l. cit. (quaesitum est etc.), und mehr noch Papinian, der die Möglichkeit mit der des Untergangs durch Nonusus (!) rechtfertigt l. 66 §. 7 D. legat. II. 31.

11) l. 56 cit. — placuit 100 annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est —

12) l. 38 §. 12 D. v. o. 45, 1 l. 5 pr. D. q. m. u. a. 7, 4.

13) Dies gegen den „schweren Eingriff in das Princip" bei Windscheid, §. 218 Anm. 7.

Was nämlich die Urform der Perſonalſervituten, oder den Uſusfructus (Nießbrauch) anbelangt, ſo iſt dieſer, ſeitdem ihn ein Senatusconſult an allem was „in bonis“ oder „in cujusque patrimonio“ iſt zugelaſſen hat [1]), in ſich ſelbſt wieder verſchiedenartig geworden, indem er jetzt, nach ſeiner Rechtsform betrachtet, durchaus nicht mehr eine und dieſelbe Art Rechtes (jus in re), ſondern je nach der Art ſeines Objectes bald jus in re, bald ein forderungsartiges Recht (ususfructus nominis), mitunter Eigenthum iſt. Meiſtens iſt er jus in re, und zwar das jus in re, das von altersher ususfructus heißt, leicht aber auch Eigenthum (an res quae usu consumuntur), — häufig blos dies oder das, nicht ſelten aber auch ein Complex all dieſer verſchiedenartigen Rechte (als ususfr. omnium bonorum). Wenn man es darauf anlegt, kann der Uſusfructus oder Uſus — wie ſich zeigen wird, nicht erſt durch das SC. — ſogar eine Praedialſervitut werden. In dieſer Verſchiedenartigkeit ſeiner Rechtsform kommt er aber allenthalben, wenn auch auf Umwegen [2]), auf die ihm als urſprünglichem jus in re und jus personae eingeborene Stammeseigenſchaft: dem Berechtigten nur ein jus, nicht die Sache ſelbſt oder ganz, ihm wirthſchaftlich nur die Rente, nicht das Kapital gewähren, und ſpäteſtens mit ſeiner Perſon endigen zu ſollen, zurück. Um eben deswillen aber, weil dieſe Weſenheit des ususfructus ſich nur an körperlichen und nicht verzehrbaren Sachen, dem urſprünglich allein möglichen Objecte des usfr. [3]), direkt vollzieht, iſt jeder andere in den Quellen ſelbſt wiederum als Abart (Quaſiuſusfructus) erkannt worden [4]).

Ueber Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Perſonalſervituten ſ. §. 199.

---

1) l. 1 D. de usufr. earum rerum quae usu consumuntur, minuuntur 7, 1 l. 1 D. usu leg. 33, 2.

2) „remedio introducto“ l. 2 §. 1 D. usfr. ear. rer. 7, 5.

3) l. 2 D. h. t. (de usufr. et quemadm. quis utatur fruatur 7, 1). Est enim ususfr. jus in corpore —

4) l. 2 §. 1 cit. Quo sc. non id effectum est ut pecuniae ususf. proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate S. commutari potuit); sed remedio introducto coepit quasi usfr. haberi.

§. 193.

Ususfructus.

In seiner normalen Gestalt ist der usfr. das jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia[1]). Ist alles andere, wie daß die Sache fremd, nicht consumtibel (obschon vielleicht fungibel)[2]), die Nutzung ein Gebrauch (kein Verbrauch, und auch kein Mißbrauch)[3]) sein muß oder darf, und daß frui (als Fruchtbezug) ohne ein gewisses uti unmöglich sei[4]), selbstverständlich, so muß eigens bemerkt werden, daß in einem anderen Sinne fructus ohne, vielmehr neben dem usus sein kann[5]), daß unter dem uti frui der Gebrauch im ausgedehntesten Sinne des Wortes, also nicht blos der in den gemeinen Handlungen der Bewohnung, Aberndtung ꝛc., sondern auch der in den Rechtsgeschäften der Vermiethung, Verpachtung, des Verkaufs, der Verschenkung, der Verpfändung zu verstehen[6]), daß hiebei nirgends an den Verkauf oder die Verschenkung des usus-fructus selbst[7]), sondern nur an die seiner Ausübung zu denken[8]),

1) l. 1 D. h. t.

2) über die pulchra et nobilis quaestio des Kleidernießbrauchs §. 4 I. h. t. 2, 4. l. 15 §. 4 D. 7, 1. l. 7 §. 3 D. quemadm. cav. 7, 9. Bürkel Beitr. z. L. v. Nießbrauch, München 1864, Beilage über den Kleidernießbrauch S. 75.

3) „salva rerum substantia" — modus utendi fruendi (Paul. R. S. III, 6, 27) — rubr. D. h. t. „quemadmodum quis utatur fruatur" — je nachdem ein fundus (l. 9 — l. 12 pr.), ein Haus (l. 13 §. 8 — l. 15 pr.), ein Schiff (l. 12 §. 1), eine Bude (l. 27 §. 1), eine Waldung (l. 9 §. 7 eod.) Gegenstand ist. Laspeyres, civ. Arch. Bd. 19, 4. S. 71. Zachariä v. L. Zeitschr. f. g. RW. Bd. 14. Vangerow §. 344 Anm. 1. In Betreff der Jagd s. oben S. 566—570.

4) „fructus enim sine usu esse non potest" Paul. R. S. III 6, 24 l. 14 §. 1 D. usu 7, 8. Ususfructus an fructus legetur nihil interest; nam fructui et usus inest et fructus sine usu esse non potest, usus sine f. esse potest etc. — unmöglich ohne die zum Fruchtbezug nothwendige Behandlung der Sache.

5) l. 14 §. 3 D. usu 7, 8 §. 2 eod. l. 13 §. 3 D. accept. 46, 4. Meine notam. ad usfr. §. 5. Windscheid §. 302. Anm. 1 u. Literatur daselbst.

6) l. 12 §. 2 D. h. t. — nam et qui locat utitur, et qui vendit. l. 7 §. 1. l. 39. l. 67 eod. l. 83 pr. D. leg. III. 32. Vat. fr. nro 4; l. 11 §. 2 D. pign. 20, 1. Vgl. Bechmann, über den Inhalt u. Umfang der Personals. des usus nach r. R. 1861, S. 44 unten u. fg.

7) §. 191. Anm. 4.

8) z. B. l. 12 §. 2 cit. — alii fruendam (rem) concedere, locare, vendere. —

daß der Uſufructuar allen Nutzen der Sache, hinwider aber auch alle Laſten derſelben haben[9]) und zur Inſtandhaltung der Sache[10]), ſowie zur Sicherſtellung des Proprietars[11]) verpflichtet[12]) ſein ſoll. Letzterer hat während des Uſusfructus keinerlei Nutzen von der Sache, alſo „nudam proprietatem“, an deren natürlichen und ohne Perception von Seite des Uſufructuars zur Trennung gelangenden Früchten zwar Eigenthum, inſolange ſie nicht von dem dazu berechtigten Uſufructuar percipirt werden, aber keine Befugniß ſie für ſich zu nehmen oder zu behalten[13]); überhaupt keine Befugniß und keine Macht, ohne Zulaſſung des Uſufructuars irgend etwas zu thun, das dieſen in der Ausübung ſeines Rechtes ſtören oder

---

9) Quoniam .. omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum . cogi — l. 7 §. 2 D. h. t. Steuern und Abgaben, Boden- und Stiftungszinſe: l. 7 §. 2. l. 27 §. 3. l. 52 eod.

10) zum kleinen Baufall (modica refectio): l. 7 §. 2 §. 3 D. h. t. l. 18 D. usu 7, 8 l. 7 C. h. t. — der Nachpflanzung: l. 9 §. 6. l. 18 l. 59 pr. D. h. t. — Nachzügelung: l. 68 §. 2 — l. 70 l. 62 §. 1 eod. — überhaupt custodia: l. 2 D. quemadm. cav. 7, 9.

11) satisdatio: l. 13 pr. D. usufr. 7, 1. — Inhalt der cautio: „usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinat, restituturum quod inde exstabit.“ l. 1 pr. §. 6 §. 7 l. 3 §. 1 l. 5 pr. l. 8 l. 12 D. usufructuarius quemadm. caveat 7, 9; — das Recht auf die Caution: Retentionsrecht l. 13 pr. cit. „non prius dandam usufructuario cautionem etc.“; re tradita Vindication mit replicatio l. 7 pr. D. h. t. 7, 9, oder Condiction der omissa cautio. stipulatio l. 5 §. 1 D. usfr. ear. rer. 7. 5 l. 7 pr. cit.; — Unerläßlichkeit der Caution bei letztwilliger Beſtellung l. 7 C. ut in poss. leg. 6, 54. Glück, Comm. Bd. 9 §. 656 Anm. 11. Sintenis, gem. pr. Civilr. §. 59 Anm. 39, dagegen Arndts P. §. 180 Anm. 2. Böcking, Inſt. §. 165 Anm. 44; — ausnahmsweiſe Befreiung vom ſ. g. ususf. legalis abgeſehen zu Gunſten des Fiskus l. 1 §. 18 D. ut legat. 36, 3, in dem Falle der l. 9 §. 2 D. h. t. 7, 9; nach der Praxis zu Gunſten des Schenkers (bei vertragsweiſer Beſtellung — Glück a. a. O. §. 654).

12) Ob obligirt? (Windſcheid §. 204 Anm. 1.) Zur Caution keine unmittelbar klagbare obligatio (Anm. 11); aus der Caution actio noch während des usfr. u. öfter, l. 1 §. 6 D. h. t. 7, 9; ohne Caution eine condictio finito usufructu beim Geldnießbrauch: l. 5 §. 1 D. usfr. ear. rer. 7, 5, in factum actio in demſelben Fall l. 10 D. pr. v. 19, 5; l. 9 §. 4 D. ad exh. 10, 4 l. 1 §. 17 i. f. D. ut leg. 36, 3 gehören nicht hieher. — Ob das arbitrium auf Inſtandhaltung in l. 7 pr. D. h. t. 7, 1 ohne Caution?

13) §. 145 Anm. 12, 9. Ueber die Theilung der civilen Früchte zwiſchen dem Proprietar und den Erben des Uſufructuars l. 25 §. 2 l. 26 l. 58 pr. l. 59 §. 1 D. usfr. 7, 1 l. 9 §. 1 D. loc. 19, 2. Glück, a. a. O. §. 637 c. Wächter, Erört. I. Heft S. 72 fg.

hindern könnte[14]); dagegen wohl die Befugniß, Haus und Grenzhüter aufzustellen[15]), auf Instandhaltung wie es scheint mit eigener Klage[16]), auf Schadenersatz auch während des Ususfructus aus der Caution zu klagen (Anm. 12); ferner Besitzes- und Vindicationsrecht[17]), überhaupt das ganze Besitzes- und Eigenthumsklagrecht[18]) sowie die Befugniß und Macht zur Veräußerung und Verpfändung der nuda proprietas[19]), und zum Servitutenerwerb[20]). Die Heimkehr des Ususfructus zur Proprietät erfolgt mit seiner Endigung von selbst[21].)

§. 194.

Quasiususfructus.

a. An körperlichen, aber verzehrbaren Sachen ist der Ususfructus Verbrauchsrecht, zu diesem Ende denn auch Eigenthum[1]), allein dadurch, daß nach Endigung desselben dieselbe Quantität und Qualität restituirt werden muß, doch blos Nutzungsrecht[2]); nur auf diese Restitution[3]) kann hier die Caution gerichtet sein[4]). Ususfructus und Usus fallen hier zusammen.[5])

b. An Forderungen[6]) ist der Ususfructus selbst ein Forderungsrecht, indem der Fructuar die Ausübung der fructuarischen

14) Arg. l. 15 §. 1 D. usu 7, 8 l. 7 §. 1 D. h. t. 7. 1 l. 15 §. 6 §. 7 — l. 17 pr. eod. Arndts, P. §. 179 Anm. 4. Elvers §. 28 S. 258.

15) l. 16 §. 1 D. usu 7, 8.

16) l. 7 §. 3 D. h. t. — per arbitrum cogi reficere — vgl. l. 9 §. ult. l. 10 D. damn. inf. 39, 2.

17) s. oben §. 130 S. 472 fg.

18) z. B. l. 3 §. ult. D. a. p. a. 39, 2.

19) l. 2 C. h. t. 3, 33.

20) l. 15 §. 7 D. h. t. 7, 1.

21) l. 3 §. 2 D. h. t.

1) §. 2 J. h. t. 2, 4 — ita datur legatario ut ejus fiat (pecunia) . . Caeterae quoque res ita dantur et ejus fiant — l. 6 pr. D. de usufr. earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5 — quinque numerari debebunt mihi — l. 7 — proprietas ad legatarium transferri debet —

2) §. 2 J. cit. — per cautionem (Sc.) quasi usumfructum constituit — cf. l. 12 D. h. t. 7, 5.

3) entweder derselben Quantität oder deren vereinbarte Schätzung, l. 7 cit.

4) l. 7 l. 9 l. 10 pr. l. 11 l. 12 eod.

5) l. 5 §. 2 l. 10 §. 1 l. 12 D. h. t. eod.

6) l. 3 D. usufr. ear. rer. 7, 5 Ulp. — an et nominum (usufr. legari possit)? . . . . est verius posse legari —

Forderung hat, zwar nicht als Selbstgläubiger, aber an Statt des Gläubigers oder wie wenn er selbst der Gläubiger wäre[7]). Denn in der Constituirung eines solchen Nießbrauchs liegt nothwendig eine Cession der Forderung[8]), welche wiederum durch die Restitutionspflicht auf ein bloßes Nutzungsrecht reducirt wird. Besteht er an einem Zinskapital[9]), so geht er nicht blos „im Zweifel“[10]) auch auf das Kapital selbst; denn würde er auf die Zinse beschränkt, so müßten entweder diese selbst zum Kapital erhoben und dereinst restituirt werden[11]), oder das Recht wäre kein ususfructus, weder usus fructus nominis[12]), noch überhaupt ususfructus (ein Recht auf den Nutzen vermittelst Rechtes auf das Kapital), sondern schlechtweg ein vermächtnißweise oder sonstwie cedirtes (Zins-) Forderungsrecht[13]). Zur Probe dient der Umstand, daß der Usufructuar auch hier schlechthin caviren muß[14]), was er andernfalls nicht müßte[15]). — Daß der Nießbrauch an Forderungen das „Recht zur Einforderung des Gegenstandes des Forderungsrechtes selbst, und danach Nießbrauch an diesem Gegenstand, ein eigentlicher oder uneigentlicher, je nach der Natur desselben[16]) sei, ist zwar denkbar, allein nicht nur eine Verviel-

7) vgl. z. B. l. 18 C. legat. 6, 37 l. 8 C. her. vel act. vend. 4, 39.

8) vgl. Steinberger, über den usfr. nom. Zeitschr. f. C. u. P. N. F. Bd. 11 S. 176.

9) wie zufolge eines ususfr. omnium bon. in l. 24 D. usu 33, 2, mit Unterscheidung der noch vom Erblasser, u. der erst vom Erben angelegten Kapitalien — l. 1 C. usufr. et hab. 3, 33.

10) Windscheid §. 206 Anm. 9, geschweige denn niemals, wie die von Elvers S. 599 und Bürkel S. 62 nicht genannten Schriftsteller (z. B. Mühlenbruch, Cession, §. 47 Note 15) annehmen. Mit uns übrigens Böcking §. 166 a. E. Steinberger, a. a. O. S. 180 Abs. 1. Bürkel, a. a. O.

11) vgl. das „usuras nominum . . velut sortes in cautionem deduci“ in l. 24 cit.

12) Steinberger, S. 175 unten u. fg.

13) So schon Glück, Comm. Bd. 9 S. 409 (legatum redituum). Böcking, §. 166 Anm. 39, dann Steinberger, a. a. O. S. 170.

14) l. 4 D. usu ear. rer. 7, 5 l. 24 D. l. 1 C. citt.

15) vgl. l. 24 cit. — super his (usuris) non cavebitur; Steinberger S. 180. Bürkel a. a. O. S. 62; dieser namentlich gegen die Einwendung von Elvers S. 599.

16) Windscheid, a. a. O. S. 654 a. E. Böcking, §. 166 a. E. Bürkel S. 63, u. die das. Anm. 3 Agff.; dagegen Duncker, Bemerkungen ü. d. Nießbrauch an FF., Arch. f. prakt. R. W. Bd. 6 S. 101 fg.

fältigung, sondern auch eine Erschwerung des einfachen Thatbestandes, wornach der Usufructuar den Gegenstand der Forderung als Quasigläubiger zu eigen bekommt, er mag verbrauchbar oder unverbrauchbar sein, und aber auch hier wie dort cautionsmäßig restituiren muß[17]).

Von Tragung der Gefahr kann, abgesehen davon, daß mit der fructuarischen Sache auch das fructuarische Recht zu Grunde geht, nur bei Quantitätenforderungen (nach Eingang des Geldes ꝛc.), auf Grund der Obligation des Usufructuars und des Satzes **genus perire non censetur**, die Rede sein[18]); ein anders als Tragung der Gefahr ist aber Prästation der Verschuldung (wegen Nichteintreibung der Forderung u dgl.). —

Auch an der Schuld kann (dem Schuldner[19])) ein Nießbrauch zustehen, der dann in einer auf die Person beschränkten Befreiung nicht nur von den Zinsen[19]), sondern von der Zahlung überhaupt besteht[20]).

c. An Prädialservituten ist kein usus fructus möglich[21]); wohl aber ist von jeher, also nicht erst auf Grund des Senatusconsultes, eine Praedialservitut möglich, welche durch die Modalität ihrer Bestellung „**ut si decesserit legatarius vel capite deminutus... fuerit, restituatur**“ zu ihrer Praedialität den Effect der Personalität hinzubekommt[22]) — eine Personalservitut in Gestalt einer Prädialservitut, — während in der bloßen

17) Steinberger distinguirt zwischen Quantitäten und anderen Forderungen und nimmt bei letzteren den Usus fructus erst mit Eingang des Gegenstandes, hier dann aber verum usfr. an: S. 159 §. 7.

18) vgl. Bürkel, S. 66 fg.; dagegen Böcking, S. 260 Anm. 39. Speciell bezüglich der Obligation vgl. Böcking S. 257 Anm. 14.

19) l. 3 in f. D. h t.

20) vgl. Steinberger S. 167 fgg., der hierin überdies einen Usus fructus an dem schuldigen Gelde ꝛc. erblickt.

21) l. 1 D. usu 33, 2 - quia servitus servitutis esse non potest (§. 186 Anm. 16) — auch nicht ex Sco: „quia id (iter etc.) neque ex bonis neque extra bona sit“ (vielmehr als active oder passive Qualität oder Accession des Eigenthums in und mit diesem in Rechnung kommt) (vgl. oben §. 187. Bürkel S. 51 unten, u. gegen Böcking denselben S. 52 oben).

22) l. 1 cit. in fin wogegen Bürkel S. 55 Abs. 3 mit Bezug auf dieses Finale von einem „U. an einer Pf.“ u auch Windscheid (§. 206 Anm. 10) von einer „zum Nießbrauch vermachten“ Pf. redet. Annähernd Böcking §. 262. Anm. 42.

Obligation zur Gewährung eines Weges ꝛc. auf Lebenszeit[23]) die zur Servitut nothwendige Selbſtändigkeit nach außen fehlt.

Ein Nießbrauch am Nießbrauch[24]) kommt in den Quellen nicht vor und kann an ihm, als ein jus in re an einer res incorporalis, nicht gedacht werden. Eher ließe ſich Einräumung eines U. an der fructuariſchen Sache denken, ſo daß zwar ein dingliches Recht, aber nicht am Uſusfructus, ſondern an der fructuariſchen Sache entſtünde; allein das wäre dann kein Uſusfructus aus dem Senatusconſulte, welches nur von Vermächtniſſen ſprach[25]), an das Vermächtniß eines U. an einem im Nachlaß befindlichen U. überhaupt nicht, und an das Vermächtniß eines U. an einem fremden U.[26]) nicht mit der Zuthat dinglichen Effectes denken konnte; ſondern ein U., der erſt durch die Conſtitution des onerirten Uſufructuars und deren etwaige praetoriſche Tuition zu dinglicher Kraft kommen konnte[27]), zu eben dieſer Tuition nun aber nicht gekommen iſt[28]). Nur die Möglichkeit einer obligatoriſchen Einkleidung bleibt auch für das Vermächtniß des usus-fructus am ususfructus übrig[29]).

d. Einen Uſusfructus praetoriſcher Tuition (nicht ex SC.) kann der Superficiar und Emphyteuta beſtellen[30]). Ob derſelbe nun aber gleich als ein ususfructus „in superficie“ oder „su-

23) l. 1 cit. — sed incerti actio erit cum herede, ut legatario quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praestet —

24) den Windſcheid §. 206 Anm. 10 für möglich hält, „obgleich davon in den Quellen nicht ausdr. die Rede iſt“. Bürkel nimmt überdies einen „Quaſiuſusfr. am Quaſiuſusfr.“ an.

25) l. 1 D. h. t. (7, 5) cf. §. 2 J. cit. wo zwar zunächſt posse constitui ſteht, ſofort aber heredi zu caviren iſt u. ſ. f.

26) vgl. l. 5 pr. D. h. t. 7, 5. Hoc SC. non solum . . . . rerum quas habuit . . . verum et si fuerint alienae —

27) vgl. l. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4 und die praetoriſche Intervention zu Gunſten des vom Uſufructuar beſtellten Pfandrechts: l. 11 §. 2 D. pign. 20, 1 u. dazu l. 1 §. 6 D. superf. 43, 18.

28) „auch nicht mit Einwilligung des Proprietars einem Dritten dingliche Rechte beſtellen (l. 15 §. 7 D. usfr. 7, 1)“ Böcking §. 164 S. 242.

29) vgl. oben Anm. 23. Wie Bürkel S. 50 ſich den „Quſiuſusfructus am Quaſiuſusfructus“ im Detail denkt, hat er nicht geſagt.

30) l. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4 — parvi refert utrum jure sit constitutus an vero tuitione praetoris . . in fundo vectigali vel superficie — l. 1 §. 6 D. superf. 43, 18 — quasi usfructum . . . quendam ejus (superficiei) esse —

perficiei" bezeichnet wird, so besteht er doch nicht mehr und nicht weniger am Rechte, als wenn man den wahren U. als einen U. „am Eigenthum" bezeichnete[31]), und ist er blos „Quasiususfructus" nicht als ob er weniger an der Sache selbst bestünde als der wahre U., sondern weil er nicht durch den Eigenthümer und nur utiliter besteht[32]).

An dem Pfandrechte, welches man, wie nach römischem R., nicht ohne Forderung haben kann, kann man auch einen ususfructus nur in Folge eines ususfructus nominis haben[33]). Anders an Pfandobligationen, welche für sich (ohne Forderung außerdem) bestehen, und wie das Nomen einen ususfructus zulassen.

e. Am „ganzen Vermögen" war vor dem Sc. ein U. nur in Ansehung der körperlichen und nicht verzehrbaren Gegenstände desselben möglich[34]). Nichtsdestoweniger wird er schon damals keine Summe von Specialvermächtnissen[35]), sondern Ein Vermächtniß an allen jenen Bestandtheilen zusammen gewesen, also durch theilweisen nonusus nicht theilweise erloschen, durch Abbrennen der Häuser nicht auch an den Bauplätzen untergegangen sein[36]). Auch scheint uns daraus, daß der Usufructuar noch kein Recht an den Activforderungen bekam, nicht zu folgen, daß ihn die Schulden gar nichts angingen[37]); l. 69 D. ad l. Falc. 35,

31) vgl. Bürkel, S. 58 — ferner l. 1 pr. cit. in fundo vectigali —

32) l. 1 §. 6 cit. — quasi usumf. vel usum quendam ejus esse et constitui posse per utiles actiones (in denen nicht fingirt wurde, daß die Superficies ein Haus, sondern daß der Besteller Eigenthümer sei) credendum est.

33) s. dagegen Bürkel, S. 72 Anm. 3.

34) So noch Cicero, Top. 3, 17. Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfr. legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis putare id ad se pertinere: usus enim, non abusus legatus est — Böcking, S. 256 Anm. 6. Bürkel, S. 31 (letzterer ausführlich gegen Pucha, Rh. M. f. J, Bd. 3 S. 82 ff.); — vgl. l. 69 D. ad l. Falc. 35, 2 — post SC. nulla res est, quae non cadit in usufructus (omnium bonorum) legatum. l. 37 D. usu, 33, 2.

35) wie Böcking, §. 166. §. c. anzunehmen scheint — und Bürkel S. 86 selbst für die Zeit nach dem Sc. in seiner „Summe von Nießbrauchrechten" ꝛc entschieden annimmt.

36) l. 34 §. 2 D. h. t 7, 1.

37) wie Bürkel S. 108 unbedenklich annimmt, während l. 43 D. usu 33, 2 nur si certarum rerum usufructus legatus erit die Schul-

2 ſagt nicht, daß ein Schuldenabzug beim ususfr. o. b. überhaupt erſt ſeit dem Sc.[38]) vorkomme, ſondern nur daß er jetzt ex omnibus rebus platzgreife[39]). In welcher Weiſe nun aber namentlich ſeit dem Sc. die Schulden an dem u. o. b. in Abzug kommen, iſt in den Quellen nur für den ususfructus partis omnium b. und auch für dieſen nur zum Theil und folgerungsweiſe ausgeſprochen, indem dem Erben die Wahl gelaſſen iſt, anſtatt der Sachtheile deren Schätzung auszuantworten[40]), in welch letzterem Falle ſich der Schuldenabzug von ſelbſt verſteht; wie dagegen im anderen Falle, und wie beim u. o. b. am ganzen Vermögen zu vermitteln ſei, darüber ſteht nichts in den Quellen[41]).

Nach all dem wäre der ususfr. omnium bonorum durch das Sc. nicht erſt eingeführt, wohl aber dadurch, daß dieſes die Möglichkeit eines ususfr. an jedwedem Vermögensſtücke ſanctionnirte, vervollſtändigt worden. Darüber, was ſeitdem namentlich beim ususfr. omnium bonorum legatus in Betreff der Zinſe aus den noch vom Erblaſſer herrührenden und den erſt vom Erben angelegten Zinskapitalien zu gelten habe, ſ. l. 25 D. usu 33, 2 cf. l. 1 C. usufr. 3, 33. —

Kein Quaſiuſusfructus, ſondern eine bloße Einſchränkung der Perſonal- wie der Praedialſervitut zugleich iſt in den ſ. g. irregulären SS. enthalten (§. 195. Anm. 12—20).

---

den nicht in Abzug bringt. Der bonorum usfr. bei Cicero war kein certarum rerum usfr.

38) und deswegen vorkomme, weil jetzt alle res in usumfr. o. b. kommen — gegen welche der l. 69 von ihm ſelbſt unterſchobene Meinung Bürkel S. 107 fg. alsdann mit Recht polemiſirt —

39) U. b. legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est: quoniam post SC. nulla res est, quae non cadit in u. legatum. Vorher beſtund nur an den in usufr. o. b. befindlichen Sachen, alſo nicht an Conſumtibilien und Activſſ. ein „Abzug" — womit nicht ausgeſchloſſen iſt, daß auch auf letztere repartirt wurde.

40) l. 32 §. 8 D. usu 33, 2 cf. l. 26 §. 2 D. leg. 1.

41) was Bürkel S. 115 §. 4 in ſeiner Polemik gegen den Vf. (S. 120 - 124) letzterem vielleicht zu wenig zu gute hält Für des Vf's Anſicht iſt Cyrillus zu Basil, 41, 1 nro 68, womit aber nicht geſagt ſein will, daß die Bürkel's nicht die richtigere ſein könne.

§. 195.

Usus, operae, habitatio [1]).

„Usus" ist dem Worte nach Gebrauch ohne Fruchtbezug (usus ohne fructus — Nutzung *mittelst* der Sache im Gegensatze zu der Nutzung *aus* der Sache (Scheurl) und denn auch seinem juristischen Begriffe nach ein Gebrauchsrecht, von welchem ordentlicherweise die Befugniß zum Bezug der natürlichen Früchte[2]), folgeweise denn auch das Recht zur Vermiethung oder zum Verkaufe der Gebrauchsübung ausgeschlossen ist[3]). Aber auch umsonst darf der Usuar diese Dritten nicht zuwenden: es sei nun daß derlei Vergünstigungen an Andere selbst ein Genuß sind, der unter das frui fällt[4]), sei es daß in dem „bloßen Gebrauche" die Ueberlassung an Andere schon an und für sich, und zwar begrifflich[5]), als ein Nichtgebrauchen, ausgeschlossen ist[6]). Woferne er aber selbst von der Sache Gebrauch macht und dieser auf ein Haus geht, soll er nicht nur die Seinigen alle[7]), sondern auch Miethsleute mitaufnehmen dürfen. Auch bezüglich der natürlichen Früchte soll es nicht so genau genommen werden, wenn ein landwirthschaftliches Anwesen oder eine Heerde den Gegenstand des Usus bildet[9]); allein über den tagtäglichen Bedarf hinaus soll diese außerordent-

1) D. de usu et habitatione 7, 8 cf. C. de usufr. et habitatione et ministerio servorum 3, 33 J. de usu et habitatione, 2, 5.

2) l. 1 §. 1 D. h. t. Constituitur etiam nudus usus, i. e. sine fructu — §. 1 J. h. t. Minus . . . juris est in usu quam in usufr. l. 10 §. 4 D. h. t.

3) l. 8 pr. l. 11 D. h. t. Vgl. überhaupt Thibaut, Versuche, Bd. 1, S. 33 fgg. Scheurl, Bemerkungen z. L. von den SS., Zeitschr. f. g. RW. Bd. 15 S. 19 fgg. Bechmann (Personalf.) Abschn. I. „historisch-dogm. Entwicklung des Begriffes von usus und fructus", Resultate §. 8. Bei demselben Uebersicht über die neueren Theorien in der Einleitung.

4) l. 54 §. 1 D. furti 47, 2.

5) wogegen Bechmann S. 44, „lediglich historisch zu erklären" —

6) l. 12 §. 6 D. h. t. — quemadmodum enim concedere alii . . poterit, cum ipse uti debeat —

7) vgl. l. 12 §. 1 D. h. t. „sibi suisque"? die Familie, das Gesinde, die Clientel, den Gastfreund, — die Usuarin den Gatten, die Schwiegereltern, überhaupt alle die der Mann: l. 2 §. 1 — l. 7 D. h. t.

8) l. 2 §. 1 l. 4 pr. D. h. t. — non erit ei invidendum —

9) l. 12 §. 1 eod. — aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus — §. 2 eod. — neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum — cf. §. 1 J. h. t. l. 15 D. h. t.

licherweiſe verwilligte Dareingabe nicht gehen[10]), während der ordentliche Inhalt des usus auf das perſönliche Bedürfniß nicht beſchränkt iſt[11]).

Iſt alſo der Uſus mit Ausnahme des Fruchtbezugs voller Gebrauch der Sache, ſo ſteht doch auch der Conſtituirung eines Detailgebrauchs nichts im Wege[12]). Ein ſolcher iſt anders als in Geſtalt der in den Praedial-Gebrauchsſervituten auftretenden Gebrauchshandlungen (ire, agere, pascere, aquam ducere, haurire etc.) nicht leicht denkbar.

Nicht ſelten werden die Umſtände, unter denen ein derartiger „usus“[13]) vermacht, beſtellt wird, von der Art ſein, daß auch eine Praedialſervitut beſtellt werden könnte[14]); allein nichts iſt ſicherer, als daß ſolche Umſtände nicht vorliegen müſſen[15]), daß alſo dieſe Detail-Gebrauchsrechte eine Vermählung der Perſonal- mit der Praedialſervitut keinesfalls ſein müſſen[16]), fraglich mag nur ſein, ob dieſelben zugleich Praedialſervituten ſein *können* — ob eine Servitut einerſeits als jus praedii und andererſeits als jus personae, etwa mit *der* Beſchwichtigung der Gegenſätze beſtellbar ſei, daß das Recht die Perſon nicht überdauern ſolle. Allein in der Perſonalſervitut hat die Perſon und ihr Leben nicht blos die Bedeutung eines dies, ſondern die des Subjektes (§. 191 Anm. 1), und es müßte dieſelbe *des* Grundeigenthums und *der*

10) l. 12 §. 1 cit. — non usque ad compendium, sed ad usum . . : . quod ad victum sibi suisque sufficiat — Principiell, aus einem dienenden Verhältniſſe des fundus und der Fruchtproduction zu dem dem Uſuar eingeräumten Hauſe, erklärt *Bechmann* S. 59 fgg.

11) l. 4 pr. eod. — quid enim si tam spatiosae domus usus relictus sit homini mediocri — ?

12) vgl. l. 32 D. usufr. 7, 1 — excipere potest id quod personae, non praedii est (nämlich wer kein praedium hat), veluti usum, et usumfructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi aut inhabitare liceat, valet exceptio — l. 4 l. 6 pr. l. 37 D. s. p. r. 8, 3 l. 1 D. usu 33, 2 l. 6 D. serv. 33, 3 l. 14 §. 3 D. alim. leg. 34, 1.

13) z. B. l. 37 cit. „usus aquae“.

14) z. B. l. 37 cit. „ad domum“ l. 6 cit. (33, 3) — domum legavit (et)per domus hereditarias jus transeundi — l. 4 l. 6 pr. cit.

15) l. 32 cit. wo gerade deswegen personae excipirt wird, weil Excipient kein praedium hat.

16) obwohl es *Mühlenbruch*, Arch. f. civ. P Bd. 15 S. 384, unter Verwechslung von Umſtänden (Anm. 14) mit Vorausſetzungen, „im Allgemeinen“ bejahen zu müſſen glaubte.

Person, oder der Person mittelbar und unmittelbar zugleich sein, wenn sie real und personal in Einem sein sollte. Dieses Unding[17]) kann nicht quellenmäßig, und darum muß der Text von l. 14 §. 3 D. alim. leg. 34, 1 (inutiliter) verdorben sein[18]); damit fehlt es aber auch für den Sprachgebrauch, nach welchem diese Detail-Gebrauchsrechte als „irreguläre SS." [19]) bezeichnet zu werden pflegen, an einem ausreichenden Grunde[20]). —

In Betreff der Verpflichtungen des Usuars oder seiner Stellung zum Proprietar gilt im wesentlichen dasselbe was für den Usufructuar[21]). Die Möglichkeit und Geltung des Usus auch im heutigen Rechte läßt sich darum, weil wir keinen deutschen Terminus für denselben haben, nicht in Abrede stellen[22]); immerhin aber ist dieser Sprachmangel ein Symptom schwacher Uebung[23]). Dagegen möchten heutzutage, wenn Jemandem eine „Wohnung" oder eine „Bedienung" vermacht wäre, eher die Grundsätze der habitatio und operae[24]), als die des usus in Anwendung zu kommen haben[25]).

Der Servitutenbesitz.
(Quasibesitz und b. f. quasi possessio.)

§. 196.

Wie zur Sache oder dem Eigenthume selbst soll man auch

17) vgl. Windscheid §. 202 Anm. 2. „Noch unrichtiger ist es wenn man sagt: es könne als pers. S. auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden".

18) vgl. Cohnfeldt, die s. g. irregulären SS. nach röm. R. 1862 S. 70 fgg.

19) worüber außer Cohnfeldt a. a. O. Zachariae v. L. Arch. f. c. P. Bd. 27. S. 38 fgg.

20) Windscheid a. a. O.

21) s. z. B. l. 5 §. 1 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9 l. 18 D. h. t. 7, 8.

22) Arndts, P., §. 182. Anm. 2.

23) Sintenis, gem. pract. Civilr. §. 60 Anm. 2. Seuffert, P. §. 171 a. E.

24) s. dieselben oben §. 73 Abs. 3. und dazu noch l. 13 C. h. t. 3, 33 — ad humaniorem declinare sententiam et dare (ei cui habitatio relicta est) etiam locationis licentiam — (cf. l. 10 pr. D. h. t. 7, 8; wegen l. 27 l. 32 D. don. 39, 5 s. Savigny, Zeitschr. f. g. RW. Bd. 4 S. 46. Buchholz, Versuche Nro. 15; ferner in Betreff der operae l. 2 l. 7 D. usu leg. 33, 2 §. 5 J. h. t. 2, 5 (Vermiethbarkeit u. Vererblichkeit) l. 3 D. usu 33, 2. Hominis quoque liberi etc. cf. l. 6 l. 25 pr. D. lib. 38, 1.

25) Seuffert §. 172. 7. Windscheid §. 208 a. E.

zu bloßen Rechten an der Sache ohne Rechtserwerb näher als Andere zu stehen kommen können; wie man ohne Eigenthum, durch eine blos factische aber eigenthumsartige Verbindung mit der Sache, d. i. durch den Besitz (S. 496), in Betreff der Sache selbst vor Nichtbesitzern manches von Rechtswegen voraus hat[1]), so soll es auch in Ansehung der jura in re, voran der Servituten, einen Besitzstand geben, welcher demjenigen der ihn einnimmt an und für sich, gleichviel ob ihm die Servitut zusteht oder abgeht, vor allen Anderen, insonderheit vor dem Eigenthümer (dem folgeweise der Besitzstand der Freiheit abgeht) gewisse rechtliche Vortheile zuwendet. Dieser Besitzstand[2]) heißt juris quasi possessio[3]). Weil in der possessio eine körperliche Verbindung, also unmöglich mit etwas anderem als einem Körper[4]) gedacht ist, kann jener Besitzstand, als ein zwar factisches aber körperlich unfaßbares Verhältniß seines Inhabers zu einem „Rechte", nur Quasibesitz sein, mit der possessio also nur seinem Zweck und Effecte, nicht seiner Art nach — denn er ist eine Abart — unter einer „höheren Begriffsgemeinschaft" oder einem Gattungsbegriffe stehen[5]). Er wird denn auch durch keine Annexion der Sache, wie die possessio, sondern durch einen bloßen Gebrauch der Sache oder durch Gebrauchsverhinderung, überhaupt durch

1) l. 2 D. uti poss. 43, 17; »jus possessionis« l. 44 D. a. v. a. p. 41, 2 l. 2 §. 38 D. ne quid in loco publ. 43, 2 l. 5 §. 1 D. ad l. Jul. de vi publ. 48, 6 l. 5 C. lib. causa 7, 16. Sintenis, Ztschr. f. Civilr. u. P. Bd. 7. S. 253 fgg.

2) über welchen im Zusammenhange mit dem der jura in re überhaupt §. 185 a. E.

3) Gaj. 4, 139 l. 3 §. 17 D. de vi 43, 16 l. 2 §. 3 D. prec. 43, 26 l. 2 D. comm. praed. 8, 4 l. 7 D. itin. 43, 19.

4) Tangere enim et tangi nisi corpus nulla potest res (Lucretius).

5) nicht unter dem der „thatsächlichen Herrschaft des Willens über die Sache" (Windscheid, §. 151. S. 452 oben), welche der Besitz nicht ist (S. 494 oben); nicht unter dem der Rechtsausübung, welche die possessio wiederum nicht zu sein braucht (vgl. Bruns, Besitzesr. S. 474), und die auch der Quasibesitz nicht effectiv ist (l. 1 §. 2 D. itin. 43, 19 — itineribus vel via non semper utimur — vgl. Randa, der Besitz nach öst. R. S. 19, 20); nicht unter dem des factischen Habens (hier des Rechtes, dort der Sache), da man Rechte nur rechtlich „haben" kann.

Ausübung des Rechtes, dessen Besitz er sein soll, begründet[6]), wiewohl eben diese Ausübung in manchen Fällen nicht ohne Detention der Sache möglich[7]), und ein dem animus possidendi entsprechendes, gutgläubiges oder usurpatorisches Bewußtsein und Wollen der Rechtsausübung zu der körperlichen Seite auch dieses Besitzerwerbes hinzukommen muß[8]). Auf die Frage, wann überall die zum Erwerbe nothwendige Ausübung als vollendet zu betrachten sei, ergibt sich Einiges aus den quasipossessorischen Interdikten (§. 201)[9]). Aus diesen erhellt namentlich auch, daß die Ausübung nicht in eigener Person zu geschehen braucht[10]). Die Aufhebung des Besitzes ergibt sich auch hier aus der Umkehrung des einen oder anderen Gründungsmomentes, allein insoweit das Recht selbst durch bloßen Nonusus untergeht, auch aus diesem[11]). Die Vortheile deren man durch Quasibesitz gegen den Nichtbesitzer theilhaftig wird, bestehen in der Defensivstellung beim Rechtsstreit[12]), im Interdictenschutz gegen eigenmächtige Verhinderung der ferneren Servitutenausübung (§. 201), und, Redlichkeit vorausgesetzt, in den Rechten des redlichen Besitzers (Ersitzung §. 197; Publiciana, hier unten S. 789 fg.).

Der Quasibesitz ist im R.Rechte noch auf die Superficies und Emphyteuse (§§. 102, 103), in der mittelalterlichen und neueren Praxis auf alle Rechte ausgedehnt worden, welche von dauernder Ausübung sind[13]), gleichwol nicht auf das Eigenthum, das in der

6) z. B. l. 29 D. serv. 8, 1 — usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse — l. 1 pr. D. it. 43, 19 l. 1 pr. §. 1 D. aqua 43, 20.

7) Personalservituten: z. B. l. 3 §. 1 D. usufr. 7, 1. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4 l. 12 pr. D. a. v. a. p. 41, 2 (ususfructus traditus) — Superf., Emph. —

8) »tanquam id suo jure faceret« l. 7 D. it. 43, 19 — qui suo jure uti se credidit l. 25 D. quemadm. s. am. 8, 6.

9) Eine ausführliche Erörterung s. übrigens bei Randa, a. a. O. §. 25.

10) z. B. l. 3 §. 4 l. 1 §. 7 §. 11 D. it. 43, 19.

11) Randa §. 31. S. 343 unten u. fgg.; dann §. 33 §. 35; derselbe § 34; aber S. 343 unten u. fg.?

12) possessoris (statt petitoris) partes sustinere l. 8 §. 3 l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 l. 15 D. o. n. n. 39, 1 l. 45 D. damni inf. 39, 2. Vgl. oben S. 668. S. 669 Anm. 28. S. 702 Anm. 16.

13) die Rechte kirchlicher u. weltlicher Obrigkeiten, väterliche u. eheliche Gewalt, Reallasten, und sogar Forderungsrechte in Ansehung der Zinse — Bruns a. a. O. §. 15 §. 24. §. 29. Randa §. 24. §. 29. §. 30.

possessio ſelbſt ſeinen Beſitz hat, und nicht auf das Pfandrecht, welches als obligatio wenigſtens nach römiſchem Begriff unmöglich ſelbſt beſeſſen werden kann, und ſoweit es zur Execution der Pfandhaft beſitzesbedürftig iſt, Detention und Beſitz der Sache ſelbſt in Anſpruch nimmt. —

Dafür, daß auch innerhalb der Servituten ein Mittelding zwiſchen Beſitz und Recht, wie wir es in Anſehung der res corporales als b. f. possessio (§. 143) kennen gelernt haben, im R. R. entwickelt worden ſei, beſteht inſoweit, als es ſich um zwar rechtlich, aber nicht rechtsförmlich entſtandene Servituten (das Analogon des bonitariſchen Eigenthums im gangbaren Sinne) handelt, kein Zweifel. Denn für derartige SS. kam Publiciana in rem actio unwiderleglich zur Anwendung[14]). Von einem redlichen Servitutenbeſitzer dagegen, dem von einem Nondominus, den er für den Dominus oder deſſen Vollmachtsträger hielt, die Servitut beſtellt wurde, ſcheint weder dahin, daß ihm die Publiciana eingeräumt worden ſei[15]), noch daß er ſonſtwie über den bloßen Beſitzer und annähernd dem Servitutenberechtigten gleichgeſtellt worden ſei, in den Quellen die Rede zu ſein; denn wird einmal, wie zu dem interdictum de aqua, vom Kläger der Glaube, daß er berechtigt ſei, verlangt[16]), ſo liegt hierin mehr eine Beſonderheit dieſes Interdikts, als eine allgemeine Würdigung redlichen Servitutenbeſitzes. Allein der Umſtand, daß es eine Servitutenerſitzung gibt, und daß dieſe Erſitzung nicht auf Grund des Beſitzes ſchlechthin platzgreift, läßt ſchon auf eine Unterſcheidung gemeinen und beſſeren Beſitzes ſchließen; wird dann zu dieſer Erſitzung zwar nicht gerade bonae fidei quasi possessio, wohl aber eine Fehlerloſigkeit oder Gerechtigkeit des Beſitzes gefordert, welche man als den Umſtänden entſprechenden Erſatz der b. f. p. betrachten darf (S. 793), ſo hätten wir eben hierin einen Servi-

14) l. 11 D. h. t. 6, 2 cf. l. 1 §. 2 D. s. p. r. 8, 3 l. 1 pr. D. q. m. usfr. a. 7, 4 l. 1 §. 9 D. superf. 43, 18.

15) vgl. Witte, über die Beweislaſt der neg. actio, Zeitſchr. f. C. u. P. R. F. Bd. 14. S. 159 unten: „dieſe Veranlaſſung der confessoria Publiciana (durch Rechtsunförmlichkeit) wird in den Quellen allein erwähnt — desgl. Windſcheid §. 217. Anm. 9. Ihering, Abhh. S. 143 unten.

16) l. 1 §. 19 §. 10 D. aqua 43, 20. Vgl. unten §. 201. 2.

tutenbesitz, der in der älteren Zeit beides, jener bonitarische und unser redlicher Besitz, in der späteren dagegen nur mehr unser redlicher Besitz oder eine Art b. f. quasi possessio sein konnte. Zudem läßt sich nun aber vermuthen, daß, wenn dem Servitutenerwerber aus Tradition oder einer andern nichtcivilen Servitutenbestellungsweise die Publiciana eingeräumt wurde, deren Formel hier so wenig als sonst[17]) zwischen einem bonitarisch und einem bona fide Besitzenden unterschieden habe, daß also in der Bezeugung der Publiciana zumal ein Zeugniß für dingliches Klagrecht auch unseres b. f. quasi possessor enthalten, ja daß gerade deshalb noch in der justinianischen Compilation so schlechthin von „Tradition" des ususfructus etc. als dem Grunde der Publiciana die Rede sein konnte, weil in der Tradition der Klagegrund nicht blos für den antiquirten, sondern auch für den fortexistirenden Bonitarier (b. f. quasi possessor — Erwerber a non domino) enthalten lag[18]). Denn nur die justa causa (traditio u. dgl.) kam in der Formel zum Ausdruck[19]). Wenn aber dem je nicht so sein sollte, so drängt doch alles zu der Annahme, daß man auf dem Gebiete der Servituten die Publiciana so wenig als auf dem der körperlichen Sachen auf den Einen Bonitarier werde beschränkt haben[20]), und darnach muß denn auch das Bedenken[21]), ob unser b. f. quasi possessor auch dann zur Publ. zugelassen worden sei, wenn der Besteller malae fidei possessor war, als anhaltslos erscheinen[22]).

Erwerb und Verlust der Servituten.

§. 197.

Der Erwerb der SS. beruht entweder auf Bestellung,

17) vgl. meine Festschrift f. Arndts: zum Rechte der b. f. p. S. 87. und oben §. 178. Anm. 45. 46.

18) — so daß die „Compilatoren" in jenen Stellen nicht „durchaus unpraktisches Recht in die Pandekten aufgenommen haben" wie Witte a. a. O. S. 160 meint, u. Alle meinen müssen, welche jenen Stellen u. der Gajischen Formel den bonitarisch-einseitigen Sinn unterlegen.

19) vgl. meine Festschrift a. a. O. S. 88.

20) vgl. Jhering, Abhh. S. 143 u. fg.

21) Hasse's, rh. M. f. J. Bd. I. S. 116. Anm. 55.

22) Jhering a. a. O. S. 143 fg. Windscheid a. a. O. im Texte.

oder auf Ersitzung. Gemeiniglich spricht man, im Hinblick auf den s. g. ususfructus legalis (des Vaters an dem Adventizgut der Kinder, des Binubus an dem auf die Kinder erster Ehe übergegangenen Vermögen) auch noch vom Gesetz als einem dritten Erwerbgrund. Allein dieser Nießbrauch ist nur Bestandtheil eines umfänglicheren, sich namentlich auf Verfügung über die Substanz selbst erstreckenden elterlichen Rechtes, zum Theil der väterlichen Gewalt, hat mit unseren Servituten wesentliche Punkte (wie die Caution, den Nonusus, de servitute actiones) nicht gemein, und dürfte darum von denselben nicht minder als die (von der alten Markgenossenschaft übriggebliebenen) Nachbarrechte getrennt zu behandeln sein (S. 483 Abs. 1).

Die **Bestellung** erfolgt entweder durch den Eigenthümer oder durch den Richter; durch den Richter in Theilungsklagen [1]), durch den Eigenthümer entweder in Gestalt Vermächtnisses, vornehmlich von Personalservituten [2]), oder vertragsmäßig [3]). Die vertragsmäßige Bestellung geschieht entweder nebengeschäftlich, anläßlich und bei der Tradition [4]) des Eigenthums, als „lex traditioni dicta" überall durch den Tradenten, es sei nun, daß er dem in Tradition begriffenen Eigenthum eine Servitut (an einem ihm verbleibenden Grundstücke) zuspricht [5]), oder daß er demselben eine Servitut (zu Gunsten eines ihm verbleibenden Grundstückes)

---

1) l. 6 §. 1 D. usufr. 7, 1 — si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum alii usum, alii fructum — Vat. fr. Nro. 47; — l. 22 §. 3 D. fam. h. 10, 2 — cum adjudicat, poterit imponere . . servitutem . .; sed si pure alii adjudicaverit fundum . . amplius servitutem imponere non poterit (alium adjudicando) —

2) D. de usu et usufr. et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideic. datis 33, 2 — das Nähere über diesen Erwerb in der Lehre vom Vermächtnißerwerb.

3) was bei Praedialss. vorangestellt (z. B. l. 9 D. serv. 8, 1 — cedatur vel relinquatur) oder allein genannt wird (z. B. l. 20 D. s. p. r. 8, 3); s. das Gegentheil bei den Personalss., z. B. l. 6 pr. D. usufr. 7, 1 §. 1 J. usufr. 2, 4.

4) nicht schon bei dem der Tradition vorausgehenden Contracte, bei welchem man nur versprechen, nicht bestellen kann: l. 35 D. s. p. u. 8, 2.

5) l. 6 pr. D. comm. pp. 8, 4 — ut . . istae quae non traduntur servae sint his qui non traduntur — l. 35 cit.

auflegt [6]), den Ususfructus ꝛc. „abzieht“ [7]), — oder die vertragsmäßige Bestellung geschieht für sich, indessen nach der besser begründeten Ansicht auch hier [8]) nicht durch bloßen Vertrag, sondern mit der realen Zuthat einer Quasitradition (durch Ueberlassung der Sache zum usus fructus etc.) oder der Duldung der Servituten-Ausübung [9]); nur zur Begründung von Prohibitivservituten, wo der Besitzstand bis zur Entgegenhandlung ohne weiteres auf Seite des Verbietungsrechtes ist [10]), bedarf es lediglich der Uebereinkunft [11]).

Die Ersitzung der SS. erfolgt wie die des Eigenthums auf Grund gutgläubigen Besitzes (Quasibesitzes); allein im Zusammenhang mit der Thatsache, daß zum Eigenthum kein Zweiter gehört, und bei dessen Ersitzung deren etwaiger Gegner außer Sicht ist, daß dagegen zur Servitut stets Zweie gehören, und keine Servitutenausübung und Ersitzung zu denken ist, welche nicht in dem Inhaber des dienenden Grundstückes oder in dem

---

6) „ausnimmt“, „vorbehält“ — l. 6 pr. cit. — ut traditae retentis aedibus serviant — l. 3 l. 5 D. comm. pp. 8, 4.

7) Gaj. 2, 33. Vat. fr. Nro. 47 l. 54 cf. l. 36 D. usufr. 7, 1.

8) vgl. Anm. 4.

9) l. 3 pr. D. usufr. 7, 1 — dare (usumfr.) intelligitur si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui — l. 11 §. 1 D. Publ. 6, 2. Si de usufr. agatur tradito, P. datur; itemque servitutibus uu. pp. per traditionem (Anm. 4) constitutis, vel per patientiam . . . item rr., nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. cf. l. 1 pr. D. quemadm. s. a. 7, 4 l. 3 D. si usfr. pet. 7, 6 Fr. Vat. Nro. 61 l. 20 D. serv. 8, 1 — usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. l. 16 D. si serv. 8, 5 — et postea te sciente . . (stillic.) immissum habeam. — Von den pactiones und stipulationes, durch welche eine S. nach Gaj. II., 31 §. 4 J. serv. 2, 3 §. 1 J. usufr. 2, 4 l. 3 pr. D. usfr. 7, 1 „bewirkt“ werden (effici) soll, kann letzteren unmöglich als solchen dinglicher Effect zugedacht werden (vgl. l. 38 §§. 10—12 l. 49 §. 1 §. 2 D. v. o. 45, 1), während die pactiones dem gewöhnlichen Wortgebrauche nach Nebengedinge (Anm. 4—7) sind, z. B. l. 33 pr. §. 1 D. s. p. r. 8, 3. — Die entgegengesetzte in neuerer Zeit hauptsächlich durch Savigny autorisirte Ansicht wird von Windscheid (§. 212 Anm. 1) als die „jetzt herrschende Meinung“ bezeichnet. Gegen dieselbe außer den Aelteren Francke, civv. Abhh. Nro. 3. Bangerow, §. 350 Anm. 1. Fritz, Erll. S. 276.

10) l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5 — si non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est — (vgl. oben §. 125 Anm. 25—28).

11) Seuffert, P. §. 174 Anm. 6.

Inhaber oder Praetendenten der Proprietät (an der res fructuaria, usuaria) ihren etwaigen Prohibenten hätte, ſo findet das Erforderniß der Redlichkeit hier einen anderen Ausdruck: nämlich den, daß der Erſitzende „ohne Vergewaltigung, nicht im Rücken, oder blos auf Gnade" jenes Gegners die Servitut durch die gewiſſe Zeit hindurch für ſich in Anſpruch genommen und ausgeübt habe [12]). „Ohne Sinn iſt es, neben dieſem Erforderniß noch Titel und bona fides [13]) zu fordern, denn offenbar ſoll die justa possessio das Surrogat für dieſe ſein" [14]). Die Friedlichkeit, Offenheit und Unabhängigkeit der Ausübung ſind hier die bona fides und justa causa, und haben es auch nach Canoniſchen R. zu ſein nicht aufgehört [15]). Dagegen muß hier nicht bloß Beſitz begründet, ſondern die Ausübung der S. auch mittlerweile gepflogen ſein [16]); würde doch ſonſt der Quaſibeſitz in demſelben Augenblicke durch Nonuſus erlöſchen müſſen (§. 196 Anm. 11), da er als Uſus zur Erſitzung führen ſollte. Die Zeit iſt 10 oder 20jährig [17]); zu einer außerordentlichen 30jährigen Erſitzung geben die Quellen,

12) l. 10 pr. D. si serv. 8, 5 l. 1 §. ult. D. a. p. a. 39, 3 l. 1 l. 2 C. serv. 3, 34.

13) l. 10 pr. cit. — non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est —

14) Puchta, Vorll. §. 188. 3. Ant. Faber, Conject. j. c. lib. 19 c. 10.

15) Puchta, P. §. 189. Not. m. 6. Schirmer, Zeitſchr. f. C. und P. Bd. 15 S. 242. Unterholzner, Verj. Bd. 2 S. 174 auch bez. des R. R. ſchwankend. Elvers, röm. Serv. L. S. 740—748; — dagegen Arndts, §. 189. Windſcheid, §. 213 Anm. 6. Baron, P. §. 169. Th. Muther, die Erſitzung der SS. 1852 §. 13 fgg. §. 21. Beſſel, Arch. f. civ. P Bd. 13, §. 13 S. 395 fgg. (die beiden letzteren ſchon für das RR.). — Nach Seuffert, P. §. 175 Anm. 3 hat „in der Praxis die Anſicht die Oberhand", daß das Kanon. R. auch für die Servitutenerſitzung zur Richtſchnur diene —

16) Puchta, Vorl. §. 188 2. „Wie viele (Ausübungshandlungen) nothwendig ſind, iſt dem Ermeſſen des Richters überlaſſen". Vgl. Seuffert, P. Anm. 4 bezügl. der servv. discontinuae.

17) „exemplo rerum immobilium" l. 2 C. serv. 3, 34 — nach Maßgabe der l. t. praescriptio: l. 12 in f. C. h. t. 7, 33 vgl. l. 1 C. serv. 3, 34 l. 1 §. ult. D. a. p. a. 39, 3 l. 5 §. 3 D. itin. 43, 19 l. 10 D. si serv. 8, 5; — in Betreff der alten serv. usucapio und der lex Scribonia l. 4 §. 29 D. usurp. 41, 3 l. 14 pr. D. serv. 8, 1 Paul. R. S. I. 17 §. 1 §. 2. Papian. lib. Resp. tit. 18. Aggen. Urb. ed. Lachm. p. 12, 12. Hugo, RG. 11. Aufl. S. 536 Anm. 9—11. Rudorff, RG. Bd. I. §. 29 a. E.

und aber auch die Raison weder Anlaß noch Berechtigung [18]). Durch bloße Erhebung des Prozesses können wir auch diese Ersitzung nicht unterbrechen lassen [19]); dagegen wird dieselbe wohl stets einem Verbote gleichkommen, welches die Fortsetzung der Ausübung vitiös macht [20]). Bei Prohibitivservituten fällt der usus juris mit Nichtusurpirung der Freiheit oder Nichtanstellung der Negatoria binnen der 10- oder 20j. Frist zusammen [21]).

§. 198.

Verlust der S. [1]) erfolgt mit dem

Untergang des herrschenden [2]), — mit dem Untergange, und bei Personalss. schon mit der Umgestaltung des dienenden Subjects [3]). Zunächst von ländlichen SS. heißt es, daß sie ad solum magis quam ad superficiem pertinent, und also mit dem bloßen Untergange des An- oder Ueberbaues nicht untergehen [4]). Allein der gleiche Satz dürfte doch auch für städtische SS., und [5]) in Betreff des dienenden Grundstückes nicht minder als für das herrschende zu gelten haben [6]). Dieser Satz wurzelt in dem Begriffe der Praedialservitut selbst, und kann durch Geding nur indirect entkräftet werden [7]). Dem körperlichen Untergange steht der rechtliche gleich [8]); Personalservituten gingen früher durch jede, seit l. 16 pr. §. 2 C. usfr. 3, 33 §. 3 J. h. t. 1, 4 nur mehr durch magna und maxima c. d. unter; mit der c. d. ist aber auch

18) vgl. Puchta, P. §. 189 m. S. 4. Dagegen Windscheid, §. 213. 5 und die Anm. 9 das. Agff.

19) vgl. oben S. 638.

20) Windscheid, §. 213 Anm. 4.

21) vgl. l. 15 D. o. n. n. 39, 1. Gegen die Ersitzbarkeit dieser SS. Bessel, Arch. f. civ. P. Bd. 13 S. 410 §. 24. S. dagegen Windscheid, a. a. O. Anm. 10 und die dort Agff.

1) D. quib. modis usfr. vel usus amittitur 7, 4. D. quemadm. servv. amittuntur 8, 6.

2) l. 13 pr. D. s. p. r. 8, 3 —

3) l. 14 pr. D. h. t. 8, 6; l. 2 D. usufr. 7, 1; mutatio rei: l. 5 §. 2 — l. 12 D. h. t. 8, 4 l. 36 D. usfr. 7, 1 l. 9 pr. D. si serv. 8, 5 §. 3 J. usufr. 2, 4.

4) l. 13 pr. D. s. p. r. 8, 3.

5) trotz l. 3 D. serv. 8, 1; vgl. zu dieser Stelle §. 189 S. 767 Abs. 2.

6) l. 20 §. 2 D. s. p. u. 8, 2. S. dagegen Ihering, Geist d. r. R. II. 1 §. 33 Anm. 358 (3. Aufl. Anm. 357).

7) l. 13 pr. cit. „si in contrahenda servitute aliud actum erit, exceptio doli erit necessaria.

8) arg. l. 26 D. h. t. 7, 4 — ager servus ab hostibus captus —

der vornehmſte Anlaß zu der alten ususfructus repetitio [9]) antiquirt. Damit, daß die Sache herrenlos wird, iſt der Beſtand einer S. wenigſtens auf die Dauer unmöglich [10]); —

durch Confuſion [11]) und Conſolidation [12]); —

durch Verzicht [13]), den man unbeſchadet der ſchon verwirkten Haftung [14]), auch gegen den Willen namentlich des Proprietars durch Dereliction vornehmen kann [15]), während eine bloße Willenserklärung auf der einen Seite denſelben allerdings noch nicht vollenden dürfte [16]); —

durch 10- oder 20jährigen Nonuſus [17]) und zwar durch die bloße Thatſache der Nichtausübung bei den Perſonalſervituten [18]) und den ländlichen Gebrauchsſervituten [19]) — durch eine

---

9) l. 3 l. 5 pr. D. h. t. 7, 4 l. 14 C. usfr. 3, 33. Glück, Comm. Bd. 9 §. 637 c. S. 314 fgg.

10) ſ. oben §. 186 Anm. 6.

11) l. 1 D. h. t. 8, 6. SS. pp. „confunduntur", si idem utriusque praedii dominus esse coeperit — wogegen Reſtitutionspflicht begründet ſein kann: z. B. l. 18 D. serv. 8, 1 cf. l. 116 §. 4 D. leg. I., — l. 9 D. comm. pp. 8, 4; keine Reſtitutionspflicht, wo nachträglich gar nicht confundirt iſt: l. 57 pr. D. 7, 1 ſowie keine Reſtitution gegen Conſolidatio in Fällen wie l. 31 §. 3 D. aed. ed. 21, 1 (wogegen Windſcheid, §. 215 Anm. 10).

12) §. 3 J. usufr. 2, 4 — si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res „consolidatio" appellatur (l. 78 §. 2 D. j. d. 23, 3), wogegen si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit quidem . . ususfr. ad eum pertinere propter „confusionem" l. 4 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9 l. 27 D. h. t. 7, 4, hinwider aber auch hier ein ususfructus „consolidatus" in l. 3 §. 2 l. 6 pr. D. usfr. accr. 7, 2.

13) — s. remitti domino fundi potest (l. 14 §. 1 D. serv. 8, 1.

14) l. 65 D. usfr. 7, 1.

15) l. 64 l. 65 eod., wogegen Windſcheid, §. 215 Anm. 11, hinwider Schönemann, §. 47.

16) Gegen die von mir in der 1. Ausg. S. 278 unten u. fg. dagegen angezogenen l. 8 D. h. t. 8, 6 und l. 4 §. 12 D. exc. d. 44, 4 vgl. Windſcheid, a. a. O., aber auch ſchon meine 1. Ausg. S. 1549.

17) l. 13 C. serv. 3, 34 a. 531. gegen l. 16 pr. §. 1 C. usfr. 3, 33 a. 530. Puchta, Vorl. §. 190 Note 5. Vangerow, §. 357 Anm.

18) arg. l. 34 §. 1 l. 35 D. s. p. r. 8, 3 l. 14 pr. D. h. t. 8, 6 l. 1 § 1 l. 23 §. 2 D. ex q. c. maj. 4, 6 l. 4 §. 27 D. usurp. 41, 3 — ſelbſt zu Schaden des Pupillen: l. 3 §. 5 D. de rebus eor. qui sub tut. 27, 9 restaurari debere — entgegen l. 10 pr. D. h. t. 8, 6 wenn „retineo" nicht gleichfalls ein „restaurari debere" ſein ſollte. Entgegen Glück, Comm. Bd. 649 Nro. 3. Puchta, Vorll. §. 190 (4. Aufl. S. 406 Anm. 5).

19) §. 3 J. usufr. 2, 4, und die in der vorigen Anm. citt. ll.

mit der Nichtausübung concurrirende libertatis usucapio bei den städtischen Servituten [20]) und, naturgemäß, bei sämtlichen Prohibitivss. Die libertatis usucapio ist eine Ersitzung, welche den Besitz der dienenden Sache voraussetzt [21]), in Begründung und Aufrechthaltung, oder doch in Aufrechthaltung des Besitzstandes der Freiheit wider die vorhandene Servitut beruht [22]), und weit entfernt, daß sie guten Glauben oder sonstige Gerechtigkeit (nec vi, nec clam) fordert, vor allem mit Gewaltthätigkeit beginnen mag, indem diese mehr als alles andere den usus juris herausfordert, oder aber den nonusus (von welchem libertatis usucapio nur ein Theil ist) [23]), constatirt. Geht libertatis usucapio bei precaristischer Vornahme servitutenwidriger Handlungen nicht von statten [24]), so rechtfertiget sich dies dadurch, daß die precaristische Einräumung auf Seite des Concedenten vielmehr eine Bethätigung seines Rechtes als ein nonusus, und auf Seite des Empfängers vielmehr der Genuß einer Gnade, denn Uebung der Freiheit und Unabhängigkeit ist [25]). — Um dem Verluste durch Nonusus vorzubeugen, braucht man nicht in eigener Person zu handeln, zu wohnen, zu genießen; genug daß dort fundi, hier personae nomine gehandelt ꝛc. wird [26]). Nach l. 38 — l. 40 D. usfr. 7, 1 soll eine Ausübung des Nießbrauchs auch in dem Genuß von Pacht- oder Miethschillingen und von Kaufspreisen liegen [27]). Ein „anderer" Gebrauch als der in der Servitut beschriebene ist keiner [28]), nicht so ein „mehrerer" [29]); ob ein geringerer Gebrauch die Servitut blos zum Theil oder ganz aufrecht halte, hängt von deren Theilbarkeit oder Untheilbarkeit

20) nicht nur bei den prohibitiven (l. 7 l. 32 pr. D. s. p. u. 8, 2 l. 17 D. comm. pp. 8, 4 l. 4 §. 29 D. usurp. 43, 1), sondern auch bei den s. g. affirmativen: l. 6 D. s. p. u. 8, 3 l. 8 §. 2 D. h. t. 8, 6.

21) l. 32 §. 1 D. s. p. u. 8, 2.

22) l. 6 D. s. p. u. 8, 2 l. 32 §. 1 cit. cf. l. 17 D. comm. pp. 8, 4.

23) arg. l. 6 D. s. p. u. 8, 2 l. 13 C. serv. 3, 34.

24) l. 17 D. comm. pp. 8, 4 cf. l. 32 D. s. p. u. 8, 2.

25) S. dagegen Windscheid, §. 216 Anm. 9. 10.

26) l. 6 pr. D. h. t. 8, 6, z. B. l. 5 l. 20 — l. 24 eod.; — l. 38 l. 12 §. 2 l. 40 D. usfr. 7, 1.

27) j. dagegen l. 29 pr. §. 1 D. h. t. (8, 4), hinwider l. 10 §. 1 D. usu 7, 8.

28) l. 10 §. 1 l. 11 pr. D. h. t. 8, 6 l. 5 §. 1 D. aqua 43, 20.

29) l. 11 pr. cit.

(§. 199)[30]) und aber auch von der Willensmeinung des Handelnden ab, ob er in dem Theil das Ganze, oder nur den Theil zu üben vermeinte und wollte[31]); —

durch einen Endtermin, einen gewiſſen oder ungewiſſen[32]), jedoch direct nur bei Perſonalſervituten[33]), bei Praedialſervituten nur im Sinne eines ex die betagten pactum d. n. petendo[34]). Mit dem Endtermin ſind Zeitmaße (intervalla, dierum et horarum), welche nur den Umfang (modum), nicht die Dauer der Servitut (temporis causam) beſtimmen, nicht zu verwechſeln[35]). Die beſtehende Servitut rückgängig machende Bedingungen (Reſolutivbedingungen) kommen in den Quellen nicht vor[36]), und wären wohl auch gegen die Natur der Servituten[37]). Ueber die Lebzeit der Perſon hinaus ſoll die Perſonalſervitut durch den Endtermin niemals erſtreckt werden können[38]); dagegen aber wird dieſelbe über den Endtermin hinaus bis zum Ableben der Perſon verlängert, wenn jener ein dies incertus, nicht buchſtäblich eingetreten, ſein wahrer Eintritt aber unmöglich geworden iſt[39]).

Gemeinſchaft und Theilung, Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Servituten.

§. 199.

Eine Gemeinſchaft nach Art des Condominiums (res communis — §. 131) gibt es am Uſusfructus (usufructus communis)[1]). Sie ſetzt voraus, daß eine und dieſelbe Sache

30) vgl. l. 20 D. h. t. 7, 4 gegen l. 2 l. 8 §. 1 l. 9 l. 17 D. h. t. 8, 6; l. 25 D. h. t. 7, 4 gehört nicht hieher.

31) l. 20 cit.

32) l. 12 pr. §. 1 C. usfr. 3, 33.

33) l. 16 § 2 D. fam. h. 10, 2 l. 6 D. usufr. leg. 33, 2 l. 5 l. 12 pr. §. 1 C. usfr. 3, 33. Vgl. Vat. fr. 48. 52. 50 l. 37 l. 4 D. usfr. 7, 1. Oben §. 74 Anm. 1.

34) l. 4 pr. D. serv. 8, 1.

35) l. 4 §. 2 cf. §. 1 eod. Vgl. übrigens l. 13 D. usu 33, 2.

36) wiewohl der dies incertus in l. 12 pr. §. 1 usfr. 3, 33 auch conditio genannt iſt —

37) l. 4 pr. cit. cf. l. 77 D. r. j. 50, 17.

38) l. 12 pr. §. 1 in f. cit.

39) l. 12 §. 1 C. cit. »donec in furore filius remanserit«, si quidem . . . in furore constitutus decesserit —

1) l. 7 §. 10 D. comm. div. 10, 3.

Mehreren zusammen[2]) zu Nießbrauch vermacht oder sonstwie bestellt ist. Wäre dieselbe Sache von den Mehreren jedem zu räumlich oder zeitlich geschiedenem Nießbrauch vermacht[3]), oder wäre von den Mehreren jedem ein Nießbrauch an je einem bestimmten aliquoten Sachtheil, oder gar an der ganzen Sache jedem ganz bestellt[4]), so wäre ihnen nicht zusammen bestellt[5]) und keine Nießbrauchsgemeinschaft da. Auch diese hat, da der usus fructus theilbar ist[6]), ihre partes (pro indiviso), allein nur concursu[7]); wo immer partes „ab initio“[8]) bestellt wären, ausdrücklich oder concludent[9]), wären „getrennte Fructuare“ da[10]); hinwider muß man von der anfänglichen Constituirung von Theilen die Constituirung und Unterscheidung engerer Verbindungen innerhalb derselben Gemeinschaft und deren Einfluß auf die Concurrenz und das nachträgliche Theilergebniß[11]) auseinanderhalten. Accrescenzrecht (im Gegensatze des Heimfalles, nicht nur am ausfallenden, sondern auch am verlorenen Theile) ist die nothwendige Folge der anfänglichen Ungetheiltheit[12]); unbeschadet desselben können aber die Genossen nach Maßgabe der nachträglichen Theile örtliche, oder zeitliche, oder entgeltliche Auseinandersetzung der Nießbrauchsgemeinschaft selbst abmachen oder durch den Richter (communi div. j.) bewirken[13]). — Wird ihrer

2) »in solidum« l. 3 pr. D. jure accrescendi 7, 2 — »conjunctim« l. 1 pr. §. 2 eod. — »pro parte indivisa« l. 5 D. usufr. 7, 1.

3) vgl. l. 7 §. 10 D. comm. div. 10, 3 — und usus fructus pro parte divisa constitutus (l. 5 cit.), im Gegensatze zu dem usus fructus partis rei relictus in l. 1 pr. Anm. 4.

4) l. 1 pr. l. 11 l. 12 D. usfr. accr. 7, 2 l. 5 §. 2 D. si usfr. pet. 7, 6; — vgl. l. 13 D. usu 33, 2 l. 1 §. 3 D. jure accr. 7, 2.

5) l. 5 §. 2 cit.

6) l. 19 D. usu 7, 8.

7) l. 1 §. 3 §. ult. l. 3 pr. cf. l. 4 l. 7 D. usfr. accr. 7, 2.

8) vgl. l. 5 cit.

9) wie in l. 11 l. 3 §. 1 D. usfr. accr. 7, 2.

10) l. 11 cit. l. 1 pr. §. 3 in fin. eod. cf. Anm. 4.

11) l. 7 l. 1 §. 2 eod.

12) l. 1 pr. l. 3 pr. cf. l. 1 §. 3 eod.; — „magis jure accrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem“ l. 3 §. 1 eod.; — in usufructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilominus jus accr. admittit. — cf. l. 10 eod. — interdum et non habenti partem suam sed amittenti accrescit — mit nichten Gemeinschaft Folge des Accrescenzrechtes: l. 1 §. 3 eod.

13) l. 7 §. 10 D. comm. div. 10, 3 l. 13 §. 3 D. usufr. 7, 1 vgl. oben §. 131 Anm. 2. §. 164 Anm. 31.

Mehreren zuſammen an derſelben Sache ein bloßer Uſus beſtellt, ſo hindert nichts, daß die Beſtellung giltig und der usus communis ſei. Weil aber der Uſus untheilbar iſt [14]), ſo kommt es hier zu der an einem früheren Orte (S. 477) berührten Gemeinſchaft ohne Theile. Nichtsdeſtoweniger iſt auch hier communi div. judicium, und eine ähnliche räumliche, zeitliche, entgeltliche Auseinanderſetzung möglich, wie beim usus fructus [15]). Hier wie beim usus fructus müßte dieſes judicium übrigens wohl auch dann platzgreifen, wenn nicht „zuſammen," ſondern jedem der Uſus an derſelben Sache für ſich [16]) vermacht wäre.

Eine Gemeinſchaft an Praedialſervituten iſt nur mittelbar, vermittelſt Condominiums am herrſchenden Grundſtücke, zu denken [17]). Sind der berechtigten Grundſtücke mehrere, ſo mag auf benachbartem Boden für ſie ſämtlich Ein Weg, Eine Waſſerleitung beſtehen: der Servituten ſind gleichwohl mehrere, nur der Weg, oder die Leitung, nicht das Weg- oder Waſſerleitungsrecht iſt gemeinſam [18]). — Theile und Theilung dagegen gibt es an Praedialſervituten auch mittelbar nicht [19]), weder aus Anlaß der Stipulirung und Beſtellung [20]), noch aus Anlaß des Erbganges [21]), oder der Zertrümmerung der Grundſtücke [22]), noch

14) l. 19 D. h. t. 7, 8 — uti pro parte non possumus.

15) l. 10 §. 1 D. comm. div. 10, 3. l. 4 D. aqua 43, 20. Vgl. Bechmann, Perſonalſſ. d. Uſus S. 97 unten u. fg.

16) vgl. l. 1 §. 3 D. usufr. accr. 7, 2.

17) z. B. l. 16 D. quemadm. s. a. 8, 6. — Quodsi plurium fundo iter aquae debitum esset etc.

18) l. 16 cit. — per eundem rivum eumque communem — proprium enim cujusque eorum jus fuit (neque per alium usurpari potuit). — S. die „Rivalen" oben §. 190. 2 a. Anm. 37 und etwas wie comm. d. j. l. 4 D. 43, 20.

19) »usus eorum indivisus est" (l. 17 D. serv. 8, 1); earum usus ita connexus est ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat (fragm. Pomp. Hugo, civ. Mag. VI, 1); »divisionem non recipiunt,« »non dividuntur« (l. 72 pr. D. v. o. 45, 1 l. 2 §. 2 eod.); unum atque eo modo individuum (earum) jus est (l. 6 §. 1 D. quemadm. s. a. 8, 6).

20) weder durch Einen der condomini, der ſie überhaupt nicht vermag (l. 17 D. s. p. r. 8, 3 l. 2 §. 1 §. 2 D. v. o. 45, 1), noch durch Alle zuſammen —

21) l. 17 D. serv. 8, 1.

22) l. 23 §. 3 D. s. p. r. 8, 3.

etwa vonwegen der Vindication[23]) oder der Usurpation (gegen Nonusus)[24]); überall ist die Praedialservitut entweder Eine, oder keine; Anlässe, aus denen theilbare Rechte in Brüche gehen, ziehen hier Solidaritäten[25]), Reductionen[26]), Vervielfältigungen[27]), nirgends Theile nach sich[28]). Und wie sie selbst theillos ist, erstreckt sie sich activ und passiv stets auf das ganze Grundstück, kann darum kraft eines bloßen Eigenthumsantheiles (durch einen, oder einige Condomini) zwar (utendo) vor Untergang bewahrt[29]), und der sonst folgemäßigen Confusion entzogen[30]), dagegen weder erworben, noch auferlegt[31]), noch aufgegeben werden[32]).

---

23) l. 7 D. serv. leg. 33, 3 l. 17 D. serv. 8, 1.

24) l. 10 pr. l. 16 D. quemadm. s. a. 8, 6.

25) Vererbung oder Veräußerung des herrschenden oder dienenden Grundstücks an Mehrere: vgl. l. 17 D. serv. 8, 1 l. 2 §. 1 §. 2 D. v. o. 45, 1 mit l. 4 §. 3 §. 4 l. 6 §. 4 D. si serv. 8, 5 l. ult. D. serv. leg. 33, 3.

26) Bei reeller Theilung des dienenden Grundstückes, wenn z. B. bei einem Wegrechte der Weg determinirt ist, und die Theilung entlangs des Weges derart erfolgt, daß dieser nurmehr auf dem einen der beiden getheilten Grundstücke liegt — arg. l. 6 §. 1 D. quemadm. s. a. 8, 6. — Sed si is fundus etc.; — bei reeller Theilung des herrschenden, wenn derart getheilt wurde, daß etwelche Parzellen desselben nun nicht mehr unmittelbar an das dienende Grundstück angrenzen und den Durchgang nicht erwirken: l. 23 §. 3 D. s. p. r. 8, 3.

27) Bei reeller Theilung stets, wenn nicht die Anm. 26 agff. Fälle eintreten: l. 6 §. 1 l. 23 §. 3 citt.

28) die »pars servitutis« in l. 16 D. quemadm. s. a. 8, 6 ist untechnisch und eine ganze eigene Servitut, wie wenn etwa das aus einer reellen Theilung hervorgegangene neue Ganze noch »pars« heißt (z. B. l. 6 §. 1 cit. l. 6 D. serv. 8, 1). Argum. l. 16 cit. selbst: »proprium cujusque jus.«

29) l. 16 arg. l. 10 pr. D. h. t. 8, 6.

30) »per partes s. retinetur« l. 8 §. 1 D. serv. 8, 1 l. 30 §. 1 D. s. p. u. 8, 2 — wornach denn proprio fundo per communem s. deberi potest l. 27 D. s. p. r. 8, 3, und auch communi per communem (arg. l. 34 eod.); warum aber letzteres nicht auch im Falle der l. 27 cit.? Vgl. Cujac. in Papin. quaest. lib. VII. ad l. 34. F. F. A. Muther, in fr. 6 comm. serv. commentatio p. 42. c. XIII.

31) »per partes nec acquiri nec imponi ss. posse« l. 32 D. s p. r. l. 5 in f. l. 6 §. 1 D. comm. pp. 8, 4 cf. l. 19 D. serv. 8, 1; ist im Augenblicke der Constituirung der Theil im Uebergang zum Ganzen, dann in id tempus acquiritur, quo proprius meus fundus futurus sit. l. 32 l. 33 D. s. p. r. 8, 3; die condomini müssen sämtlich, aber nicht mehr zugleich mitwirken: l. 8 §. 1 D. serv. 8, 1 l. 30 §. 1 D. s. p. u. 8, 2.

32) »neque acquiri libertas neque remitti s. per partem po-

Selbst über mehrere Grundstücke hinweg ist die P. S. Eins, und geht durch Nonusus auf blos einigen, oder Vereinigung nur einiger mit dem herrschenden Grundstücke, nicht etwa zum Theil unter [33]).

Geltendmachung und Schutz der Servituten.

§. 200.

Parallel der **rei vindicatio** gibt es eine **servitutis vindicatio** [1]) und eine **ususfructus petitio, vindicatio** [2]), die denn auch beide wie die **rei vindicatio** das Recht geltend zu machen, d. h. dem Rechte seine Realität, der Servitut ihren Quasibesitz zu erstreiten da sind, darum gleich jener einen Rechtsstreit (**vindicationem, juris controversiam**) und einen Anspruch (**petitionem**) enthält, und um des Anspruches willen aufrecht erhalten wird, wenngleich Beklagter das Recht unbestritten läßt und allenfalls mit einem Interdikte auszureichen wäre [3]). Dagegen findet sie zum Unterschiede von der **rei vindicatio** regelrecht auch ohne völligen Entgang des Besitzes, bei bloßer Störung oder theilweisem Abbruch an demselben, statt [4]), und vereiniget also, auch abgesehen davon, daß manche Servituten **in patiendo** und **non faciendo** zugleich sind [5]) und trotzdem sie überall **confessoria de servitute actio** ist und heißt [6]), mit ihrer confessorischen eine negatorische Funktion. Als eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs gilt namentlich auch die Behinderung oder Mißachtung einer dem fructuarischen Grundstücke zuständigen Servitut; der hiewegen

---

test« — l. 34 D. s. p. r. 8, 3 — wohl **ad certam partem** fundi s. tam remitti quam constitui potest« l. 6 D. serv. 8, 1.

33) l. 18 l. 20 §. 2 l. 31 §. 3 D. s. p. r. 8, 3.

1) D. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur 8, 5.

2) D. si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur 7, 6. Zur Intention dieser Klagen s. Schmidt, v. J., Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 15 S. 168. Keller, Civilp. S. 111.

3) l. 4 §. 5 cf. l. 8 §. 5 in f. D. h. t. 8, 6.

4) l. 1 pr. l. 5 §. 1 l. 5 §. 6 D. h. t. 7, 6 — nam et possessori competunt —

5) s. oben §. 189 Anm. 13.

6) l. 2 pr. D. h. t. 8, 6 l. 5 §. 6 D. h. t. 7, 6.

durch ususfructus petitio geltend zu machende Anspruch [7]) ist wohl zu unterscheiden von dem ex testamento auf einen noch nicht bestehenden, für den Nießbrauch aber unentbehrlichen, darum stillschweigend mitvermachten (Noth-) Weg [8]). Der declaratorische und restitutorische Inhalt des Urtheils verstehen sich hiernach von selbst [9]); zum restitutorischen können auch hier [10]) Cautionsbefehle gehören [11]). —

Dem Schutze des Usufructus sind wir bereits bei der damni infecti cautio (S. 673 Anm. 23, 24), bei der Prohibition mit dem i. quod vi aut clam (S. 696 Anm. 25. 26. 33), bei der operis novi nunciatio, (S. 701 Anm. 9; dazu aber Anm. 10 und l. 1 §. 4 D. rem. 43, 25) begegnet, bei der letzteren nicht sicher. Dagegen ist o. n. n. zunächst ein Schutzmittel für Praedialservituten, und nur durch diese eines für das Eigenthum (S. 703). Einen Schutz für das Servitutenrecht enthalten aber auch die zum Schutze des Quasibesitzes von Servituten aufgestellten und außerdem zu gewährenden Interdikte (§. 201).

Quasipossessorische Servituten-Interdikte.

§. 201.

Insolange man den Besitzstand einer Servitut noch nicht für sich hat, muß man sich bei Vermeidung restitutorischer Interdikte oder auch gewaltsamer Abweisung dem (wirklichen oder zu fürchtenden) Verbote des Eigenthümers oder sonst Legitimirten bis zur Austragung der Rechtsfrage oder Remission des Verbotes fügen und der Ausübung enthalten, gleichviel ob er ein Recht hat oder keines (§. 174 §. 171 §. 82 a. E.); von der Zeit an dagegen, da jener Besitzstand begründet ist, wird das Verbot und der Eingriff gegen den Quasibesitzer, gleichviel ob das Recht auf seiner, oder des

---

7) l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. h. t. 7, 6 —
8) l. 1 §. 1 — §. ult. eod. cf. l. 81 §. 3 D. leg. I. — in quo inerit, ut iter quoque et actum in eo habeant.
9) l. 2 l. 5 §. 4 §. 6 eod., l. 8 §. 4 l. 4 §. 2 D. h. t. 8, 5.
10) vgl. oben §. 171 Anm. 35.
11) l. 5 §. 6 D. h. t. 7, 6 l. 7 D. h. t. 8, 5.

Gegners, oder auf keiner Seite iſt [1]), ſelbſt zur Gewalt und Eigenmacht, und zu Gunſten des Beſitzſtandes gewiſſer Servituten mit eigenen Interdikten verfolgt. Inſonderheit dieſe eigens aufgeſtellten Interdikte haben gleich dem i. uti possidetis eine praeparatoriſche, den künftigen Rechtsſtreit regulirende Wirkung [2]); allein zunächſt und ihrer Abſicht nach gehen doch auch ſie auf Bannung drohender Gewalt (vim fieri veto — §. 181). Solche ſind:

1) das interdictum de itinere actuque privato, welches auch für die via, jedoch nur für bäuerliche Wege gilt [3]), nicht gerade gegenwärtigen Beſitz, ſondern nur ſo viel verlangt, daß Kläger oder ſein Auktor [4]) im Jahre vor dem Interdikt das Wegrecht genüglich [5]), in eigener Perſon oder durch Dritte [6]), weder mit Vergewaltigung, noch im Rücken, noch auf widerrufliche Gewähr des Gegners oder ſeines Auktors ſelbſtherrlich geübt [7]), dann aber von jenem ausgeboten, verhindert, überhaupt in gewaltthätiger oder gewaltdrohender Weiſe behelliget worden ſei [8]); mag er ſeither den Beſitz verloren und nur vi etc. denſelben vom Beklagten wieder erlangt haben [9]). Unter jener Vorausſetzung geht es gegen Jeden der ſich die Störung beikommen läßt [10]). Das interdictum mit ſeinen claſſiſchen Folgen iſt auch hier entfallen; Reſtitution und Caution das einzige Ziel der Klage [11]); —

daneben beſteht ein eigenes Interdikt gegen Verhinderung an

---

1) z. B. l. 1 §. 2 D. it. 43, 19.
2) arg. l. 1 §. ult. D. de aqua D. 43, 20.
3) l. 1 pr. §. 1 D. h. t. 43, 19.
4) l. 3 pr. §. 6 §. 10 l. 6 D. h. t.
5) l. 1 §. 2 §. 3 eod. »modico tempore i. e. non minus quam 30 diebus« — gewöhnlich „dreißigmal" z. B. Windſcheid, §. 164. 3 a.; dagegen Althof, i. d. it. actuque p. 1836 § 1 fgg. und Vangerow, §. 355 Anm. 1. „So können möglicherweiſe 2 Handlungen genügen, wenn nur die Zwiſchenzeit wenigſtens Einen Monat beträgt" —
6) l. 1 §. 7 §. 8 eod.
7) l. 3 §. 2 eod.
8) l. 1 §. 12 l. 2 l. 3 pr. l. 6 eod. Keller, P. IV. A. 1 Anm. 17. Vgl. oben §. 181.
9) ll. citt.
10) l. 3 §. 3 §. 5 eod.
11) vgl. l. 3 §. 3 eod., oben §. 182 S. 741.

der Instandhaltung und Reparatur des Weges [11a]), welches aber das Weg- und Ausbesserungsrecht [12]), und weil den Quasibesitz überdies, mehr als die Vindication selbst voraussetzt [13]);

2) das interd. de aqua quotidiana et aestiva [14]), welches das Wasser der Wasserleitungs-Servitut voraussetzt [15]), sich (weil schon die Herstellung der Leitung hinlänglichen Anlaß zur Einsprache gibt) mit einmaliger Leitung im letzten Jahre (oder Sommer, oder Winter) begnügt [16]), dagegen den Kommentaren zufolge plötzlich guten Glauben fordert [17]), im übrigen aber sich innerhalb derselben Grenzen und Anwendung bewegt, wie das i. de itinere [18]), unter „Rivalen" jedoch duplex sein kann [19]); —

hieneben ein nicht mehr possessorisches, praeparatorisches, sondern lediglich auf Erwerb des Privilegs (jus adsignationis) gestütztes interdictum quo ex castello zu Gunsten von Leitungen aus öffentlichen Brunnenstuben [20]); —

aber auch ein eigenes Reinigungs- und Ausbesserungs-Interdikt (de rivis) [21]), welches hier blos den zum interdictum de

11a) l. 3 §. 11 D. h. t. — de itinere actuque reficiendo — ob auch de via? Puchta, civ. Schr. S. 111 not. l.

12) l. 3 §. 11 §. 13 §. 14 eod. Vgl. oben §. 190 I. 1 a. E. Ob das jus reficiendi zu präsumiren oder zu beweisen sei? Savigny, Bes. §. 46. Puchta, a. a. O. S. 111.

13) weshalb, „seitdem die (Interdikts-) Prozeßform aufgehört hat, wodurch es sich allein von jener Klage unterschied," nicht mehr von ihm die Rede sein soll (Savigny, Bes. §. 46 II. a. E. Sintenis, pract. g. C. §. 65 Anm. 27). Dagegen hat Keller, P. 186 IV. A. 2 a. E. „zu erinnern, daß die Praxis den Interdikten . . den unbestimmten summarischen Prozeß verstattet." Vgl. Seuffert, P. §. 418 Anm. 12.

14) l. 1 pr. D. de aqua quotidiana et aestiva 43, 20.

15) l. 1 §. 5 — §. 8 §. 13 eod. nicht blos der bäuerlichen: l. 1 §. 11 §. 12 §. 14 eod.

16) l. 1 §. 4 eod. — etsi aliquo momento ducta sit.

17) l. 1. §. 19 §. 10 D. eod.

18) neque vi etc. l. 1 pr. §. 10 eod.; Absehen von nachherigen Fehlern: l. 1 §. 20 §. 21 eod.; Anlaß l. 1 §. 25 § 27 §. 28 eod.; Beschränkung des Schutzes auf den Umfang des Besitzstandes (uti duxisti). l. 1 §. 15—18 §. 22 eod.; Restitution l. 1 §. 1 §. 23 eod.); — Modification des Interdikts und der Anwendung in Betreff der aqua aestiva: l. 1 § 29 §§. 31—36 l. 6 eod.; — Auctoren und Successoren l. 1 §. 29 §. 24 §. 37 eod.

19) l. 1 §. 26 eod.

20) l. 1 §§. 38—45 eod.

21) l. 1 pr. D. de rivis. 43, 21.

aqua ſelbſt nothwendigen Beſitzſtand vorausſetzt [22]). Verbote oder Nunciationen des Eigenthümers brauchen nicht geachtet zu werden [23]); damni infecti cautionem muß man leiſten [24]).

3) Entſprechend der Waſſerſchöpfſervitut beſtehen interdicta de fonte [25]) und de fonte reficiendo [26]), bezüglich deren ſich ſchon die römiſchen Kommentatoren auf das Muſter der interdicta de aqua und de rivis beriefen [27]). Sie erſtrecken ſich auch auf die Viehtränke [28]), zwar wohl über „Quellen", aber nicht über quillendes und fließendes Waſſer (aqua viva) hinaus — namentlich nicht auf Ciſternen [29]).

4) Ein eigenes J. beſteht noch zu Gunſten der Leerung und Reparatur von Cloaken [30]). Nach ſeinen Motiven [31]) iſt des Beſitzſtandes damit, daß eine leerungs- oder ausbeſſerungsbedürftige Cloake beſteht, genug vorhanden [32]), die Einrede aus Gewalt u. dgl. unſtatthaft [33]), und auf die, daß der klagende Hausbeſitzer nicht auch Eigenthümer ſei, wohl um ſo weniger einzugehen [34]). —

So weit die eigens aufgeſtellten Interdikte. Nach ihrem Muſter dürften aber von den noch übrigen Praedialſervituten

---

22) l. 1 pr. cit., warum? l. 4 eod. (?) vgl. l. 5 §. 11 — §. 13 D. o. n. n. 39, 1.

23) l. 3 §. 8 D. h. t.; ſind ſie ſelbſt Anlaß zur Klage?

24) l. 24, l. 3 §. 9 eod. vgl. §. 172 Anm. 8.

25) l. 1 pr. D. fonte 43, 22.

26) l. 1 §. 6 eod.

27) l. 1 §. 3 §. 11 eod.

28) l. 1 §. 2 eod.

29) l. 1 §. 4 §. 10.

30) l. 1 pr. D. de cloacis 43, 23 vgl. §. 190 II. 1 b.

31) — ad salubritatem civitatium et ad tutelam pertinet; nam et coelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum — l. 1 §. 2 eod.

32) während Schmidt v. J. Zeitſchr. f. g. RW. Bd. 15, 3 S. 81 fg. einen Beſitz hier gar nicht vorfindet, das J. denn auch nicht zu den poſſeſſoriſchen rechnet. — Bedenke auch das Verbotsrecht und int. quod vi aut clam wider Herſtellung der Cloake ſelbſt: l. 15 §. 5 D. quod vi 43, 24.

33) l. 1 §. 7 eod.

34) trotzdem es ſich um eine Cloake handelt, welche ex aedibus ejus in tuas pertinet (l. 1 §. 2 cit.); denn ſie erſtreckt ſich auch in tuas. Dagegen Schmidt, a. a. O. S. 88 fg. Vgl. hinwider l. 1 §. 8 D. itin. 43, 19.

diejenigen Rustikalservituten zu behandeln sein, welche wie z. B. die Weide- und Holzrechte von derselben Anlage sind wie die Weg- und Wasserrechte [35]). Keine quasipossessorischen J., sondern nur

1) operis n. n. und prohibitio mit interdictum quod vi aut clam, (und namentlich quod clam) bestehen für den Besitzstand der Prohibitivservituten [36]), —

2) das i. uti possidetis für den der Urbanalservituten insofern an ihnen keine von dem herrschenden Grundstück getrennte Ausübung, darum auch kein von dem Besitze des letzteren getrennter Quasibesitz denkbar ist, wie z. B. an s. tigni imm., oneris f., still. inf. [37]). Insoferne das i. uti p. „possessionis controversiam" enthalten und duplex sein soll, macht freilich der Mangel der Besitzesidentität Schwierigkeit [38]); anders, wenn es einseitig gegen bloße Störung dienen soll (S. 742 Alin. 2), —

3) die possessorischen Interdikte utiliter, durch Accomodation vermittelst Wortänderung (frui, uti statt possidere S. 302 unten) für den Besitzstand der Personalservituten [39]).

---

35) So Puchta, P. §. 139 Not. 5. Heerwart, Zeitschr. f. C. u. P. Bd. 12 S. 179 fgg. Seuffert, P. §. 418 a. E. Keller, P. §. 186 a. E.

36) Heerwart, a. a. O. S. 285 fg. Rudorff, Ztschr. f. g. R. W. Bd. 11 S. 348—353 u. Anm. zu Puchta §. 139 Not. g. Vgl. Keller a. a. O. III.; oben §. 175 S. 702 §. 174 Anm. 10. 11 u. S. 695.

37) vgl. l. 20 pr. D. s. p. u. 8, 2 — possessione (aedium, tigni) retinentur — l. 32 §. 1 eod. possideri (per se) non possunt, sed intelligatur — possessionem earum habere qui aedes possidet. Arg. l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17: — De cloacis hoc i. non dabo (Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. a. a. O. S. 352. So die Meisten: vgl. Windscheid, §. 164 2. und Anm. 2 und zu den dort Agff. Keller, P. §. 186 II. Baron, P. §. 175 S. 267 III.

38) »quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem« l. 3 §. 5 §. 6 D. h. t. 43, 17 — eine Schwierigkeit, die man durch keine Emendation (des inutile in utile mit Cujac. obs. lib. 17, c. 2 — des utrique in utique mit Albert, i. uti p. §. 104), sondern wenn durch irgendetwas nur durch Aufsuchung des Identitätspunktes mit Labeo (§. 6) zu überwinden vermag. Vgl. oben §. 181 S. 737 fg.

39) i. uti p. utile: für den usfr. Vat. fr. nr. 90 l. 4 D. uti poss. 43, 17. Wie hier quasi poss. controversia und Duplicität, wenn nicht blos inter fructuarios, sondern auch si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat, oder si alter usum, alter fructum? Verbreitet sich hierüber Bischoff. Ad. Quatenus competat interd. uti p. in servv.? diss. 1866. Nicht der Fall ist es bei Savigny, Bes.

2. Superficies und Emphyteuſis.

D. de superficiebus 43, 24; D. si ager vect. i. e. emphyteuticarius petatur (6, 3) C. de jure emphyteutico 4, 66.

§. 202.

Gleich den Praedialſervituten nur auf Grund und Boden laſtend [1]), allein jenen ungleich deſſen ganze Trag- oder Produktivkraft in Anſpruch nehmend — durch dieſen Vollgebrauch an fremder Sache dem Uſusfructus ähnlich, allein durch Unperſönlichkeit, Vererblichkeit, Veräußerlichkeit von ihm verſchieden — mit Pacht und Miethe durch Herkunft und Zinsbarkeit verwandt, von beiden aber durch quaſipoſſeſſoriſche und petitoriſche (dingliche) Selbſtändigkeit getrennt — ſtehen Superficies und Emphyteuſe, letztere neben und nach dem ager vecticalis [2]), als eigenthümliche, dingliche, erſt durch den Praetor [3]) aus den Obligationen in das Sachenrecht verſetzte Rechte (jura in re) da.

Nach ihrer urſprünglichen Anlage kann man beide Baurechte [4]) nennen; denn darnach handelt es ſich in beiden um das Recht zum Anbau, hier von Häuſern, dort von Früchten. Inſoferne der Superficiar mit dem Rechte zum Anbau auch ein Recht auf das Erbaute erwarb, war die Superficies auch Gebäuderecht [5]);

---

§. 45, Albert, a. a. O. §§. 96—105. Einſchlägig Bruns, Beſitzr. S. 55. Elvers, Servv. S. 830 Anm. a.; — i. de vi: für den Uſufructuar l. 3 §§. 13—18 D. h. t. 43, 16 l. 9 §. 1 eod. l. 60 pr. D. usufr. 7, 1 für habitatio (ad exemplum i. quod fructuario proponitur l. 27 D. donat. 39, 5. Vgl. Vat. fr. nr. 91. Rudorff, Z. f. g. R. W. Bd. II. S. 232; — i. de precario: arg. l. 12 §. 2 D. usfr. 7, 1 cf. l. 2 §. 3 D. prec. 43, 26.

1) und wohl darum in l. 3 §. 4 D. reb. eor. 27, 9 »jus praedii« genannt, — in l. 86 §. 4 D. leg. I. die superficies ſogar »servitus;« vgl. Arndts, Weiske's Rechtsl. sub. v. Emph. S. 852 unten —

2) Vgl. Arndts, in Weiske's Rechtslexicon: Emphyteuſe, S. 849 fg. Rubr. D. 6, 3.

3) l. 1 §. 1 cf. §. 9 D. h. t. 43, 18; l. 1 §. 1 D. h. t. 6, 3, Degenkolb, Platzr. und Miethe 1867 S. 11. Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht, Abhh. der Jur.-Fak. zu Leipz. 2. fehr verm. Aufl. §. 2.

4) Gegen dieſen im bg. Geſb. d. Königreichs Sachſen für die Superf. gebrauchten Ausdruck. Wächter, S. 143.

5) vgl. zu dem permissum sit aedificare das folgende ut ad voluptatem suam hospitium sibi extruat, quod ut habeat sui juris et

allein Hauptsache blieb das Recht über den Boden [6]); über dem Gebäuderecht stund das Baurecht. Mit dem Gebäude konnte dieses noch nicht untergehen [7]). Räumt man gemeiniglich dem Superficiar die Befugniß zum Abbruch des Gebäudes ein [8]), so läßt sich das nur aus einem über dem Gebäude stehenden Baurecht, nicht aus irgend einem Eigenthum, insonderheit nicht aus einem undenkbaren [9]), so denn auch nicht „vorstellungsweisen" Eigenthum an dem Ueberbau im Gegensatze zum Bauplatze [10]) rechtfertigen; jene weitgehende Befugniß ist der Grund, weshalb der Superficiar als Eigenthümer des Gebäudes (samt erea) erscheint [11]), nicht umgekehrt die Vorstellung, daß er Eigenthümer des Ueberbaues

ad heredes transmittat in der Inschrift bei Rudorff, zur Gesch. der Superf., Zeitschr. f. g. RW. Bd. 11 S. 222 fg. Ganz Carthago Superficies: Justinus, hist. lib. 18 c. 5.

6) im Gegensatze zu Windscheid, §. 223 ab. init., dem die S. „auf der Vorstellung beruht, daß Jemand ein Gebäude oder eine sonstige auf dem Grundstück befindliche Anlage ohne den Grund und Boden gehöre"; diese Vorstellung wohl identisch mit dem „über eine rechtliche Möglichkeit hinausgehenden Privatwillen, der in der S. seine Versöhnung mit der Rechtsconsequenz gefunden habe" (Wächter, a. a. O. §. 1 S. 3 S. 32): „der Gedanke zu Grunde ꝛc." Mit uns von den Aelteren Leyser (meditt. ad Pand. sp. 509 I.) der am Recht auf den Boden und dessen Verwendung festhaltend auf Einheit zwischen S. und Emph. dringt. Hinwider Bechmann, Accession S. 55 fgg.

7) trotz l. 39 §. 2 D. damni inf. 39, 2, vgl. Leyser, medit. ad Pand. Volum. 7 sp. 509. Coroll. 3. S. Stryk, usus mod. Pand. ad h. t. (43, 18) in f. Kreitmayer, annot. zum Cod. Max. Bav. P. IV. cap. VII. §§. 34. 35 Nro. 1, „daß . . auch auf den Fall, wann das . . . Gebäu abbrennt oder zu Grunde geht . . . findet keinen rechten Beifall". S. dagegen Donellus, comm. lib. IX. c. 18 §. 4—7. Degenkolb, S. 49 fg. Unterscheidend, zum Theil nach dem unten Anm. 48. 49 zu erwähnenden Unterschied Wächter, S. 116 III. Windscheid, §. 223 Anm. 18. Wächter sieht namentlich l. 39 §. 2 cit. weder für noch gegen beweisend an (S. 116).

8) Schmid, Hdb. §. 67 S. 68 Anm. 1, wenigstens als Regel Wächter, S. 40 unterscheidend Heimbach, Superf. in Weiske's Rechtsl. sub h. v. S. 702 Anm. 31.

9) s. namentlich Wächter, a. a. O. §. 1. Leyser, l. c. l. 2 D. h. t. 43, 18.

10) Lauterbach, l. cit. XVIII. Schmid, a. a. O. S. 60. Büchel, civilrr. Erörtt. I. 3 S. 56; Wächter, S. 40 unten, Windscheid, a. a. O. Anm. 4. Vgl. oben Anm. 6.

11) s. die Puteolani'sche Inschrift (Bruns, font. p. 142) „aedificii sui" — l. 9 §. 4 D. damni inf. 39, 2: si solum sit alterius, superficies alterius — wegen des quasi dominus in l. 3 §. 7 D. h. t., s. Wächter, S. 33, wogegen „jus in re" l. 19 pr. D. damni inf. 39, 2 l. 10 D. fam. herc. 10, 2 l. 49 D. v. s. 50, 16.

sei, der Grund jener Befugniß [12]). Einen Beleg aber, daß die S. wenigstens ursprünglich ein Recht über den Boden, und nur accessorisch eines über das Gebäude sei, finden wir in dem „Bodenzins" [13]) und im „Platzrecht". — Auch bei dem alten „Zinsland" (ager vectigalis) und bei der Emphyteuse mag es sich anfänglich mehr um den ersten Anbau (Urbarmachung), als um den Genuß (uti frui) das schon unter dem Pfluge gehaltenen Bodens gehandelt haben [14]).

Waren beide Verleihungen uranfänglich auf den Anbau und die Urbarmachung selbst gerichtet, so ergaben sich ihre Unzeitlichkeit (Perpetuität) [15]), darnach ihre Vererblichkeit und Veräußerlichkeit [16]), endlich ihre quasipossessorische und dingliche Bewehrung [17]), als eine wo nicht nothwendige, so doch natürliche Folge. Den Hausbau und Neubruch unternimmt man, wenn überhaupt für sich, nicht leicht auf Zeit; für Arbeit und Kosten muß man Deckung in der Aussicht auf die Nachkommen, oder in der Möglichkeit des Verkaufes haben; mit der Veräußerung kommt das Recht aber an einen Superficiar, Baumann, der mit dem Verleiher und dessen Erben, geschweige denn mit dessen Singularsuccessoren in keiner Obligatio mehr steht, sich also, wenn er in seinen erworbenen Rechten gekränkt wird, an jene nicht mehr oder nur auf weitem Umweg halten kann [18]), also selbständigen Klagrechts bedarf, wenn er nicht schutzlos dastehen soll; vollends die Singu-

12) vgl. oben Anm. 6, übrigens auch Wächter, S. 42 fg.

13) z. B. praestaturus solarium sicut ceteri in der Anm. 5 cit. Inschrift; desgl. Inschr. Anm. 11; Degenkolb, der a. a. O. S. 52) das solarium als Bodenzins bei der Superficies im Gegensatze zu dem Hauszins der aedes vectigales bezeichnet (?).

14) vgl. Arndts, a. a. O. S. 849. Buchholz, jurr. Abhh., über die Unterschiede zwischen Emph. und S. 1833, S. 307. Schmid, Hdb. S. 3 unten, fgg.

15) vgl. oben §. 74 Anm. 5.

16) §. 3 J. loc. 3, 24.

17) l. 1 §. 1 D. si ager vect. 6, 3 — qui in perpetuum . . conduxerunt, . . competere . . in rem actionem — cf. l. 71 §. 5 §. 6 D. leg. I.

18) durch Regreß gegen den Käufer des Käufers ꝛc. vom Erben in der so vielten Generation auf Cession der erst durch Regresse mehrerer oder nicht mehr zählbarer Grade zu erzielenden Action —

larsucceſſoren des Grundeigenthümers können als ſolche keine Contractsklage gegen den Superficiar mehr haben[19]). Schien es doch abgeſehen von den Verwicklungen, welche Veräußerungen auf beiden Seiten in das Rechtsverhältniß brachten, zweckmäßiger den Superficiar ꝛc. mit Interdikt und in rem actio auszuſtatten, als ihn (Dritten gegenüber) erſt an den Eigenthümer zu verweiſen[20]). — Die hier in den Vordergrund geſtellte Perpetuität wird gleichwohl von den Meiſten, und zwar ohne Unterſcheidung der Zeit und der Geſchichte, für beide Inſtitute als etwas Unweſentliches hingeſtellt, indem ſie bei beiden Endtermine, und zudem direkten Untergang von beiden zufolge dies zulaſſen[21]). Indeſſen finden wir zunächſt die Superficies zwar auch auf Zeit ausgethan, allein um ebendeswillen die Gewährung der in rem actio (wohl auch des Interdiktes)[22]) überhaupt an causae cognitio, und in dieſem Fall an die Vorausſetzung wenigſtens langer Zeit geknüpft[23]). Was dann den ager vectigalis angeht, ſo hieß bei bloßer Zeitpacht weder der Zins „vectigal," noch der Acker „vectigalis"[24]); die Bedingung, daß das Land dem Zins-

19) ob nicht hierauf das incertum erat an locati existeret in l. 1 §. 1 D. h. t. 43, 24 (dem Degenkolb öfter conducti ſubſtituirt: S. 27, in med. 2 S. 33, Z. 3)? als kein theoretiſcher Zweifel (dubium) über die Natur des Geſchäftes, ſondern als eine factiſche Ungewißheit (incertum) ob im Verlaufe der Superficies (infolge etwaiger Singularſucceſſion, auch nur noch actiones locati conducti begründet ſein würden. Anders Wächter, S. 8.

20) — Sin autem ab alio prohibetur, praestare ei actiones suas dominus debet et cedere. Sed longe utile visum est . . . hoc J. proponere et quasi in rem actionem polliceri — l. 1 §. 1 D. h. t. 43, 18.

21) ſo bezüglich der Superficies ohne weiteres z. B. Wächter, S. 42, und ſelbſt Degenkolb, §. 1 S. 13 b. S. 51, ſchwankend S. 36 („wenn nicht als Eſſentiale, ſo doch ꝛc."); bezügl. der Emphyteuſe Arndts, a. a. O. S. 883. Anm. 163. Windſcheid, §. 222. 1. §. 223 Anm. 16. Schmid, Hdb. §. 24. 4, woſelbſt die Controverſe mit Literatur.

22) vgl. Wächter, S. 84 Alin. 1.

23) Warum überhaupt causae cognitio. iſt Wächter S. 84 nicht ganz klar und will es auch Degenkolb, S. 98—103 nicht werden. Vgl. Maudry, München. Vierteli. Bd. 12 S. 520 unten. Nach l. 1 §. 3 cit. greift ſie aber lediglich zur Erledigung der Vorfrage platz, ob eine perpetua oder doch ausreichende lange (non ad modicum tempus beſtellte) S. vorliege.

24) l. 1 pr. D. h. t. — vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur. — Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

mann und ſeinen Nachfolgern ſo lange ſie den Zins zahlen zu belaſſen ſei, war für den ager vectigalis weſentlich [25]); der in Zeitpacht gegebene fundus der l. 3 D. h. t. 6, 3 kann darum kein ager „vectigalis", und wenn er gleichwohl dinglich geſchützt iſt [26]), nur causa cognita (dekret- ſtatt ediktmäßig), wie die zeitliche superficies, oder vielleicht mit Rückſicht darauf, daß eine Gemeindepachtung vorliegt und im Intereſſe der Gemeinden ſelbſt unabhängig geſtellt ſein [27]). Daß in ſpäter Zeit die kirchlichen Emphyteuſen nur auf eine beſchränkte Zahl und Gattung von Perſonen vererben ſollen [28]), iſt Ausnahme [29]) und beſtättiget die Regel. Mag man im Uebrigen „beſondere Verabredungen (pactiones)" bei beiderlei Leihen in „weiteſter Ausdehnung" zulaſſen [30]), ſo ſcheint ihnen doch die Macht, eine Zeitpacht zur Emphyteuſe zu geſtalten, oder das dingliche Recht, das der perpetua conductio gewährt iſt, beliebig auf Zeitpacht zu übertragen, nicht eingeräumt [31]); denn die Emphyteuſe befriſten heißt nichts anderes als Zeitpacht zur Emphyteuſe machen [32]); jedenfalls das ſuperficiariſche Recht iſt nicht durch bloßen Pakt, ſondern nur mit Hilfe obrigkeitlichen Dekretes für temporalis conductio zu erlangen (Anm. 23) [33]).

Gegenüber von Rechten, welche das Eigenthum der ihm natürlicherweiſe innewohnenden Befugniſſe auf unabſehliche Zeit ent-

---

25) l. 1 pr. cit. cf. l. 31 D. pign. 20, 1; Gaj. III. 145 §. 3 J. loc. 3, 24 cf. l. 2 D. h. t. 6, 3.

26) was Geſterding, L. vom Eigenthum und ſolchen Rechten die ihm nahe kommen, 1817 S. 432 fg. zu entkräften ſucht —

27) vgl. unten §. 203 Anm. 25.

28) Nov. 7 c. 3 pr.

29) Motiv: per revolutionem et machinationem perpetuas emphyteuses, magis autem privationes ecclesiasticarum agi rerum — §. 3 eod.

30) l. 1 C. h. t. 4, 66. Arndts, a. a. O. S. 883 Anm. 163.

31) „Dingliches Recht ſchafft der Privatwille in Rom nicht ſelbſtändig" Degenkolb, S. 48.

32) ſ. dagegen Arndts, a. a. O. Windſcheid, §. 222. 1 §. 223 Anm. 16. Schmid, Hdb. §. 24, 4, und daſelbſt die Controverſe mit weiterer Literaturangabe.

33) während ſelbſt Degenkolb, S. 51 in der S. nichts „der zeitlichen Beſchränkung widerſtrebendes" erblickt, und ſie nur „regelmäßig" Erbpacht ſein läßt —

blößen, hat der Zins nicht nur die Bedeutung eines Aequivalentes, sondern auch der Anerkennung und Evidenthaltung des Eigenthums (Recognitionsgebühr) [34]). Ueberdies bietet er die Möglichkeit eines über den Willen (Verzicht) und Zufall (Consolidation) des Nutzungsberechtigten erhabenen Rück- oder Heimfalles (Privations- oder Ablationsrechtes), den der Nichtzinsung nämlich; denn in diesem Fall muß die dem Retentions- oder Vindicationsrecht außerdem entgegenstehende exceptio oder replicatio doli hinwegfallen [35]). Bei der Superficies wie wir sie bis jetzt als wesentlich unzeitliches Bau- oder Platzrecht gefaßt haben, ist dies der einzige natürliche Rückfall der besagten (privationsmäßigen) Art [36]). So nimmt denn Paulus „die Verpflichtung zum solarium in die Begriffsbestimmung der Superficies auf“ [37]); das interdictum de superficiebus setzt nach Lesart der Mss. locationem conductionem voraus [38]); erscheint außer der locatio conductio noch emtio venditio als Grund der Superficies [39]), so kann für ein und dasselbe Geschäft auch hier der „titulus“ emtio venditio wie locatio conductio hergebracht gewesen sein [40]). Ist doch das

34) Degenkolb, §. 6 a. E.; §. 7. 2. „— römische Verwaltungsmaxime . ., bei allen Verleihungen von öffentlichem Grund und Boden, welche nicht zu Eigenthum geschehen, ein Vectigal, sei es auch nur als Recognitionsgebühr, zu erheben.“

35) l. 1 §. 4 D. h. t. 43, 18, vgl. S. 472 Anm. 1; ferner §. 130. 3; — unten §. 204 S. 821 unten.

36) vgl. unten §. 204 a. E.

37) Degenkolb, S. 34 l. 74 D r. v. 6, 1 id est, qui in alieno solo superficiem ita habet ut certam pensionem praestet. cf. l. 2 D. h. t. 43, 24, während diese Stellen nach Wächter, S. 60 „unmöglich die Absicht haben können, das Superficiarrecht auf den Fall der Bestellung gegen Solarium zu beschränken.“ Dem allg. östr. Gb. ist der „Bodenzins“ wesentlich. §. 1122. 1147.

38) l. 1 pr. D. h. t.

39) sicher nur in l. 1 §. 1 eod., entschieden nicht in l. 1 §. 7 eod. (Wächter S. 61 unten, S. 74 oben, Degenkolb, §. 7 Anm. 2), wahrscheinlich nicht l. 32 D. j. d. 23, 3 (Degenkolb, §. 7. 3, dagegen Wächter, S. 74) und u. E. auch nicht l. 12 §. 3 D. Publ. 6, 2, wo der Nondominus einen Nichtsuperficiat bedeuten kann: l. 12 in f. C. fund. patr. 11, 61 — cum fundorum sint domini (possessores vel emphyteuticarii patrimoniales). — Vgl. oben Anm. 11.

40) vgl. Festus s. v. Venditiones dicebantur olim Censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant — vgl. Hyginus, de condic. agr., ed. Lachm. p. 116 qui superfuerant agri vectigalibus subjecti sunt . . . alii vero mancipibus e m e n t i b u s,

Nutzungsrecht in beiden Fällen ein für allemal (in perpetuum) „weggegeben," der Heimfall eine bedingungsartige, vom Willen des Verleihers unabhängige Eventualität, das Geſchäft alſo vom Zins aus betrachtet locatio, von der Gegenleiſtung des Verleihers aus dagegen Veräußerung, venditio. So konnte man ſagen, und hat man nachweislich geſagt und geſtritten [41]). Was inſonderheit l. 1 §. 1 D. superf. anlangt, ſo kann auch daran gedacht werden, daß manchmal außer dem Zins ein Preis bedungen worden ſein wird [42]).

Daß ein bereits ſtehendes Gebäude zu ſuperficiariſchem Rechte eingeräumt worden ſei, kommt in unſeren Quellen mit einiger Sicherheit nirgends vor [43]), während das Gegentheil mehrfach bezeugt [44]), ja die Erbauung durch den Superficiar nicht minder definitionsmäßig iſt als das Solarium [45]). Die Möglichkeit auch

---

id est conducentibus — worin immerhin eine Unterſtützung für Degenkolb's Conjectur zur Interdictsformel (sive ementionis ſtatt conductionis — nach Puchta und Rudorff — S. 26 unten), wenn dieſe nothwendig ſein ſollte, enthalten wäre (wogegen Wächter, S. 63 Anm. 1). Gegen das Bedenken, daß eine derartige Wortſchwankung in einer Formel Ausdruck gefunden haben ſolle, ſ. Varro l. l. ed. Spengel p. 370: ideo in actionibus videmus dici: »quam rem sive mihi litem dicere oportet —«

41) Gaj. 3, 145 — ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum e. e. v. contrahatur an l. c.: veluti si qua res in perpetuum locata sit quod evenit in praediis municipum . . . sed magis placuit, locationem conductionemque esse. cf. §. 3 J. l. c. 3, 25 arg. l. 1 C. h. t. 4, 66. Jus emph. neque conductionis neque alienationis »titulis« adjiciendum.

42) vgl. Lauterbach, coll. Pand. ad. h. t. XXIII. x.

43) Wächter, S. 78 verweiſt nur auf Stellen, welche wie l. 74 D. r. v. 6, 1 nicht ausdrücklich das Gegentheil enthalten —

44) Degenkolb, S. 46 fgg. S. außer der Anm. 5 agff. Inſchrift und Seneca, epist. 13, 3 §. 28 — mathematice ut ita dicam superficiaria est, in alieno aedificat — l. 2 D. h. t. — superficiarias appellamus, quae in conducto solo positae sunt — l. 18 §. 4. D. d. i. 39, 2 — qui in conducto solo superficiem imposuit. l. 15 D qui pot. 20, 4 — superf. in alieno solo posita — wozu zwar Wächter S. 78 bemerkt, daß ſie deswegen nicht gerade vom Superficiar errichtet ſein müſſe; aber l. 18 §. 4 cit. ? und von wem ſonſt ſoll ſie posita ſein in alieno? Nach Sintenis, pr. Civilr. I. §. 56 n. 14 käme dieſer Fall in den Quellen überhaupt nicht vor; — ein ſicheres Zeugniß ſcheint auch uns l. 39 §. 2 D. d. i. 39, 2, vgl. Degenkolb, S. 49 fg.; dagegen Wächter, S. 77 (wo durch einen Druckfehler l. 32 §. 2).

45) l. 2 D. h. t. cit. »— appellamus« —

vorhandene Häuser erblich und vererblich zu verleihen, und die also verliehenen mit Interdikt und in rem actio auszustatten, läßt sich natürlich nicht in Abrede stellen; in den deutschen Städten finden wir gleich frühe Häuser wie Baustellen zu erblicher Leihe ausgethan [46]); unsere Praktiker denken sich das mit dem einheimischen „Platz"- oder „Zimmerrecht" identificirte" jus superficiarium ohne weiteres in der einen wie der anderen Weise gegründet [47]), von den Neueren denken sich Einige unser Recht sogar nur an schon vorhandenen Gebäuden [47a]). Indessen ist abgesehen von der Frage, ob das superficiarische Recht in der fraglichen Ausdehnung noch im römischen Rechte selbst vorgekommen sei, zu bemerken, daß ein über einem vorhandenen Gebäude errichtetes erbliches und veräußerliches Nutzungsrecht doch in sich sehr verschieden sein muß, je nachdem dieses Gebäude den Gegenstand des Rechtes bildet, der Boden also nur secundär (incidenter), nicht für sich, sondern nur weil er in diesem Gebäude mitbegriffen ist, dem Rechte des Dritten unterliegt [48]) — oder aber der „Platz" als Gegenstand des Rechtes gedacht ist, und das auf jenem befindliche Gebäude nur als die jeweilige, veränderliche Zuthat gedacht ist [49]).

---

46) Arnold, zur Gesch. des Eigenthums in den deutschen Städten. Mit Urkunden, 1861 2. Abschn. die Häuserleihe, vgl. z. B. S. 37 Alin. 2 mit S. 39 unten u. fg. daselbst, — während Kreittmayr, unter »superficies« die Oberfläche im Gegensatze wie zum aedificium verstehend, von diesem Ding »in Moribus ac Legibus Germaniae nicht die geringste Spur" finden kann (unter Berufung auf Schmid, jus Germaniae p. 383 a. a. O. in fin.)

47) z. B. Lauterbach Nro. XIV. Objectum . . est solum vel aedificium. — Schmid, Hdb. S. 63 oben: „dabei macht es aber keinen Unterschied ꝛc." Seuffert, Pand. an den Anm. 47 citt. OO.

47a) Sintenis, a. a. O. und nach ihm Förster, Theorie und Pr. d. h. preuß. Privrs. 2. Aufl. Bd. 3 S. 130 Anm. 6; scheinbar auch Schmid, Hdb. S. 61 „den Gegenstand des h. Rechts bilden aber nur Gebäude"; s. indessen denselben S. 63 oben. Auch Förster kommt weiter unten S. 283 Anm. 28 mit sich einigermaßen in Widerspruch. So scheinbar auch der bayr. Entwurf eines bg. Gb. v. 1864 (§. 334—340, doch s. Wächter, S. 131), P. Roth, bayr. Civilr. Bd. 2 §. 298 S. 598; (wogegen aber derselbe S. 601 Anm. 19), Seuffert, Pand. §. 190 (wogegen aber derselbe §. 192 S. 256. 2 Anm. 2).

48) vgl. Wächter, §. 7. „Möglicher Gegenstand des Platzrechtes: I. 1) ein Gebäude jeder Art, 2) eine Mauer, 3) ein Keller, 4) Dunggrube u. dgl. II. Bäume und andere Pflanzungen —

49) über diesen Unterschied eingehend Wächter, S. 118 fg.

Letzterenfalls würden wir noch im Sinne des römiſchen Rechtes von Superficies ſprechen können, wenngleich in Rom ſelbſt kein einziges ſtehendes Haus erblich verliehen worden wäre; erſterenfalls dagegen hätten wir anſtatt des über Zeit und nahezu auch über den Zufall erhabenen Baurechtes ein an die Exiſtenz eines gewiſſen Gebäudes gebundenes, und darnach naturgemäß auch in anderen Punkten anders zu behandelndes, wir meinen ein von der römiſchen Superficies vielmehr zu unterſcheidendes als ihr unterzuſtellendes Recht. Die da die Superficies als das Recht bezeichnen, „ein Gebäude (auf fremdem Platze) zu haben“ [50]), geben damit der Möglichkeit Raum, eine Superficies an ſtehendem Gebäude zu erwerben, und wahren gleichwohl das Baurecht; die da die Superficies auf die Vorſtellung von einem Eigenthum an einem Gebäude im Gegenſatze zum Boden zurückführen [51]), verringern das Baurecht zum Gebäuderecht und ſtellen dieſes auf einen illuſoriſchen Boden.

Gemeiniglich nimmt man eine S. auch an einzelnen Stockwerken oder ſonſtigen Abtheilungen eines Hauſes an, und zwar durch Folgerung aus l. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17 [52]). Und immerhin kann die Beliebung der Zinsleute, welche ein Baurecht gemeinſchaftlich erwarben, zur herbergartigen Ein- und Abtheilung des Gebäudes [53]) und ſuperficiariſchen Rechtes geführt haben, in-

---

50) Lauterbach, l. cit. IV. Heimbach, a. a. O. Schmid. §. 25 u. vgl. dazu Wächter's Unterſcheidung zwiſchen dem Rechte „an der concreten Superficies“ und dem Rechte „ein Gebäude von der verabredeten Qualität auf dem Grund und Boden zu haben“ S. 118 preuß. Landr. §. 243.

51) ſ. oben Anm. 6 und 10.

52) Wächter, §. 7 l. 1. — „Vorbehaltlich ihrer Errichtung durch den Superficiar“: Degenkolb, S. 53 und Beilage I. S. 223 fgg.; — wogegen Büchel, Erörtt. I. S. 283 fg. Schmid, Hdb. §. 25 Not. 11.

53) ſ. das „Herbergsrecht“ bei P. Roth, Bayr. Civilr. Th. II. §. 56. 1; und vgl. Dionysius über die lex Aciliа de Aventino (dem Haidhauſen und Gießing nicht ganz unähnlich ſein mögen) publicando (X. 32): *εἰσὶ δὲ οἱ σύνδυο καὶ σύντρεις καὶ ἔτι πλείονες συνιόντες οἰκίαν κατεσκεύαζοντο μίαν, ἑτέρων μὲν τὰ κατάγεια λαγχανόντων, ἑτέρων δὲ τὰ ὑπερῷα* — woraus Niebuhr nicht ohne Grund auf räumlich getheiltes Eigenthum auch an Häuſern in Rom ſchloß, dem aber die Juſtinianiſchen Quellen, und ſofort l. 3 §. 7 cit. entgegen ſind. Vgl. Wächter, S. 51.

deß der dominus soli ungetheiltes Eigenthum auch am Gebäude erhielt [54]).

Das Wort superficies in seiner körperlichen Bedeutung erstreckt sich zweifelsohne auch auf Mauern, Wasserleitungen, Pflanzungen [55]), während anderseits in der „festen Kohärenz mit dem Boden" seine Grenze gegen bewegliche Scheunen u. dgl. liegen mag. Allein superficies bedeutet nicht blos den Körper, sondern auch das Recht des Ueberbaues [56]), und daß nun derjenige, welcher vermöge seines superficiarischen Rechtes den Platz in kohärenter Weise verbauen darf, ihn auch also verbauen müsse, um superficiarisch geschützt zu werden, will nicht einleuchten [57]); was er vererbt, veräußert, ist principaliter sein Baurecht, und nur accessorisch das was er zufällig gebaut hat.

§. 203.

Was des näheren Besitz und Recht der Emphyteuten und Superficiare einer-, sowie des Grundherren anderseits anlangt, so bleibt

1) der Besitz im eigentlichen Sinne (possessio) gleich dem Eigenthume beim Grundherren [1]) und erstreckt sich bei der

54) Vgl. die Möglichkeit eines Ususfructus an einer pars pro diviso: l. 5 D. usufr. 7, 1.

55) s. oben Anm. 48. Degenkolb, S. 53. — Kreittmayr hält sich sogar ausschließlich an die „Oberfläche", so daß nicht in die Tiefe, also „kein Haus, oder anderes Gebäu mit Fundament, sondern nur in die Ebene, z. B. eine bloße Hütte, Boutique oder Baraque gebaut werden" könne (a. a. O.) — wogegen Wächter wiederum „feste Cohaerenz mit dem Boden" fordert, und also „Buden, Schildhäuser, Zelte u. dgl." zur S. nicht zuläßt. So auch Lauterbach, l. cit. Nro. XIV. Für diese Cohaerenz der superficies läßt sich anführen: l. 50 D. ad l. Aq. 9, 2 »superficies ad dominum soli pertinet« l. 3 §. 7 D. uti p. 43, 17 — semper enim superficiem solo cedere — in Verbindung mit l. 60 D. a. r. d. 41, 1 — horreum . . . mobile in Seji praedio . . . non esse factum Seji —

56) nach Analogie von res und Eigenthum (§. 186 bei Anm. 3 §. 130 Anm. 3 §. 133 Anm. 40. Z. B. l. 1 §. 5 D. h. t., wohl auch schon das superficie frui (jure uti), die actio de superficie (= de usufructu, servitute) und das »conduxit superficiem« in l. 1 §. 1 eod. Vgl. Lauterbach l. c. III. in f.

57) vgl. Anm. 5 »ut ad voluptatem suam . . . extruat«.

1) arg. l. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17 — potior erit interdicto uti p. —

Superficies beides, Beſitz und Eigenthum, nothwendig auch auf die ſuperficiariſchen Gebäude [2]). Nutzungsbefugniſſe [3]) hat der Grundherr keine [3a]), Nutzen dagegen hier und dort in Geſtalt von Zinſen und etwaigen Kaufſchillingen (§. 202 Anm. 42). Um dieſes Nutzens willen ſteht ihm — weil bei der Superficies in Folge des damnum contingens die Superficies und damit der Zins aufhören könnte [4]), damni inf. cautio neben dem Superficiar zu. Die Exceptio oder ſonſtige obrigkeitliche Ablehnung, der ſein Interdikten- und Vindikationsrecht in der Ausübung gegen den Superficiar und Emphyteuta ſonſt begegnet [5]), ſowie die Verurtheilung oder Replik, welcher er als Beklagter zufolge Interdiktes oder dinglicher Klage des Superficiars, Emphyteuta ſonſt unterliegt [6]), entfallen, wenn letztere mit dem Zins in Rückſtand bleiben [7]), bei der Emphyteuſe kraft ſubſidiär geſetzlicher Vorſchrift auch dann, wenn deteriorirt und nicht Erſatz geleiſtet, wenn ohne vorgängige Anzeige an den Grundherren, oder wenn vor Ablauf einer gewiſſen Friſt ohne Conſens oder Abwartung des Einſtands (Vorkaufs) veräußert oder ein Nachfolger geſtellt wird, der dem Herren nicht die geſetzlich fixirte Veränderungsgebühr (laudemium, Handlohn, Lehenswaare, Quinquageſima) von 2 Prozent des Kaufſchillings oder Gutswerthes zahlt [8]). Außer den poſſeſſoriſchen Interdikten und der Vindication des Beſitzes wie der Freiheit des Eigenthums muß bei der Emphyteuſe der Grundherr auch

2) arg. l. 2 D. h. t. 43, 18 §. 146 I. §. 202 Anm. 9. 10.

3) unter welche jedoch der Antheil des Grundeigenthümers am Schatze nicht fällt. Schmid, §. 22 Anm. 31. Arndts, S. 855.

3a) darum hier „sola proprietas“: l. 15 §. 1 D. qui satisd. cog. 2, 8 — entgegen der Büchel'ſchen Auffaſſung, daß das Grundeigenthum hier ein volles ſei (das jedoch vom Superficiar ausgeübt werde) — wider welche Wächter, S. 2 S. 31 Anm. 2. Arndts, a. a. O. S. 853 Anm. 28 und Zeitſchr. für Civilr. u. P. N. F. III. S. 246 fgg.

4) etwa ſo l. 39 §. 2 D. damni inf. 39, 2 ? §. 202 Anm. 7. §. 205: Anm. 9.

5) l. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 16 — dominus . . soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti p.; sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis ; — oben §. 202 Anm. 85.

6) l. 1 §. 1 in f. D. h. t. 43, 18.

7) Vgl. hierüber §. 204 Anm. 19 und l. 31 D. pign. 20, 1.

8) §. 204. 1.

den Eigenthumsschutz (§§. 172—5) und das Recht zur Eigenthumstheilung und Grenzvertretung für sich haben, während es ihm bei der Superficies zu der einen und anderen Schutzklage an dem erforderlichen Interesse fehlen kann [9]); dieselben oder ähnliche Klagen zu Gunsten der Superficiare und Emphyteuten sind damit, wie sich alsbald zeigen wird, nicht ausgeschlossen.

2) Quasibesitz [10]) und jus in re sind auf Seite des Superficiars und Emphyteuta. Daß zum Erwerbe des Quasibesitzes oder zum usus juris der Erwerber hier nicht blos genießen, sondern auch sonst thun muß, was zur S. u. E. gehört, namentlich Zins zahlen [11]), erhellt aus der Fassung des für den Superficiar zur Erhaltung im Quasibesitz aufgestellten doppelseitigen Interdiktes [12]). Nicht als ob hier zum Besitz ausnahmsweise [13]) eine justa causa hinzukommen müsse [14]), sondern weil der Besitz hier, infolge seiner außergewöhnlichen Abstammung aus einer contractlichen Concession, ohne Bezug auf diesen Contract und ohne contractsmäßige Uebung gar nicht denkbar ist. Sein Recht zur Superficies oder Emphyteuse selbst hat Kläger damit, daß er contractmäßige Uebung nachweist noch lange nicht beweisen, und dieses braucht er auch nicht zu beweisen, weder publicianisch, noch vollständig. Die contractmäßige Uebung aber muß er folgerecht gegen jeden beweisen, gegen den er possessorisch kla-

9) arg. l. 39 §. 2 D. d. i. 39, 2 cit.; z. B. interdictum quod vi a. c. l. 11 §. 14 D. h. t. 43, 24.

10) gegen die früher herrschende Meinung, als ob der Emphyteuta ꝛc. possessionem schlechthin, oder wenigstens „abgeleiteten Besitz habe", s. Arndts, a. a. O. S. 358 fgg. Degenkolb, §. 10. Wächter, §. 6.

11) so schon in meiner 1. Aufl. S. 98. 3. Siehe nun Degenkolb, §. 1, Nro. 2. Mandry, a. a. O. S. 519 Anm. 5.

12) Uti ex lege locationis sive conductionis (venditionis ? §. 202 Anm. 40) superficie q. d. a. nec vi nec clam, nec precario alter ab altero fruimini, quominus fruamini, vim fieri veto (l. 1 pr. D. h. t. 43, 18) cf. l. 3 §. 7 in f. D. uti p. 43, 17.

13) §. 135 Anm. 3.

14) was die Glosse zu l. 1 §. 2 eod. abgesehen davon, daß sie das Kind mit dem Bade ausschüttet, richtig bemerkt: „— neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat; unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario (ab) adversario possideat. — Andere unhaltbare Erklärungen s. bei Degenkolb, a. a. O.

gen will [15]). Auf Grund dieſes Beſitzes ſtehen dem Superficiar auch die ii. de precario [16]) und de vi [17]) zu. Wären S. und E. auch ohne Zins denkbar (S. 811 unten u. fg.), ſo würde zwar ihr Beſitz ohne Zinszahlung erworben werden, allein die Zuſtändigkeit der Interdikte in Anbetracht der Interdiktsformel noch immer fraglich ſein [18]). Nach Art des ſuperficiariſchen Quaſibeſitzes geſtaltet ſich auch der emphyteuticariſche, und ſein Interdiktenſchutz. — In dem Rechte Beider liegt außer der freieſten, durch keine geſetzlich obliegende Caution bedingten, Nutzungsbefugniß (§. 193 Anm. 11) [19]) die Macht der Veräußerung, und zwar der Veräußerung nicht blos der Ausübung (§. 193 Anm. 8), ſondern des Rechtes ſelbſt [20]), damit denn auch die Macht, dasſelbe zu obligiren [21]), und uſufructuariſch zu verleihen [22]); überdies die Macht, Praedialſervituten mit quaſipoſſeſſoriſchem und vindicatoriſchem Effekte zu beſtellen. Letzterer beſtund zwar blos jure praetorio; allein die Vindication dieſer Servituten fand „nach dem Muſter der ipso jure conſtituirten“ [23]), alſo vor allem ſo wie wenn ſie

---

15) nicht blos gegen den Grundeigenthümer, wie Degenkolb, S. 12 annimmt.

16) arg. l. 2 §. 3 D. prec. 43, 26. Habere precario (Formelworte) videtur qui possessionem . . . vel juris adeptus est —

17) l. 1 §. 5 D. de vi 43, 16 — u. E. utiliter, inſoferne nicht de fundo, aedibus, ſondern superficie dejicirt iſt (S. 302 unten) arg. l. 1 §. 23 eod.

18) vgl. Degenkolb, S. 10 unten u. fg.

19) die jedoch den Antheil des Grundeigenthümers am Schatze, ſo wie ein vom Eigenthümer nachher ſeparirt, wiewohl acceſſoriſch erworbenes Grundeigenthum (insulam in flumine natam) nicht mitergreift, Anm. 3 arg. l. 9 §. 4 D. usfr. 7, 1.

20) §. 3 J. loc. 3, 24.

21) l. 16 §. 2 D. pign. act. 13, 7 — natürlich nur ſo wie es iſt: ohne Präjudiz für ſeinen Zins l. 77 eod. l. 15 D. qui pot. 20, 4 und das Heimfallsrecht l. 31 D. pign. 20, 1.

22) l. 1 pr. D. quemadm. usfr. am. 7, 4. Servitutenbeſtellung überhaupt iſt nicht ſchon aus dieſer l. 1 pr. cit. zu folgern; denn in bonis ſind superficiaria (l. 49 D. v. s. 50, 16), nicht die Praedialſervituten (quia id neque ex bonis, neque extra bona sit — l. 1 D. usu et ususfr. 33, 2); und nur der ususfructus, nicht auch die Praedialſervitut iſt an allem was in bonis, möglich (l. 1 cit.). Vgl. oben §. 294. S. dagegen Windſcheid, §. 219 Anm. 7 und die dort Agſſ.

23) l. 1 §. 9 D. h. t. 43, 18: Servitutes quoque Praetorio jure constituentur; et ipsae ad exemplum earum quae ipso jure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur. Sed et Interdictum de his utile competet.

von dem Grundeigenthümer selber constituirt worden wären, statt [24]). — Ihr Recht selbst ist dinglich, d. h. mit in rem actio (superficiaria, emphyteuticaria) ausgestattet [25]), und diese Vindication der S. und E. selbst findet wieder nicht etwa nach dem Muster der ususfructus petitio, sondern nach dem Muster der rei vindicatio statt, ist utilis [26]) rei vindicatio [27]). Eine Probe hiefür liegt darin, daß sie die zum superficiarischen, emphyteuticarischen Grundeigenthum gehörigen Servituten nicht mit der superficiaria, emphyteuticaria in rem actio nach Art des Usufructuars [27a]), sondern mit der selbständigen, ihnen utiliter verliehenen confessoria de servitute actio einklagen [28]); also muß ihnen utiliter auch die negatoria d. s. actio selbständig zustehen [29]) und steht insonderheit dem Superficiar folgerecht (ideo) auch operis n. n. zu [30]). Hauptsächlich aus diesem eigenthumsartigen Zuschnitt des superficiarischen und emphyteuticarischen Klagrechts erhellt, wie doch schon die Römer selbst die S. und E. an das Eigenthum hinanrückten [31]), und die Glossatoren und Späteren kein so gar großes Unrecht begingen, wenn sie diese Rechte als utile dominium bezeichneten [32]). Dem Emphyteuta steht auch noch aquae pluviae arcendae [33]) und finium regundorum [34]), ihm und dem Superficiar communi dividundo [35]), das interdictum quod vi aut clam [36]), und damni infecti cau-

24) ob in der That nur auf die Dauer der S. u. E. (Windscheid, §. 212 Anm. 2. Wächter, S. 39 §. 5. Arndts, S. 856)?

25) §. 202 Anm. 3. Rubr. D. si ager vectigalis s. emph. petatur 6, 3 l. 16 §. 2 D. pign. act. 13, 7 l. 66 pr. D. evict. 21, 2 l. 15 §. 26 D. damn. inf. 39, 2.

26) l. 16 §. 2 cit. l. 3 § 3 D. o. n. n. 39, 1.

27) vgl. Glück, Comm. B. 8 §. 603 S. 498. Arndts, a. a. O. S. 857.

27a) §. 200 Anm. 7.

28) l. 16 D. serv. 8, 1.

29) vgl. Arndts, a. a. O. S. 857.

30) l. 3 §. 3 D. h. t. 39, 1.

31) vgl. oben §. 145 a. E.; §. 202 Anm. 11.

32) s. dagegen die §. 145 Anm. 66, alleg. Schrift und fast alle Neueren; hinwider meine Festschrift über b. f. p. S. 73. 74.

33) l. 23 §. 1 D. h. t. 39, 3.

34) l. 4 §. 4 D. h. t. 10, 1.

35) l. 7 pr. D. h. t. 10, 3.

36) l. 11 §. 4 D. h. t. 43, 24.

tio zu [37]); allein das ſind Klagen, welche direkt oder utiliter auch bloßen Uſufructuaren u. A. m. zuſtehen [38]).

In ihrer Eigenſchaft als dingliches Recht waren S. und ager vectigalis, weil erſt durch den Praetor mit in rem actio ausgeſtattet (§. 202 Anm. 20), überhaupt nur bonitariſche Rechte [39]). Kam hinzu, daß dem Superficiar oder Emphyteuta auch noch die Auctorität von Seite des Beſtellers oder Veräußerers fehlte, ſo konnte er nicht mehr, u. E. aber auch nicht weniger als bonitariſches Recht haben, vorausgeſetzt, daß er überhaupt ein Recht, nämlich Praetoriſches (Publicianiſches) Klagrecht hatte; daß ihm dieſes, bonam fidem vorausgeſetzt, verliehen iſt, ſteht feſt [40]); heutigen Tages iſt S. und E. nurmehr in dieſem letzteren Falle ein blos bonitariſches Recht [41]) — da wo ſie wie b. f. possessio zwiſchen bloßem (Quaſi-) Beſitz und vollem Recht inmitte ſteht.

§. 204.

Als Verpflichtungen führt

1) die Emphyteuſe außer der zur Entrichtung des Zinſes (canon) und der öffentlichen Abgaben [1]) auch die zur Inſtandhaltung der Grundſtücke [2]), und in Veräußerungsfällen zu vorgängiger Anzeige an den Grundherren, damit Wahrung der grundherrlichen Rechte, wofern in dem Gründungsvertrage nichts anderes bedungen, oder der „Brief" verloren gegangen iſt [3]). Von einer direkten Erzwingbarkeit dieſer Verpflichtungen iſt aber

37) l. 13 §. 8 D. h. t. 39, 2.

38) a. p. a. a.: §. 173 Anm. 39; — f. reg.: §. 177 Anm. 35; — comm. div.: §. 176 Anm. 2; — int. q. v. a. c.: §. 174 Anm 24; — damni i. c.: §. 172 Anm. 20—28.

39) vgl. l. 49 D. v. s. 50, 16.

40) es ſei nun, daß ihm von einem Nichteigenthümer beſtellt, oder von einem Nichtberechtigten veräußert iſt: l. 12 §. 2 § 3 D. Publ. 6, 2, vgl. oben §. 202 Anm. 39 in f.

41) vgl. S. 534 S. 540 unten u. fg.

1) l. 2 C. h. t.

2) Nov. 7 c. 3 §. 2 Nov. 120 c. 8.

3) l. 3 C. h. t. — si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari. Sin autem nulla(. .) pactio interposita est, vel forte instrumentum emph. . . . deperditum est.

bis auf die Novellen nicht die Rede [4]); bis dahin macht der Grundherr seinen Anspruch in Gestalt der Retention [5]), oder Vindication des Grundstückes (§. 202 Anm. 35), oder auch in der Vertreibung des Emphyteuta geltend [6]); und auch nach der Novelle 120 c. 8 hat der Grundherr im Deteriorations- und Zinsenverzugs-Falle zwischen Beitreibung und Privation die Wahl [7]). Um die Construction der Obligation nicht nur des ursprünglichen Emphyteuta und seiner Erben, sondern auch seiner übrigen Successoren sind die Novellen nicht bekümmert [8]). Gegen Mißbrauch des Privationsrechtes wegen Deterioration und Zinsenrückstands ist der Emphyteuta durch das Recht der Protestation und gerichtlichen Deposition [9]), sowie durch eine gesetzliche Zahlungsfrist von 3, bezw. 2 Jahren bei rückständigem Zinse [10]) — gegen Vorenthaltung des Veräußerungsconsenses und Nichtzulassung des neuen Erwerbers durch Fallfristen [11]) und Festsetzung der Lehenwaare [12]) gesichert. — An ein bestimmtes Wirthschafts-

---

4) sicher erst in Nov. 120 c. 8; von ὑποκεῖσθαι (im Authenticum mit obligatum esse übersetzt) redet Nov. 7 c. 3 §. 2.

5) Nov. 7 c. 3 §. 2 — licebit praedia aut domos defendere . . .

6) l. 2 C. h. t. — licere eum a praediis repellere — (pecuniis) depositis . . . minime dejectionis timere periculum — Nov. 120 c. 8 — expellere — ejicere emphyteusi —

7) vgl. Carpzow, bei Glück, Comm. §. 606 S. 433.

8) Nov. 7 c. 3 §. 2 — obligatum esse ad hoc ipsum et heredes ejus et successores. — Schmid, Hdb. §. 23. 2 findet den Canon in Folge der „Dinglichkeit des emph. Rechtes in eine Reallast verwandelt." — Vgl. oben §. 202 Anm. 18—20.

9) l. 2 in fin. C. h. t.

10) Nov. 7 c. 3 §. 2 — si biennio continuo non exsolverint . . . (hoc enim tempus pro triennio aliorum hominum sufficere ad casum ecclesiasticarum aut ptochicarum emphyteusium —).

11) l. 3 C. h. t. — sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum, et dominus hoc facere (consentire) noluerit, licentia . . detur . . et sine consensu vendere —; — sin autem (novum emphyteutam) dominus (in possessionem) suscipere minime voluerit et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit, licere . . etiam non consententientibus dominis ad alios jus suum vel emphyteumata transferre —

12) l. 3 cit. — ne avaritia tenti . . magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci . . accipere —

ſyſtem iſt der Emphyteuta nicht gebunden [13]; durch Unglücksfälle, die nicht das Grundſtück ſelbſt zerſtören, wird er (von beſonderen Gedingen abgeſehen) ſeiner Zinspflicht nicht entbunden [14].

2) Von Verpflichtungen des Superficiars iſt außer der zur Entrichtung des Grundzinſes und etwa hinzukommenden Kaufpreiſes in den Quellen nichts zu finden [15]. Oeffentliche Abgaben treffen im Zweifel aller Wahrſcheinlichkeit nach auch ihn [16]. Von einer Haftung wegen Deterioration der Baulichkeit dagegen kann, wenn die Superficies Baurecht iſt und die Befugniß zum Abbruch u. dgl. in ſich enthält (§. 202 Anm. 8), nicht die Rede ſein, während in dem anderen Falle, da ſie nichts als ein Gebäuderecht ſein ſollte, die Inſtandhaltung des Gebäudes als eine ebenſo natürliche als billige Verpflichtung erſchiene [17].

Weitere Verpflichtungen, wie ſie in der Perſon des Emphyteuta vorkommen, müßten beſonders verabredet werden [18]. Daß dem Grundherren Privationsrecht wegen rückſtändigen Zinſes zukomme, ſcheint in der Natur der locatio conductio wie des Vindicationsrechtes begründet [19].

§. 205.

Die Begründung der S. und E. erfolgt nach Maßgabe der Quellen durch einen Contract. In Betreff dieſes Contractes ſchwankte man, ob er locatio conductio oder emtio venditio

---

13) Arndts S. 855. Schmid, a. a. O. §. 22 Anm. 1. S. dagegen den Uſufructuar, z. B. l. 9 §. 6 §. 7 l. 10 D. usufr. 7, 1.

14) l. 1 C. h. t. Zeno §. 3 J. loc. cond. 3, 25.

15) §. 202 Anm. 37, 41. 42.

16) vgl. §. 193 Anm. 9.

17) Vergl. Wächter, §. 5, der jedoch mit Windſcheid, §. 223 Anm. 4 den im Text aufgeſtellten Unterſchied nicht ſchon für ſich allein als maßgebend erachtet.

18) ein ähnliches z. B. in der Urkunde bei Arnold, a. a. O. S. 39 oben.

19) l. 54 §. 1 D. loc. 19, 2; oben §. 202 Anm. 35; Lauterbach, l. cit. nro. 37: addunt cessationem solvendae pensionis — er ſelbſt entgegen; desgl. Leyser, l. c. IX. X. Wächter, §. 14 I.; ausdrücklich bedungen in einer Urkunde bei Arnold, a. a. O. S. 38 oben.

sei [1]), entschied man sich endlich da wo dieses des periculum wegen drängend war für ein tertium aliquod [2]), und gab durch all das zu erkennen, daß es nur ein Contract, und zwar ein und derselbe Contract, nämlich ein Zinscontract sei, durch den diese Rechte zu Stande kommen. So setzt denn namentlich das interdictum de superficiebus in l. 1 pr D. h. t. diesen Einen Contract als Quelle und Norm des superficiarischen Quasibesitzes und Rechtes voraus, mag in der Formel nun locationis sive conductionis, oder, wie wahrscheinlicher, locationis sive venditionis gestanden haben (S. 812 fg.). Materiell konnte diese locatio conductio, emtio venditio durch Niedrigkeit des Zinses, entweder vornherein so gut wie Schenkung sein [3]) oder nachträglich, mit sinkendem Geldwerthe, dazu werden; aber formell, und der juristischen Konsequenz (für den Fall der Nichtzinsung) nach blieb sie stets jener obligatorische Contract. Eine irgend sichere Spur, daß unsere Rechte anders als durch diesen gegründet worden seien, kommt in den Quellen nicht vor [4]). In ihnen sind dieselben nur ihrer Wirkung, nicht auch ihrer Entstehung oder Begründung nach dem Contracte entwachsen; Dinglichkeit ist ihnen von oben beigelegt; Voraussetzung überall jene bestimmte contractliche Beliebung.

Die Neueren nun aber haben, das jus in re der Superficies und Emphyteuse mit dem der Servituten in Eine Linie stellend, jene Dinglichkeit fast übereinstimmend von der Contractlichkeit entbunden, und alle die Entstehungsgründe, wie sie für die Servituten vorkommen, namentlich Schenkung, Vermächtniß, Ersitzung auch für die S. und E. zugelassen [5]), es sei nun, daß sie daneben die Zinspflicht noch festhalten, oder auch diese preisgeben [6]) Damit verfährt man freilich vielmehr constitutiv als in-

1) bezügl. der S. s. oben §. 202 Anm. 19; bezüglich der E. s. die const. Zenoniana: l. 1 C. h. t. 4, 66 §. 3 J. loc. cond. 3, 25.

2) bei der Emphyteuse: l. 1 C. § 3 J. citt.

3) und allenfalls auch Schenkung heißen, wie manche Erbzinsleihen bei Arnold, a. a. O, z. B S. 30.

4) vgl. oben §. 202 Anm. 37 - 41.

5) s. statt Aller in Betreff der S. Wächter, §§. 8 – 13; in Betreff der E. Arndts, a. a. O. S. 867 unten bis S. 868.

6) was man jedoch nur bezüglich der Superficies, nicht auch bezüglich der Emphyteuse auf sich nimmt.

terpretativ, und das allem Anſcheine nach ohne praktiſches Bedürfniß.

Damit, daß man einen Contract zur Begründung der S. und E. fordert, iſt nicht geſagt, daß auch die Dinglichkeit dieſer Rechte mit dem bloßen Contracte da ſei [7]). Ein anderes als die Begründung iſt die Veräußerung (der ſchon begründeten) S. oder E.; dieſe iſt aus allen den Gründen und in allen den Arten möglich, in und aus denen Eigenthum veräußert werden kann [8]).

Die Endigung der S. und E. erfolgt durch Privation in den geſetzlichen oder verabredeten Fällen (§. 204), — durch gänzlichen Untergang des ſuperficiariſchen oder emphyteuticariſchen Grundſtückes [9]), — die S. durch bloßen Untergang des Gebäudes nur, wenn eine ſ. g. Superficies als bloßes Recht an dieſem Gebäude errichtet ſein ſollte [10]), — durch Conſolidation [11]), — durch Ablauf der außerordentlicherweiſe geſteckten Friſt [12]), — nach herrſchender, jedoch durch die Quellen nicht unterſtützter, auch an und für ſich nicht unbedenklicher [13]), ſo denn auch nicht unwiderſprochener [14]) Anſicht durch irgend eine Verjährung [15]), welche u.

---

7) ſ. dagegen Windſcheid, §. 221 Anm. 3 und die dort Agff.; hinwider aber l. 12 §. 2 D. Publ. — Si forte b. f. mihi tradita sunt — und die Vergleichung mit den Servituten oben §. 197 Anm. 8—11.

8) l. 1 §. 7 D. h. t. 43, 18 l. 3 C. h. t. 4, 66 §. 3 J. h. t. 3, 25. Wächter, S. 105 §. 13. Arndts, S. 877 fg.

9) l. 1 C. h. t. 4, 66 — si quidem tanta emerserit clades quae prorsus etiam ipsius rei quae per emphyteusim data est, faciat interitum — und oben §. 202 Anm. 7 §. 203 Anm. 4.

10) ſ. oben S. 814 fg. und vgl. Wächter's dogmengeſchichtliche Erörterung §. 14 III.

11) z. B. l. 86 §. ult. D. leg. I. (30). Lauterbach, l. cit. nro. 36. Wächter, S. 110 Alin. 2.

12) ſ. oben §. 202 Anm. 29—33. Lauterbach, nro. 36 in f.

13) Wächter, S. 109 unten —

14) z. B. Göſchen, Vorll. Bd 2 S. 305, aber auch Wächter, S. 115. Vgl die folgende Anm. a. E

15) durch Erſitzung des Grundeigenthums als eines, das von S. oder E. frei ſei (Unterholzner, Schmid, Vangerow) — durch Erſitzung der Eigenthumsfreiheit von Seite des gegenwärtigen Grundeigenthümers (Arndts) — durch Nonuſus mit libertatis usucapio (Windſcheid in der 4. Aufl. §. 222. 3) — durch bloßen Nonuſus (Windſcheid, in der 1. Aufl.) Ueber all das Wächter, §. 14 II., der höchſtens eine Verjährung der Klage des Superficiars gegen den Grundherren, dagegen keine erlöſchende Verjährung des Rechtes ſelbſt zuläßt (S. 115).

E. noch am ehesten in bloßem Nonusus bestehen könnte [16]), — nach herrschender und u. E. begründeter Ansicht durch Derelic-tion [17]).

---

16) da mit diesem auch eine Nichtzinsung concurriren, und infolge dessen auch ein Privationsfall (§. 204) begründet sein wird.

17) gegen das Bedenken aus der Zinspflicht, s. Wächter, S. 122 „der Grundeigenthümer habe seine Sicherheit für das Solarium wesentlich in der Superficies selbst zu suchen, — die Verbindlichkeit zum Solarium ein solches Accessorium des Superficiarrechtes, das mit dem Rechte steht und fällt" — dann die Thatsache, daß bereits in der Veräußerung der S. und E. „das Obligationenartige des Vermächtnisses zurück- und das Eigenthumsartige hervortritt" (meine 1. Pand.-Aufl. S. 289). Vgl. auch Arndts, a. a. O. S. 871 unten u. fg. Dagegen Windscheid, §. 222 Anm. 3.

2598



27 AVR 1982