



31217

# Pandekten

VON

**Heinrich Dernburg,**

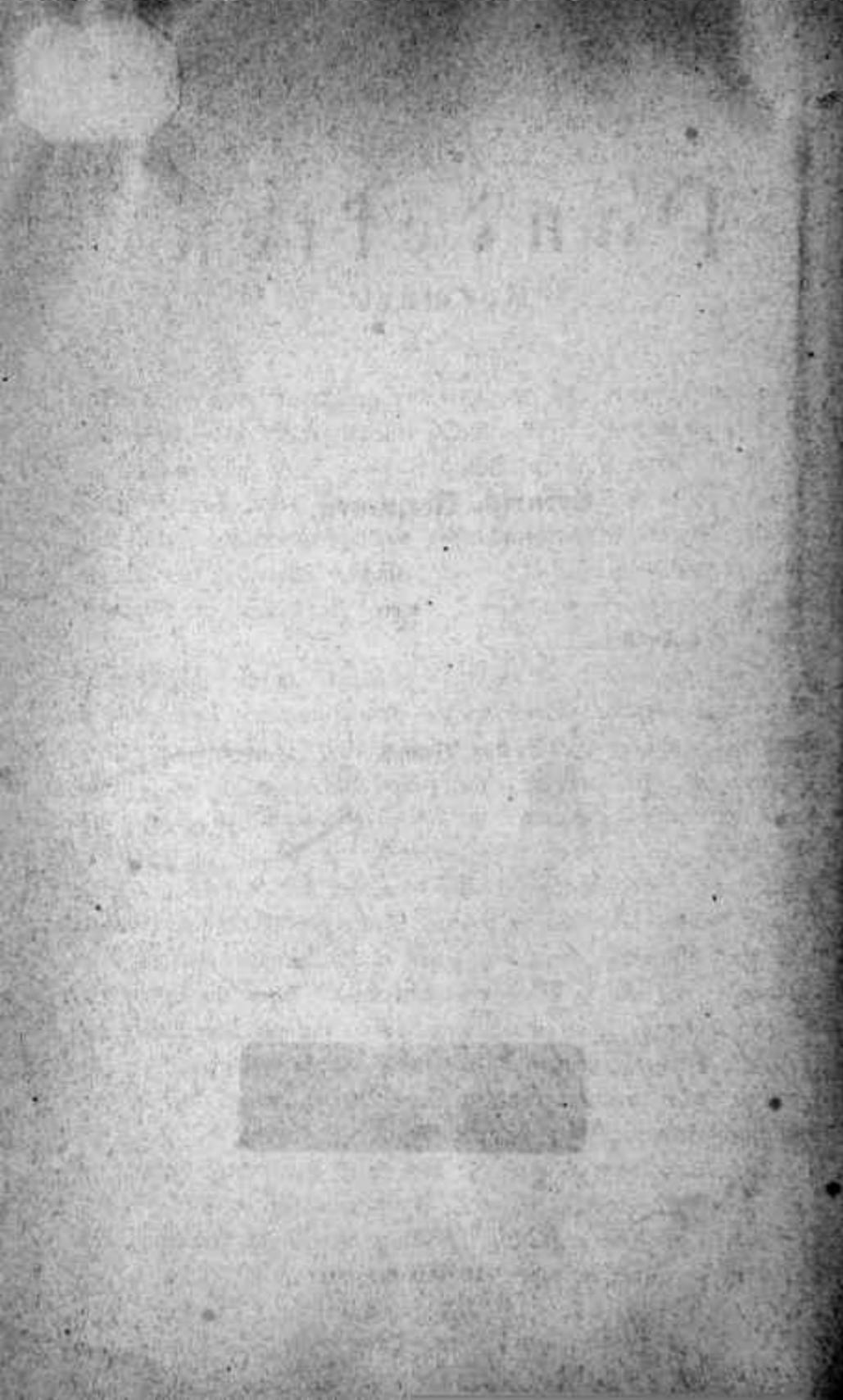
ordentlichem Professor des Rechts an der Universität Berlin.

Erster Band.



**Berlin 1884.**

Verlag von H. W. Müller.



## Vorwort.

Den Jüngern und Freunden der gemeinrechtlichen Wissenschaft übergebe ich hiermit die ersten Theile einer Darstellung der Pandekten, die ich in kurzer Frist zu vollenden hoffe. Seit Jahren stand der Gedanke dieses Werkes vor mir. Aber zunächst nahm mich eine andere wichtige Aufgabe in Anspruch. Als diese im wesentlichen gelöst war, schien es mir kaum möglich bei der vielfachen Thätigkeit, die mir obliegt, Zeit und Kraft zu gewinnen, um eine Darstellung der Pandekten würdig zu vollenden.

Doch der Gedanke ist mächtiger geworden als die Bedenken, die ihm entgegenstanden. Sowie ich die Arbeit begonnen hatte, war ich durch sie gefangen. Welche Befriedigung, den Stoff, den ich oftmals vorgetragen hatte, nunmehr nach allen Richtungen mit gespannter Kraft durchzudenken, Zweifel zu lösen, welchen ich bisher nicht auf den Grund gehen konnte, Anschauungen feste Gestalt zu geben, die bisher nur unbestimmtere Umrisse bei mir hatten! Nicht wenige Grundgedanken konnte ich in meinem Buche über preussisches Privatrecht nur andeuten. Nun erst hatte ich Gelegenheit, sie näher zu entwickeln, hier und da richtiger zu bestimmen. Denn die Erörterung der Grundbegriffe kann zum großen Theile nur auf dem Boden des gemeinen Rechtes geschehen. Vor allem war mir wichtig, daß ich manches weiter ausführen durfte, was ich in meinen Vorlesungen über Pandekten nur kurz berühren konnte.

Der studirenden Jugend ist dies Werk bestimmt. Gelingt es mir, sie im Studium zu fördern, so ist sein Ziel erreicht. Sollte auch der in der Praxis stehende Jurist in dem Buche Anregung und Unterstützung finden, so wäre dies hochoerwünscht.

Dreierlei scheint mir erforderlich, damit ein Buch über Pandekten den Zweck der Förderung des wissenschaftlichen Studiums voll erreicht.

Ein solches Buch soll eine Anleitung zum gründlichen Studium des *corpus juris civilis*, insbesondere der justinianischen Pandekten geben. Sowie wir tiefer in dieses Werk einzudringen versuchen, scheiden sich die einzelnen Juristen, deren Aussprüche aufgenommen sind, scharf und bestimmt als Individualitäten. Auch dem Studirenden sollten wir die alten Meister des Pandektenrechtes in ihrer Eigenart vorführen; er soll die einzelnen — einen Celsus, Papinian, Paulus und viele andere — achten und verehren lernen. Um dies anzubahnen, sind in diesem Buche zahlreiche Kernsprüche der klassischen Juristen abgedruckt, keineswegs bloß um als Belegstellen für unsere Ausführungen zu dienen. Sie sollen dem Studirenden vertraut werden, wie die Worte unserer litterarischen Klassiker, sie mögen zu einem dauernden Besitz derselben werden. Und wenn er sich der trefflichen Aussprüche freut, so sollen ihm auch die Namen derer gegenwärtig sein, denen er sie verdankt. Aus diesem Grunde haben wir hier jedem vollständig abgedruckten Spruch den Namen seines Urhebers beigefügt. So wird, wie ich hoffe, mancher angeregt, über das beschränkte Material, welches hier angeführt werden kann, hinauszugehen und die Quelle selbst in die Hand zu nehmen.

Die Pandekten sollen ferner nicht in einer dünnen Dogmatik bestehen, die Rechtsätze, um die es sich hier handelt, haben eine Entwicklungsgeschichte, die über zwei Jahrtausende hinausreicht. In einem zusammenfassenden Werk kann dies nicht in das Detail hinein durchgeführt werden. Aber bei jedem Schritt sollen wir bewußt bleiben, daß wir auf historischem Boden stehen, daß es sich hier um die Geistesarbeit vieler Generationen handelt. Das Gewinnen dieser Anschauung ist das wichtigste Resultat, welches das juristische Universitätsstudium erzielen kann.

Aus dem historischen Rahmen muß endlich das praktische Recht breit und konkret hervortreten. Denn die Pandekten sind nicht eine bloß historische Lehre. Sie haben von jeher das System des geltenden

Privatrechtes dargestellt. Diese Aufgabe müssen sie festhalten. Daher muß auch die Einwirkung des heutigen Reichsrechtes auf das System beachtet werden, nicht bloß hier und da in mehr dilettantischer Weise, sondern folgerecht und planmäßig. Dabei handelt es sich nicht um Anführung jeder Einzelheit, sondern um das, was für das System von einschneidender Bedeutung ist. Auch die Praxis des Reichsgerichtes ist in den Bereich der Betrachtung zu ziehen. Hier tritt die Bedeutung der theoretischen Sätze besonders lebhaft hervor. Es ist dies ein Element, welches, richtig gewürdigt, auch dem theoretischen Studium förderlich sein kann.

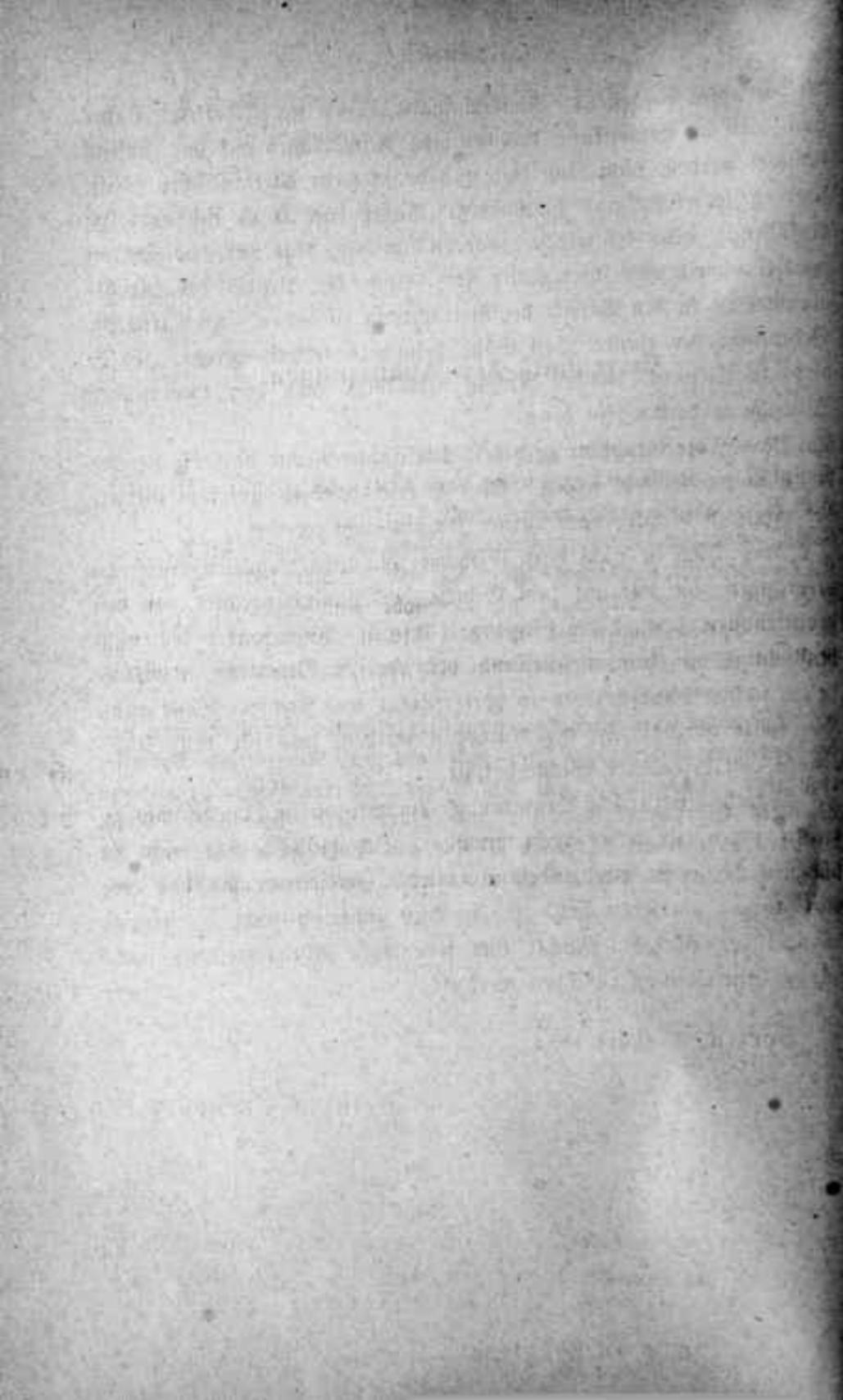
Neben der Geschichte und dem praktischen Rechte darf die Leuchte der Philosophie nicht fehlen. Aber Herrin darf sie auf dem Gebiete des positiven Rechtes nach meiner Ansicht nicht werden.

Dies Buch ist nicht dazu bestimmt, die ausgezeichneten Werke zu verdrängen, die wir auf dem Gebiete des Pandektenrechtes von den bedeutendsten Juristen der Gegenwart besitzen. Insbesondere war nicht beabsichtigt, die Zusammenstellung der neueren Litteratur zu wiederholen, welche Windscheid in so vortrefflicher und fleißiger Weise giebt. Hier sollte vorzugsweise hervorgehoben werden, was für den Studierenden von besonderer Wichtigkeit ist.

Manche litterarische Erscheinung, die mir diesem Zwecke nicht zu dienen schien, ist daher nicht erwähnt. Ich bitte, daraus nicht zu schließen, daß sie mir unbekannt blieb. Immerhin mag das eine oder andere übersehen sein. Es ist dies sicherlich nicht der einzige Mangel des Buches. Möchte ihm freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung zu Theil werden!

Berlin, 3. März 1884.

Heinrich Dernburg.



## Verzeichniß der Abkürzungen.

Not.D. = Notariatsordnung von 1512.

R.Pol.D. = Reichspolizeiordnung von 1530, 1548, 1577.

H.G.B. = deutsches Handelsgesetzbuch.

C.P.D. = deutsche Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877.

R.D. = deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877.

R.D.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

R.G. in Strafsachen = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Die wichtigeren Compendien und Handbücher der Pandekten und des deutschen Privatrechts sind bloß mit den Namen der Verfasser angeführt. Das gleiche gilt von Unger, österreichisches Privatrecht. Wächters Württembergisches ist mit Würt. P.R. bezeichnet, Roth, deutsches Privatrecht ist als d. P.R., sein Bayerisches Civilrecht als bayer. C.R., mein Preußisches Privatrecht als Preuß. Pr.Recht angeführt.

Verzeichnis der Abhandlungen

1. Die Bedeutung der Abhandlungen  
2. Die Abhandlungen der  
3. Die Abhandlungen der  
4. Die Abhandlungen der  
5. Die Abhandlungen der  
6. Die Abhandlungen der  
7. Die Abhandlungen der  
8. Die Abhandlungen der  
9. Die Abhandlungen der  
10. Die Abhandlungen der

# Inhaltsübersicht.

## Einleitung.

### Das gemeine Recht, seine Quellen und seine Literatur.

§	1.	Bildung und Begriff des gemeinen Rechtes . . . . .	Seite 1
---	----	--	------------

### Erstes Kapitel. Die Bestandtheile des gemeinen Rechtes.

§	2.	Uebersicht . . . . .	4
---	----	----------------------	---

#### I. Das römische Recht.

##### A. Die Reception des römischen Rechtes.

§	3.	Geschichte der Reception des römischen Rechtes . . . . .	4
§	4.	Das Maß der Reception des römischen Rechtes . . . . .	7
§	5.	Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen . . . . .	11

##### B. Das corpus juris civilis.

§	6.	Charakter der justinianischen Kodifikation . . . . .	13
§	7.	Gesammtausgaben des corpus juris. Citirmethode . . . . .	14
§	8.	1. Die Institutionen . . . . .	16
§	9.	2. Die Pandekten . . . . .	17
§	10.	3. Der codex constitutionum . . . . .	20
§	11.	4. Die Novellen . . . . .	22

#### II. Das kanonische Recht.

§	12.	1. Das corpus juris canonici . . . . .	23
§	13.	Die Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland . . . . .	25

#### III. Die einheimischen Rechtsquellen.

§	14.	Rechtsquellen vor der Stiftung des norddeutschen Bundes . . . . .	27
§	15.	Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches . . . . .	29

## Zweites Kapitel. Litteratur des Pandektenrechtes.

§§	16. Die civilistische Litteratur bis zum 18. Jahrhundert . . . . .	30
	17. Naturrechtliche und historische Schule . . . . .	35
	18. Die wichtigsten litterarischen Hülfsmittel . . . . .	38

## Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

### Erster Abschnitt. Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

#### Erstes Kapitel. Begriff des Rechtes im objektiven Sinne. Eintheilungen.

§§	19. Das Wesen des Rechtes im objektiven Sinne . . . . .	42
	20. Civilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale . . . . .	43
	21. Öffentliches und privates Recht . . . . .	45
	22. Klassifikation der Privatrechte . . . . .	48

#### Zweites Kapitel. Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§§	23. Die rechtsbildenden Faktoren . . . . .	51
	24. a) Gesetzgebung. Römisches Recht . . . . .	52
	25. Gesetzgebung in Deutschland . . . . .	54
	26. b) Gewohnheitsrecht. Allgemeiner Charakter . . . . .	56
	27. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes . . . . .	58
	28. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes . . . . .	60
	29. c) Gerichtsgebrauch . . . . .	62
	30. Außerkrafttreten der Gesetze . . . . .	65

#### Drittes Kapitel. Arten der Rechtsnormen.

§§	31. Zwingende Gesetze . . . . .	67
	32. Nichtzwingende Gesetze . . . . .	69
	33. Singuläres Recht. Historische Anomalien . . . . .	71

#### Viertes Kapitel. Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§§	34. Die Gesetze der Interpretation . . . . .	73
	35. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation . . . . .	74
	36. Interpretation des corpus juris civilis . . . . .	78
	37. Authentische Interpretation . . . . .	82
	38. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache . . . . .	84

#### Fünftes Kapitel. Recht im subjektiven Sinne.

§§	39. Begriff des Rechtes. Der Anspruch . . . . .	86
	40. Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut . . . . .	88
	41. Die Ausübung der Rechte . . . . .	89
	42. Kollision der Rechte . . . . .	91

## Sechstes Kapitel. Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

### A. Die Beziehung neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§	43.	Ausschließung der Rückwirkung . . . . .	93
§	44.	Rückwirkende Gesetze . . . . .	97

### B. Internationales Privatrecht.

§	45.	Allgemeine Grundsätze . . . . .	99
§	46.	Personalstatuten. Domicil . . . . .	101
§	47.	Ortsrecht der belegenen Sache . . . . .	104
§	48.	Andere Regeln des internationalen Privatrechtes. Forderungsrechte . . . . .	105

## Zweiter Abschnitt. Das Rechtssubjekt.

§	49.	Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit . . . . .	108
---	-----	--	-----

### Erstes Kapitel. Von den natürlichen Personen.

#### A. Die Existenz der natürlichen Person.

§	50.	Beginn und Ende der Persönlichkeit . . . . .	110
§	51.	Lebenspräsumtion. Todeserklärung . . . . .	115

#### B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der natürlichen Personen.

§	52.	Gewaltfreie und Gewaltuntergebene . . . . .	119
§	53.	Die Altersstufen. Römisches Recht . . . . .	120
§	54.	Altersstufen. Gemeines Recht . . . . .	123
§	55.	Rechtsstellung der Frauen . . . . .	125
§	56.	Geistesranke . . . . .	126
§	57.	Berschwender . . . . .	128
§	58.	Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung . . . . .	130

### Zweites Kapitel. Die juristischen Personen.

#### A. Allgemeines. Die Arten.

§	59.	Verhältniß der juristischen zur natürlichen Person . . . . .	134
§	60.	Personengesamtheiten . . . . .	137
§	61.	Gegensatz von Korporation und Gesellschaft . . . . .	139
§	62.	Anstalten und Stiftungen . . . . .	143

#### B. Entstehung und Ende.

§	63.	Begründung der juristischen Personen . . . . .	145
§	64.	Ende der juristischen Person . . . . .	147

#### C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§	65.	Die Organisation der juristischen Personen . . . . .	149
§	66.	Repräsentation der juristischen Person . . . . .	151

## Dritter Abschnitt. Von den Sachen.

### I. Vermögen und Vermögensbestandtheile.

§§	67. Körperliche, unkörperliche Sachen . . . . .	154
§§	68. Sondervermögen und Sachgesamtheiten . . . . .	156

### II. Die res extra commercium.

§§	69. 1. Objekte des Gemeingebrauches . . . . .	158
§§	70. 2. Res divini juris . . . . .	159
§§	71. 3. Die öffentlichen Sachen . . . . .	161
§§	72. Öffentliche Wege . . . . .	163
§§	73. Flüsse, Seen . . . . .	164

### III. Arten der körperlichen Sachen.

§§	74. Immobilien und Mobilien . . . . .	166
§§	75. Vertretbare, verbrauchbare Sachen . . . . .	169
§§	76. Theilbarkeit . . . . .	170
§§	77. Pertinenzien . . . . .	172
§§	78. Frucht . . . . .	174

## Vierter Abschnitt. Rechtserwerb und Rechtsverlust.

### Erstes Kapitel. Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

§§	79. Die juristischen Thatsachen . . . . .	177
§§	80. Der Rechtserwerb . . . . .	178
§§	81. Succession . . . . .	180
§§	82. Das Datum der Rechte . . . . .	183
§§	83. Veränderung und Endigung der Rechte . . . . .	185
§§	84. Anerkennung und Genehmigung . . . . .	187
§§	85. Privilegien . . . . .	190

### Zweites Kapitel. Rechtlichwichtige Momente der Thatbestände.

#### I. Unrecht. Irrthum.

§§	86. Objektives und subjektives Unrecht. Verschuldung . . . . .	193
§§	87. Unwissenheit und Irrthum . . . . .	197

#### II. Zeit.

§§	88. Civilkomputation und Naturalkomputation . . . . .	200
§§	89. Die Civilkomputation im einzelnen . . . . .	202
§§	90. Tempus continuum und utile . . . . .	205

### Drittes Kapitel. Die Rechtsgeschäfte.

#### I. Begriff. Arten.

§§	91. Begriff des Rechtsgeschäftes . . . . .	207
§§	92. Hauptarten der Rechtsgeschäfte . . . . .	211

#### II. Bestandtheile des Rechtsgeschäftes.

§§	93. Die Essentialien des Geschäftes . . . . .	213
§§	94. Bewegungsgründe . . . . .	214
§§	95. Die causa der vermögensmindernden Geschäfte . . . . .	216

## II. a) Willenserklärung.

Seite

96.	Bedeutung der Willenserklärung . . . . .	218
97.	Formelle und formlose Geschäfte . . . . .	219
98.	Erklärung bei formlosen Geschäften . . . . .	221

## III. Zwiespalt zwischen Willenserklärung und Willen.

99.	Die Bedeutung des Willenmomentes . . . . .	224
100.	Simulirte, dissimulirte, fiduciarische Geschäfte . . . . .	227
101.	Geschäftsirrthum. Einleitung . . . . .	229
102.	Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrthum . . . . .	231
103.	Zwang . . . . .	234
104.	Betrug . . . . .	238

## IV. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

## a) Bedingungen.

105.	Wesen der Bedingungen . . . . .	240
106.	Form und Arten der Bedingungen . . . . .	243
107.	Uneigentliche Bedingungen . . . . .	245
108.	Der Wille des Verpflichteten als Bedingung . . . . .	247
109.	Suspensivbedingungen. Schwebezustand . . . . .	249
110.	Die Entscheidung der Bedingung . . . . .	251
111.	Rechtsfolgen der Entscheidung . . . . .	253
112.	Resolutivbedingungen . . . . .	255

## b) Zeitbestimmungen.

113.	Gewisse und ungewisse Zeit . . . . .	258
114.	Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen . . . . .	259
115.	Modus . . . . .	262
116.	Allgemeines über Nebenbestimmungen . . . . .	265

## V. Stellvertretung.

117.	Begriff und Arten der Stellvertretung . . . . .	267
118.	Stellvertretung nach römischem Rechte . . . . .	269
119.	Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte . . . . .	271

## VI. Fehlerhafte Geschäfte.

120.	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit . . . . .	274
121.	Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte . . . . .	277
122.	Konvalescenz fehlerhafter Geschäfte . . . . .	278

## VII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

123.	Auslegung . . . . .	279
124.	Beurtheilung nach Billigkeit und Recht . . . . .	281

## Fünfter Abschnitt. Der Rechtsschutz.

## Erstes Kapitel. Selbsthülfe und Rechtshülfe.

125.	Selbsthülfe . . . . .	283
126.	Rechtshülfe . . . . .	286

## Zweites Kapitel. Die Klagerechte.

§ 127.	Begriff des Klagerechtes . . . . .	288
§ 128.	Das römische Aktionensystem . . . . .	290
§ 129.	Persönliche und dingliche Klagen . . . . .	293
§ 130.	Straffklagen . . . . .	294
§ 131.	Konditionen, bonae fidei actiones . . . . .	295
§ 132.	Actio simplex und duplex . . . . .	298
§ 133.	Actiones arbitrariae, Erfüllungs- und Ersatzklagen . . . . .	299
§ 134.	Feststellungsklagen . . . . .	301
§ 135.	Verwandte und konkurrierende Klagen . . . . .	303
§ 136.	Endigung der Klagerechte . . . . .	306

## Drittes Kapitel. Die Exceptionen.

§ 137.	Begriff der Exceptionen und Replikten . . . . .	308
§ 138.	Arten der Exceptionen . . . . .	312

## Viertes Kapitel. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 139.	Begriff der Restitution . . . . .	315
§ 140.	Verletzung . . . . .	318
§ 141.	Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe . . . . .	319
§ 142.	Restitution gegen nothgedrungene Versäumnisse . . . . .	322
§ 143.	Durchführung der Restitution . . . . .	325

## Fünftes Kapitel. Die Klagenerjährung.

§ 144.	Die Verjährung im allgemeinen . . . . .	328
§ 145.	Entwicklung und Begriff der Klagenerjährung . . . . .	330
§ 146.	Beginn der Klagenerjährung . . . . .	334
§ 147.	Zeitablauf. Ruhen der Verjährung . . . . .	337
§ 148.	Unterbrechung der Klagenerjährung . . . . .	339
§ 149.	Bona fides . . . . .	342
§ 150.	Die Wirkungen der Klagenerjährung . . . . .	343

## Sechstes Kapitel. Die Streitsache und ihre Verhandlung.

## I. Methode der Individualisirung.

§ 151.	Römische Individualisirung der Streitsache . . . . .	345
§ 152.	Individualisirung der Streitsache nach heutigem Rechte . . . . .	348

## II. Veränderungen der Streitsache während des Prozesses.

§ 153.	Litiscontestatio und Klageerhebung . . . . .	350
§ 154.	Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurtheilung . . . . .	352
§ 155.	Veräußerung des Streitobjektes . . . . .	355

## III. Die Verhandlung der Streitsache.

§ 156.	Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß . . . . .	357
§ 157.	Der Klagevortrag . . . . .	358
§ 158.	Verteidigung . . . . .	360
§ 159.	Die Beweislast . . . . .	361
§ 160.	Die unvorordenliche Zeit . . . . .	363

## IV. Das Urtheil über die Streitfache.

§ 161.	Formelle und materielle Rechtskraft . . . . .	365
§ 162.	Die exceptio rei judicatae . . . . .	367
§ 163.	Die Rechtskraft nach Reichsrecht . . . . .	370
§ 164.	Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte . . . . .	373

## V. Schiedsrichterliche Entscheidung.

§ 165.	Das römische Kompromiß . . . . .	374
§ 166.	Das schiedsrichterliche Verfahren nach Reichsrecht . . . . .	376

## Siebentes Kapitel. Sicherung von Ansprüchen.

§ 167.	Kautionen und Missionen . . . . .	379
§ 168.	Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen . . . . .	381

## Zweites Buch. Die Sachenrechte.

## Erster Abschnitt. Der Besitz.

## Erstes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze.

§ 169.	Begriff des Besitzes . . . . .	383
§ 170.	Der Schutz des Besitzes . . . . .	386
§ 171.	Die Entwicklung der Besitzinterdikte . . . . .	389

## Zweites Kapitel. Die Arten des Besitzes.

§ 172.	Der juristische Besitz und die Detention . . . . .	392
§ 173.	Die Fälle des juristischen Besitzes . . . . .	394
§ 174.	Die Fälle der Detention . . . . .	396
§ 175.	Eintheilungen und Namen des Besitzes . . . . .	397

## Drittes Kapitel. Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes.

§ 176.	Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	399
§ 177.	Ursprünglichkeit des Besitzerverwerbes . . . . .	400
§ 178.	Die Apprehension . . . . .	401
§ 179.	Der Besitzwille . . . . .	406
§ 180.	Besitzwerb durch Stellvertreter . . . . .	408
§ 181.	Besitzübertragung durch Erklärung . . . . .	412
§ 182.	Besitzverlust . . . . .	414
§ 183.	Verlust im Falle der Stellvertretung . . . . .	417

## Viertes Kapitel. Die Besitzklagen.

## I. Allgemeines.

§ 184.	Wesen der Besitzklagen . . . . .	419
--------	----------------------------------	-----

## II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 185.	Charakter der besitzerhaltenden Interdikte . . . . .	421
§ 186.	Die ordentliche Besitzklage . . . . .	423
§ 187.	Das summariissimum . . . . .	426

## III. Recuperatorische Besitzklagen.

§ 188.	Römische recuperatorische Besitzklagen . . . . .	427
§ 189.	Spolieneinrede und Spolienklage . . . . .	429

## Fünftes Kapitel. Rechtsbesitz.

§ 190.	Servitutenebesitz . . . . .	432
§ 191.	Rechtsbesitz im gemeinen Rechte . . . . .	433

## Zweiter Abschnitt. Das Eigenthumsrecht.

## Erstes Kapitel. Begriff und Inhalt des Eigenthumsrechtes.

## I. Eigenthum und gutgläubiger Besitz.

§ 192.	Dingliche Rechte und Eigenthum . . . . .	434
§ 193.	Bonitarisches, provinzielles Eigenthum . . . . .	438
§ 194.	Der gutgläubige Besitz . . . . .	441

## II. Miteigenthum.

§ 195.	Begriff des Miteigenthumes . . . . .	445
§ 196.	Rechtsstellung der Miteigenthümer . . . . .	449
§ 197.	Die Theilungsklage . . . . .	451

## III. Inhalt des Eigenthumsrechtes.

§ 198.	Eigenthumsbelastungen . . . . .	455
§ 199.	Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines . . . . .	458
§ 200.	Nachbarrecht. Positive Bestimmungen . . . . .	460

## Zweites Kapitel. Erwerb und Verlust des Eigenthumes.

## I. Allgemeines.

§ 201.	Die Erwerbarten . . . . .	462
§ 202.	Das Eigenthumsrecht und die Sache . . . . .	463

## II. Okkupation und Specification.

§ 203.	Okkupation . . . . .	464
§ 204.	Specification . . . . .	466

## III. Die Fälle der Accession.

§ 205.	Der Fruchterwerb . . . . .	469
§ 206.	Der Schätzerwerb . . . . .	472
§ 207.	Erwerb nach Uferrecht . . . . .	474

		Seite
§ 208.	Incorporation in Grundstücke . . . . .	476
§ 209.	Incorporation in Mobilien . . . . .	477
§ 210.	Konfusion und Kommixtion . . . . .	479

IV. Derivative Erwerbarten.

§ 211.	Die Tradition . . . . .	480
§ 212.	Legitimation des Tradenten . . . . .	482
§ 213.	Uebereignungswille . . . . .	483
§ 214.	Die Besitzübergabe . . . . .	486
§ 215.	Bedingte Tradition . . . . .	487
§ 216.	Die exceptio rei venditae et traditae . . . . .	489
§ 217.	Veräußerungsverbote . . . . .	492
§ 218.	Eigenthumszuthheilung durch Richterspruch . . . . .	494

V. Die Ersitzung.

§ 219.	Begriff und Geschichte der Ersitzung . . . . .	496
§ 220.	Erfordernisse der Ersitzung . . . . .	499
§ 221.	Vollendung der Ersitzung . . . . .	505
§ 222.	Die außerordentliche Ersitzung . . . . .	508

VI. Die Endigung des Eigenthumsrechtes.

§ 223.	Fälle der Beendigung des Eigenthumes . . . . .	510
--------	--	-----

Drittes Kapitel. Die Klagen des Eigenthümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 224.	Die Eigenthumsklage . . . . .	512
§ 225.	Die Parteien bei der Eigenthumsklage . . . . .	514
§ 226.	Form und Inhalt der vindication . . . . .	519
§ 227.	Retentionsrechte gegenüber der vindication . . . . .	522
§ 228.	Die publicianische Klage . . . . .	524

II. Persönliche Klagen.

§ 229.	a) Die Grenzscheidungsklage . . . . .	528
§ 230.	b) Cautio damni infecti . . . . .	531
§ 231.	Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen . . . . .	533
§ 232.	c) Actio aquae pluviae arcendae . . . . .	536
§ 233.	d) Die operis novi nuntiatio . . . . .	539
§ 234.	e) Das interdictum quod vi aut clam . . . . .	545

Dritter Abschnitt. Die Servituten.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Servituten.

§ 235.	Begriff und Haupteintheilung der Servituten . . . . .	550
§ 236.	Dinglicher Charakter der Servituten . . . . .	553
§ 237.	Verhältniß der Servitut zum Eigenthumsrechte . . . . .	557

**Zweites Kapitel. Die Prädialservituten.****I. Allgemeine Grundsätze.**

S	238.	Begriff und Wesen der Prädialservituten . . . . .	560
S	239.	Einteilungen der Prädialservituten . . . . .	563
S	240.	Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück . . . . .	565
S	241.	Untheilbarkeit der Prädialservituten . . . . .	569

**II. Die einzelnen Grundgerechtigkeiten.**

S	242.	Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte . . . . .	571
S	243.	Andere Felddienstbarkeiten . . . . .	574
S	244.	Gebäudeservituten . . . . .	575

**Drittes Kapitel. Die persönlichen Servituten.**

S	245.	Die Arten der Personalservituten . . . . .	580
S	246.	Der Nießbrauch . . . . .	581
S	247.	Rechte des Nießbrauchers . . . . .	584
S	248.	Die Rechte des Proprietars und die Pflichten des Nießbrauchers . . . . .	587
S	249.	Uneigentlicher Nießbrauch . . . . .	592
S	250.	Personalservituten beschränkten Inhaltes . . . . .	596

**Viertes Kapitel. Entstehung und Endigung der Servituten.**

S	251.	Begründung der Servitut durch Rechtsgeſchäft . . . . .	599
S	252.	Die Servitutenerſizung . . . . .	603
S	253.	Richterspruch und Geſetz . . . . .	606
S	254.	Untergang der Servituten . . . . .	607

**Fünftes Kapitel. Rechtsmittel des Servitutenrechtes.**

S	255.	Die actio confessoria . . . . .	611
S	256.	Die actio negatoria . . . . .	615
S	257.	Klagen zum Schutze des Servitutenbeſizes . . . . .	618

**Vierter Abschnitt. Superficies und Emphyteuſis.**

S	258.	Entwicklung von Superficies und Emphyteuſis . . . . .	621
S	259.	Superficies . . . . .	625
S	260.	Emphyteuſis . . . . .	628

**Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.****Erstes Kapitel. Wesen und Geschichte.**

S	261.	Begriff des Pfandrechtes . . . . .	631
S	262.	Dinglicher Charakter des Pfandrechtes . . . . .	635
S	263.	Fiducia und Hypothek . . . . .	637
S	264.	Die Formalisirung des Pfandrechtes in Deutschland . . . . .	640

**Zweites Kapitel. Voraussetzungen des Pfandrechtes.****I. Die Entstehungsgründe.**

S	265.	Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im allgemeinen . . . . .	643
---	------	--	-----

		Seite
a) Die freiwillige Bestellung.		
§ 266.	Die regelrechte Pfandkonvention . . . . .	644
§ 267.	Pfandkonventionen über fremde Sachen . . . . .	645
b) Gesetzliche Pfandrechte.		
§ 268.	Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters . . . . .	648
§ 269.	Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte . . . . .	651
c) Richterliche Pfandrechte.		
§ 270.	Das pignus praetorium . . . . .	653
§ 271.	Pfändungspfandrecht . . . . .	655
II. Gegenstand des Pfandrechtes.		
§ 272.	Verpfändbare Gegenstände . . . . .	657
§ 273.	Umfang der Pfandhaftung . . . . .	659
III. Die versicherte Forderung.		
§ 274.	Die Arten der versicherten Forderung . . . . .	661
§ 275.	Umfang der versicherten Forderung . . . . .	663
<b>Drittes Kapitel. Die Wirkungen des Pfandrechtes.</b>		
I. Allgemeiner Charakter.		
§ 276.	Verhältniß des Pfandrechtes zum Eigenthum . . . . .	664
§ 277.	Ungetheiltheit der Pfandhaftung . . . . .	665
II. Der Besitz des Pfandes.		
§ 278.	Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers . . . . .	666
§ 279.	Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen . . . . .	668
III. Der Pfandverkauf.		
§ 280.	Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria . . . . .	669
§ 281.	Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes . . . . .	671
§ 282.	Die Wirkungen des Pfandverkaufes . . . . .	673
§ 283.	Die nothwendige Subhastation der Grundstücke . . . . .	675
IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.		
§ 284.	Die hypothekarische Klage . . . . .	677
§ 285.	Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers . . . . .	680
§ 286.	Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte . . . . .	682
<b>Viertes Kapitel. Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.</b>		
I. Die Rangordnung.		
§ 287.	Die normale Ordnung der Pfandrechte . . . . .	684
§ 288.	Privilegirte Pfandrechte . . . . .	685

	Seite
<b>II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.</b>	
§ 289. Rechte nachstehender Pfandgläubiger . . . . .	688
§ 290. Die hypothekarische Succession . . . . .	689
<b>Fünftes Kapitel. Ende des Pfandrechtes.</b>	
§ 291. Die dem Pfandrechte eigenthümlichen Beendigungsgründe . . . . .	693
§ 292. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechtes . . . . .	695
<b>Sechstes Kapitel. Verpfändung von Rechten.</b>	
§ 293. Verpfändung von Forderungen. Usterverpfändung . . . . .	698
§ 294. Verpfändung von Servituten . . . . .	702
-----	
Register der Parömien . . . . .	XXI
Sachregister . . . . .	705

## Register der Parömien.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parenthese stehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung.

- Agere non valenti non currit praescriptio 339 a 12 (147).  
Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit 472 (205).  
Cavere aut carere 532 (230), 588 (248).  
Cessante ratione cessat lex 65 a 2 (30).  
Correctoriae leges sunt stricte interpretandae 66 (30).  
Confessus pro judicato habetur 188 a 3 (84).  
Da mihi factum, dabo tibi jus 348 (152).  
Dies coeptus pro completo habetur 203 (89).  
Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat 362 a 8 (159).  
Exceptio doli inest bonae fidei judiciis 314 a 12 (138).  
Fructus sine usu esse non potest 586 a 13 (247).  
Hereditas personam defuncti sustinet 12 (50).  
Indivisa est pignoris causa 665 a 1 (277).  
In dubio contra fiscum 138 (60).  
In pari causa est potior causa possidentis 92 (41).  
Judicio contrahitur 179 (80).  
Jura novit curia 56 (25), 349 (152).  
Jus publicum privatorum pactis mutari non potest 67 a 1 (31).  
Legalia praesumuntur 56 a 8 (25).  
Lex posterior derogat priori 65 (30).  
Locus regit actum 105 (48).  
Malitiis non est indulgendum 90 a 7 (41).  
Minima non curat praetor 318 a 3 (140).  
Mobilia ossibus inhaerent 105 (47).  
Nasciturus pro jam nato habetur 112 (49).  
Ne bis de eadem re sit actio 367 a 2 (162).  
Negativa non sunt probanda 362 a 8 (159).  
Nemo damnum facit nisi qui id facit quod jus facere non habet 90 a 5 (41).  
Nemo sibi causam possessionis mutare potest 406 (179).  
Non exemplis sed legibus judicandum est 63 a 2 (29).  
Non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddi potest 72 (33).  
Nulli res sua servit 556 (236).

- Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur 90 a 4 (41).  
 Olim possessor, hodie possessor 424 (186), 505 a 5 (221).  
 Per liberam personam adquiri nobis non potest 270 (118).  
 Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse 569 a 2 (241).  
 Petitorium absorbet possessorium 420 a 6 (184).  
 Princeps legibus solutus 79 a 6 (36).  
 Prior tempore potior jure 685 (287).  
 Privilegiatus contra aequae privilegiatum non utitur privilegio 92 a 6 (42).  
 Quae ad agendum sunt temporalia ad excipiendum sunt perpetua 344 a 6 (150).  
 Qui excipit non fatetur 311 (137).  
 Qui jure suo utitur neminem laedit 90 a 4, 5 (41).  
 Qui prior tempore potior jure 685 (287).  
 Quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia 10 (4), 23 a 7 (11).  
 Qui tacet consentire videtur 223 (98).  
 Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 279 a 1 (122).  
 Quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias 72 (33).  
 Quum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat 77 a 10 (35).  
 Res judicata pro veritate accipitur 366 a 5 (161).  
 Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei 156 (68).  
 Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis 256 (112).  
 Reus in exceptionibus fit actor 361 a 3 (159).  
 Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem 74 (34).  
 Servitus in faciendo consistere nequit 553 (236).  
 Servitus servitutis esse non potest 556 a 14 (236).  
 Spoliatus ante omnia restituendus 432 a 13 (189).  
 Superficies solo cedit 158 (69), 476 (208).  
 Tantum praescriptum quantum possessum 571 a 2 (242).  
 Toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris 334 (146).  
 Utile per inutile non vitiatur 282 (124).
-

## Druckfehler.

- Seite 9 Anm. 4 lies: Windscheid Bd. 1 § 5 Ziff. 1 und 2.  
" 12 Zeile 14 lies: Nachjustinianische Quellen.  
" 12 Anm. 3 lies: Bonner corp. jur.  
" 12 Anm. 4 lies: 1833.  
" 14 unter b) lies: l. 82 statt l. 82 § 2.  
" 17 Anm. 3 lies: prooemium.  
" 19 Anm. 7 lies: l. 7 § 2.  
" 20 Zeile 6 lies: 529.  
" 32 ist hinter „übermittelt“ in der dritten Zeile Note 4 einzufügen.  
" 37 Zeile 7 lies: Friedrich Karl von Savigny.  
" 37 Anm. 3 lies: Gneccerus.  
" 40 Zeile 16 ist zwischen Marcus Antistius Labeo das Komma zu streichen.  
" 43 in der letzten Zeile des Textes ist Note 1 einzufügen.  
" 44 Anm. 8 lies: bonorum possessit.  
" 48 Anm. 3 lies: S. 340 Anm. b.  
" 54 Anm. 1 lies: S. 164.  
" 56 Anm. 10 lies: 8, 52.  
" 59 Anm. 1 lies: 1, 3 statt 1, 1.  
" 60 Anm. 4 lies: optinet.  
" 62 Anm. 5 lies: ut aut rationem.  
" 64 Anm. 5 lies: G.B. § 137, vgl. G.F.D. § 528.  
" 67 Zeile 3 des Textes ist Note 1 einzufügen.  
" 68 unter c) ist Note 6 einzufügen.  
" 68 Anm. 4 lies: sit statt est, fecit statt facit.  
" 68 Anm. 8 Zeile 3 lies: fiunt.  
" 73 Zeile 8 ist Note 1 einzufügen.  
" 77 Anm. 10 lies: Verkäufe und Empfangnahme.  
" 79 Anm. 7 lies: const. deo auctore.  
" 80 lies: Note 13, 14 statt 14, 15.  
" 80 Anm. 11 lies: § 15.  
" 80 Anm. 12 lies: l. 32 § 1.  
" 80 Anm. 13 lies: § 34 statt 33.  
" 84 Zeile 17 ist Note 3 einzufügen.  
" 90 Anm. 4 lies: urbieum statt urbinum.

- Seite 90 Anm. 7 lies: agrum meliorem.  
 " 92 Anm. 4 lies: favere.  
 " 94, 95, 96 am Kopfe lies: § 43.  
 " 95 Anm. 5 lies: cautum sit.  
 " 102 Anm. 2 Zeile 3 lies: rerumque ac fortunarum suarum.  
 " 106 Anm. 3 lies: Bd. 9 S. 227.  
 " 110 Anm. 1 lies: l. 3 § 1.  
 " 111 Anm. 4 lies: Paulus sent. IV. statt II.  
 " 112 Anm. 9 lies: l. 3 statt l. 3 pr.  
 " 112 Anm. 11 lies: tut. statt tit.  
 " 115 Anm. 20 lies: Gaj. Inst. II § 161 statt III § 151.  
 " 121 Anm. 2 lies: fragm. XI § 28.  
 " 122 unter c) ist hinter „gleichzuhalten seien“ einzufügen: Note 9.  
 " 122 Anm. 9 lies: Si curatorem.  
 " 125 Anm. 1 lies: cui statt quem.  
 " 125 Anm. 3 lies: Keller.  
 " 128 Anm. 1 lies: l. 12 § 2 statt § 5.  
 " 128 Anm. 1 lies: nisi is.  
 " 128 Anm. 4 lies: l. 1 pr. D.  
 " 129 ist Zeile 9 hinter „eintreten“ Note 8 einzufügen.  
 " 129 letzte Zeile des Textes lies: nicht zulässig.  
 " 129 Anm. 10 lies: l. 18 pr. statt l. 18 § 1.  
 " 138 Anm. 6 lies: puto eum derelinquere.  
 " 140 Anm. 2 lies: immutati sint.  
 " 150 Anm. 4 lies: fit statt fiat.  
 " 155 Anm. 2 lies: Gaj. Inst. II §§ 12—14 statt § 52.  
 " 155 Anm. 2 lies: ad legem Falcidiam 35, 2.  
 " 156 Anm. 2 lies: nascitur crescit decrescit . . . dicebat peculium simile.  
 " 161 Zeile 17 ist hinter „Häfen“ Note 3 einzufügen.  
 " 161 Anm. 3 Zeile 3 lies: in publico usu.  
 " 167 Anm. 9 lies: quod vi statt unde vi.  
 " 177 Anm. 1 lies: Bd. 1 § 63.  
 " 188 Anm. 3 lies: libro 56.  
 " 193 Anm. 13 lies: amittere statt omittere.  
 " 194 Anm. 4 Zeile 5 lies: itaque ipse.  
 " 195 Anm. 8 Zeile 4 lies: commodati 13, 6.  
 " 196 Anm. 11 Zeile 6 lies: l. 23 § 3.  
 " 205 Anm. 11 Zeile 2 lies: § 44 Abs. 4.  
 " 206 Anm. 3 lies am Ende: l. 1 pr., § 4 D. de vi . . .  
 " 474 Zeile 11 lies: bisheriges.  
 " 484 Zeile 3 ist Note 4 einzufügen.  
 " 561 Anm. 4 lies: quemadm.  
 " 591 Anm. 27 lies: quemadmodum.  
 " 625 Zeile 1 lies: Statrecht.

# Einleitung.

## Das gemeine Recht, seine Quellen und seine Litteratur.

### § 1. Bildung und Begriff des gemeinen Rechtes.

Die Pandekten bezwecken die Entwicklung einer allgemeinen Theorie des Privatrechtes. Sie lösen diese Aufgabe durch die Darstellung des gemeinen Rechtes, soweit es sich an die römische Rechtsüberlieferung anschließt. Denn dieses Recht ist der Grund, welcher das Privatrecht der Gegenwart trägt.<sup>1</sup>

Gewohnheit und Gerichtsgebrauch schufen im ehemaligen deutschen Reich das gemeine Recht vorzugsweise derart, daß sie römische Rechtsätze recipirten, dem deutschen Geiste gemäß gestalteten und in solcher Weise antike und römische Rechtsideen mit modernen und germanischen Anschauungen verbanden. „Gemeines“ wurde dieses Recht genannt, weil es allen Theilen des deutschen Reiches gemeinsam war. Von vornherein stand es in einem Gegensatz zu den besonderen Rechten der einzelnen Partikeln des Reiches, welche es vorfand. Diese besonderen Rechte wurden nie vollständig verdrängt und hatten ihre besondere Entwicklung. Ihnen gegenüber erhielt das gemeine Recht subsidiäre Geltung, d. h. es hat nur Kraft in Ermangelung abweichender partikularer Normen. Dies drückte populär der Spruch aus: Landrecht bricht gemeines Recht. Ein solches Verhältniß war der Verfassung des Reiches entsprechend. Das Reich war gebildet aus Staaten von

<sup>1</sup>) Die Bezeichnung dieser Darstellung als „Pandekten“ hat einen historischen Grund. Pandekten nannte Justinian den wichtigsten Theil seines Rechtsbuches, vgl. unten § 9. An die justinianischen Pandekten schlossen sich seit dem 12. Jahrhundert die Vorlesungen und Bücher über Civilrecht vorzugsweise an. Zuerst geschah dies egeretisch, dann den Stoff selbständig systematisch verarbeitend. Es ist zweckmäßig, den Ausdruck Pandekten festzuhalten. Er deutet auf die praktische Tendenz und den historischen Hintergrund der Disciplin. Andere Bezeichnungen sind: „System des heutigen römischen Rechts“ — sie erwählte Savigny als Titel seines Werkes — ferner: „Gemeines Civilrecht.“

großer Selbständigkeit, welche doch wieder zu einer staatlichen Einheit zusammengefaßt waren.

Im Laufe des vorigen Jahrhunderts lockerte sich der längst brüchige Reichsverband in Folge des jugendlichen Aufstrebens Preußens vollständig. Nun verlor das gemeine Recht formell seine Gesetzeskraft in wichtigen Theilen des Reiches, zunächst in Preußen durch das allgemeine Landrecht für die preuß. Staaten, welches am 1. Juni 1794 in Kraft trat.<sup>2</sup>

Am 6. August 1806 erfolgte mit der Niederlegung der Kaiserwürde durch Kaiser Franz die endliche Auflösung des deutschen Reiches. Welche Bedeutung dieser Staatsakt für die Fortexistenz eines gemeinen deutschen Rechtes hatte, ist streitig. Nicht wenige behaupten, daß mit der Auflösung des Reiches auch das gemeine Recht sich auflöste und als solches seine Aktualität verlor. Allerdings sei das gemeine Privatrecht in den zu selbständigen Staaten gewordenen Theilen des Reiches nach dessen Auflösung in Kraft geblieben, soweit es damals in ihnen galt und später nicht durch andere Gesetze ersetzt wurde. Aber es gelte fortan in jedem dieser Staaten vermöge besonderen Staatswillens als Theil des Landesrechtes. Eine gemeinrechtliche Fortbildung des ehemaligen gemeinen Rechtes sei nach der Auflösung des Reiches nicht mehr möglich gewesen, sondern höchstens eine gleichzeitige Fortentwicklung dieses Rechtes in den verschiedenen deutschen Staaten.<sup>3</sup>

Diese Auffassung wird dem wirklichen Sachverhalt nicht gerecht. Die politische Verfassung des Reiches, innerlich hohl, konnte dem Stoß, welcher gegen dasselbe zu Anfang des Jahrhunderts von Frankreich aus geführt wurde, nicht widerstehen. Aber es blieb die Nation, welche sich durch eine gemeinsame tausendjährige Geschichte, durch die Gemeinschaft der Sprache, der Litteratur und der Wissenschaft und durch gemeinsame Institutionen als Einheit darstellte.

Insbesondere bewahrte das gemeine Privatrecht unter allen Katastrophen politischer Natur seine Lebenskraft. Es war nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern aus dem Schoße des Volkes heraus durch Gewohnheit, Gerichtspraxis und Wissenschaft gebildet. Gerichts-

2) Die späteren im Gebiete des ehemaligen Reiches publicirten Modifikationen sind: a) das am 1. Juni 1811 in Oesterreich in Kraft getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, b) der 1801—1804 in Frankreich publicirte code civil, welcher am linken Rheinufer und in deutscher Bearbeitung in Baden gilt, c) das unter dem 2. Januar 1863 publicirte bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

3) So Wächter: gemeines Recht Deutschlands 1844, ferner Wächter, Landboten Bd. 1 S. 19, Beilage. — Vgl. hiergegen Bekker, über das gemeine deutsche Recht der Gegenwart in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 1 n. 1.

gebrauch und Wissenschaft hielten es als gemeines fest und bildeten es als solches weiter, auch nachdem der politische Verband der Nation gesprengt war. Es wurde hiermit nur dem unzerstörbaren Anspruch des deutschen Volkes, als eine Einheit behandelt zu werden, Ausdruck gegeben.

Auch soweit das gemeine Recht in deutschen Staaten formell außer Kraft gesetzt ist, hat dasselbe im wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität behalten. Denn auf seiner Grundlage ruhen die modernen Modifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen.<sup>4</sup> Dies wird auch nothwendig der Fall sein, wenn künftig ein bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland in Kraft treten sollte.

Das im Jahre 1870 geschaffene deutsche Reich ist keine Wiederherstellung des im Jahre 1806 aufgelösten Reiches. Es ist vielmehr eine neue Staatenbildung. Auch sein Recht hat einen anderen Charakter als das dem ehemaligen Reiche entstammende. Wohl ist es ein neues gemeines Recht, aber von neuer Art. Um Mißverständnissen vorzubeugen, wählen wir für dasselbe den Namen Reichsrecht.

Das gemeine Recht war überwiegend Produkt des Gewohnheitsrechtes. Das Reichsrecht ist ausschließlich eine Schöpfung der Gesetzgebung. Das gemeine Recht stand als bloß subsidiär dem Landesrecht nach, das Reichsrecht hat absolute Kraft, so daß es durch das Landesrecht nicht angetastet werden kann.<sup>5</sup> Das gemeine Recht hat die Fundamente für den deutschen Rechtszustand gelegt. Das Reichsrecht ordnet einzelne, wenn auch wichtige Materien auf dieser Grundlage.

4) Wir versuchen dies an einem Beispiele klar zu stellen. Das deutsche Handelsgesetzbuch bestimmt im Art. 395: „Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) entstanden ist.“ Es ist streitig, was unter höherer Gewalt zu verstehen ist. Exner bestimmt sie neuerdings (in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 n. 10) als ein außerhalb des Betriebskreises des Frachtführers entstandenes Ereigniß von außergewöhnlicher Schwere. Dagegen versteht darunter Dernburg (in Grünhuts Zeitschrift Bd. 11 n. 8.) diejenigen Schäden, die durch möglichst gute Einrichtung des Gewerbebetriebes verhütet werden konnten. Diese verschiedene Auffassung ist von einschneidender praktischer Bedeutung. Mit welchen Mitteln ist der Streit zu lösen? Der Ausdruck „höhere Gewalt“ ist höchst vieldeutig. Das H.G.B. selbst bestimmt den Sinn dieses Wortes nicht näher. Der Ausdruck ist aber dem gemeinen und insbesondere dem römischen Rechte entnommen. In dem Sinne, welchen er dort hatte, wurde er in das H.G.B. aufgenommen. Um also den Artikel 395 des H.G.B. vollständig zu verstehen, muß man auf das römische Recht zurückgehen. Aus dessen Zusammenhang hat man die Bedeutung von vis major zu entwickeln. Ist sie gefunden, so haben wir auch den Sinn des H.G.B. Art. 395 erkannt.

5) Reichsverfassung Art. 2.

## Erstes Kapitel.

## Die Bestandtheile des gemeinen Rechtes.

## § 2. Uebersicht.

Aus drei Hauptbestandtheilen besteht das gemeine Recht, nämlich einmal aus dem römischen Rechte, wie es im *corpus juris* des Kaisers Justinian festgestellt ist, zweitens aus Sätzen des kanonischen Rechtes und drittens aus Gewohnheiten und Gesetzen deutschen Ursprungs.

Unter diesen drei Bestandtheilen nimmt das römische Recht die erste Stelle ein. Es ist nämlich die Mehrzahl der Normen des gemeinen Rechtes römischen Ursprungs. Mehr noch fällt in das Gewicht, daß die systematische Gliederung des gemeinen Rechtes auf römischen Rechtsgedanken beruht. Wir heben in dieser Hinsicht schon hier hervor die Scheidung des Rechtes in öffentliches und in Privatrecht, sowie die scharfe Sonderung der Vermögensrechte in dingliche und in persönliche. Den historischen Vorgang, durch welchen in Deutschland das römische Recht und mit ihm das kanonische Recht zur Geltung kam, nennen wir die Reception der fremden Rechte. Dieser Vorgang hat das Recht der Vergangenheit gestaltet, er bestimmt das Recht der Gegenwart zum großen Theil, und er wird nothwendig in eine ferne Zukunft hinein wirken. Die Kenntniß und das Verständniß der Reception ist von entscheidender Bedeutung für die richtige Auffassung des gemeinen Rechtes.

## I. Das römische Recht.

## A. Die Reception des römischen Rechtes.

§ 3. Geschichte der Reception des römischen Rechtes.<sup>1</sup>

Die Reception des römischen Rechtes in Deutschland wurde bereits im früheren Mittelalter vorbereitet. Doch handelte es sich damals theils um vorübergehende Beeinflussungen, theils um einzelne Einwirkungen

1) Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 1860 Bd. 1 S. 609 ff. Bd. 2 S. 1 ff. Franklin, Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland 1865 Stölzel, die Entwicklung des gelehrten Richterthums in den deutschen Territorien 1872. Moddermann, de receptie 1874, aus dem Holländischen überlezt und mit Zusätzen versehen von K. Schulz 1875. Muther, zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland 1876. Stिंगing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I. Abth. 1880 S. 37 ff. Gierke in der kritischen Vierteljahresschrift Bd. 23 S. 525 ff.

des römischen Rechtes.<sup>2</sup> In umfassender Weise geschah die Reception seit der Mitte des fünfzehnten und mit dem Anfang des sechszehnten Jahrhunderts. Sie vollzog sich damals mit einer fast elementaren Gewalt. An entschiedener und selbst stürmischer Opposition gegen das römische Recht fehlte es zwar in jener Zeit so wenig als späterhin.<sup>3</sup> Aber sie zerschellte an der Wucht, mit welcher das Ereigniß der Reception zu Tage trat. Nie wird es gelingen, das Geheimniß so tief gehender Bewegungen im Völkerleben durch Reflexion vollständig zu ergründen. Indessen treten doch gewichtige treibende Momente unzweideutig hervor.

In erster Linie ist es ein nationaler Gedanke, in welchem sich die Reception des fremden nicht nationalen Rechtes gründete. Es war der Gedanke der Rechtseinheit, die für den Verkehr und für die Rechtsprechung Deutschlands nothwendig geworden war. Die deutschen einheimischen Rechte waren vielfältig und lokal zersplittert. Man wußte sie nicht zu übersehen und zu beherrschen. Daß sich in deren Verschiedenheit meist eine und dieselbe Grundanschauung spiegelte, machte dies kaum erträglicher. Denn für die praktische Handhabung des Rechtes kommt es gerade auf das Detail an. Neben diesen partikularen Rechten aber schien ein einheitliches Recht für das Reich bereits da zu sein. Man mußte es nur ergreifen. Es lag im *corpus juris civilis* von Justinian.

Altehrwürdige Sage war, daß das *corpus juris civilis* Kaiserrecht Deutschlands sei. Die deutschen Könige galten als Nachfolger der römischen Imperatoren.<sup>4</sup> Als solche waren sie von der höchsten Autorität der Christenheit, den römischen Päpsten geweiht und anerkannt worden. War also ihr Reich ein römisches deutscher Nation, wie sollte nicht das römische Gesetzbuch Gesetz des deutschen Reiches sein?

2) Ueber einzelne Citate und Floskeln aus dem früheren Mittelalter vgl. Stobbe a. a. D. S. 647. Siehe ferner über den Rechtszustand des Mittelalters: Franklin a. a. D. und Muther a. a. D., namentlich Abhandlung I, römisches und kanonisches Recht im deutschen Mittelalter.

3) Von Opposition gegen die „Doctoren“ seit dem 16. Jahrhundert berichtet Franklin a. a. D. und Stobbe a. a. D. Bd. 2 S. 50, ferner Stünzling, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I. Abtheilung S. 69.

4) Als Formel für die Bestellung eines Richters in Rom zur Zeit Ottos III. wird mitgetheilt — Stobbe a. a. D. S. 613 — *tunc dicat imperator judici: cave ne aliqua occasione Justiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subvertas. Tunc imperator . . . det ei in manum librum codicum et dicat: secundum hunc librum judica Romam et Leonianam orbemque universum.* Vgl. die weiteren Anführungen bei Stobbe a. a. D. S. 614 ff. Insbesondere betonten die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. den Gedanken, daß sie Nachfolger der altrömischen Kaiser seien. Auch Friedrich III., Maximilian I. und Karl V. liebten es, den Kaiser Justinian als ihren „Vorfahr am Reich“ zu bezeichnen, vgl. Stobbe Bd. 2 S. 110.

Hierin lagen überlieferte Anschauungen. Zur Verwirklichung kamen sie in jener großen Bewegung, welche die Völker im Reformationszeitalter ergriff. Die Entdeckung neuer Welten, die wirthschaftlichen Veränderungen, die hiermit zusammenhingen, die Bildung großer Territorialstaaten, der Zusammenbruch der mittelalterlichen Anschauungen und Ordnungen, der Humanismus, schließlich die Reformation, dies Alles gehört jener Zeit an. Ein neues Recht schien der selbstverständliche Begleiter solcher Veränderungen in dem geistigen, politischen und socialen Leben der Zeit zu sein.

Diese Momente erklären, daß zur Reception des römischen Rechtes zusammenwirkten die Juristen, die Laien und alle konstituirten öffentlichen Gewalten des Reiches und der Territorien.

a) Die Theorie der Rechtswissenschaft im Mittelalter war eine ausschließlich romanistische. Die Universitäten als Anstalten, die für die gesammte Christenheit bestimmt waren, lehrten nur das von den Kaisern und von den Päpsten gesetzte Recht. Denn diese allein waren der Idee nach die Oberhäupter der Christenheit.<sup>5</sup> Nur mit dem römischen und dem kanonischen Rechte beschäftigten sich daher die großen Rechtslehrer des Mittelalters; die romanistische Doktrin erfüllte den Vorstellungskreis der gelehrten Juristen. Natürlich suchten die im römischen Rechte gebildeten und zu Doktoren promovirten Juristen diesem Rechte möglichst Eingang zu verschaffen, wenn sie in hohen geistlichen und weltlichen Stellungen Recht anzuwenden hatten.

Fast noch bedeutjamer war die Entstehung eines zahlreichen Standes von Halbgelehrten. Sie suchten und mußten die Gemeinplätze der romanistischen Doktrin als Rechtsberater geltend zu machen und rücksichtslos in das praktische Leben einzuführen. Für diese Halbgelehrten entstand eine eigene massenhafte, populäre Litteratur, insbesondere die Klagenpiegel, womit auf den Einfluß dieses Standes ein helles Licht fällt.<sup>6</sup>

b) Die ungelehrten Schöffen, welche das Recht nach alter Tradition und aus ihrer Ueberzeugung heraus fanden, waren den sich rasch umgestaltenden Verhältnissen nicht gewachsen. Durch die Halbgelehrten, welche vor ihnen auftraten, wurden sie vollends in Verwirrung gesetzt.

5) Muther a. a. D. S. 253.

6) Ein Werk bewundernswürdigen Fleißes und Scharfsinnes schuf Stinking in seiner Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechtes in Deutschland am Ende des 15. und am Anfange des 16. Jahrhunderts 1867. Vgl. hierzu Muther a. a. D. S. 158; Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtslitteratur für „pauperes“ und „minores“, siehe auch Stinking, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abth. I S. 75.

Sie verloren das Vertrauen zu sich, und es verlor das Volk das Vertrauen zu ihnen. In Folge dessen wandten sich die Parteien zunächst im Wege des Schiedsvertrages den landesherrlich behufs der Regierung eingesetzten Amtleuten zu, welche, der fremden Rechte kundig, nach ihnen sprachen. So traten allmählig an die Stelle der ungelehrten, gelehrte Gerichte.<sup>7</sup>

c) Inzwischen hatte die Reichskammergerichtsordnung bei der Neuordnung des Reichskammergerichts die Kammerrichter zum Eide angewiesen, „nach des Reiches gemeinen Rechten“ zu richten. Als solche galten römisches und kanonisches Recht.<sup>8</sup> Hierin liegt zwar keine gesetzliche Einführung des römischen Rechtes, wie man früher wohl vermeinte, aber eine gesetzliche Anerkennung und Förderung seiner Geltung.

In ähnlicher Weise wurden die neueingerichteten Obergerichte der Territorien auf römisches Recht verwiesen.<sup>9</sup> Auch die partikulare Gesetzgebung förderte die Reception. Man verfaßte Resformationen, Landrechte, in welchen zwar auch heimische Gewohnheiten Berücksichtigung fanden, die aber in erster Linie darauf gerichtet waren, die römischen Rechtsätze im Leben einzubürgern.<sup>10</sup>

#### § 4. Das Maß der Reception des römischen Rechtes.

1. Das römische Recht hat in Deutschland nur subsidiäre Geltung erlangt, d. h. es kommt bloß in Ermangelung einer einheimischen, wenn auch nur partikularen Rechtsnorm zur Anwendung.

7) Während man früher annahm, daß sich die älteren deutschen Gerichte in gelehrte „umgewandelt“ hätten, hat Stölzel a. a. D. gezeigt, daß außerhalb und zur Seite der ungelehrten Gerichte Gelehrte zur Rechtsprechung herangezogen wurden, welche im Gegensatz zu den Gerichten standen und sich erst in neuerer Zeit den Namen von Gerichten aneigneten. So auch Sohm, die deutsche Rechtsentwicklung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 n. VIII.

8) Nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 3 sollten die Urtheiler schwören: „nach des Reichs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leyblichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften“ zu richten.

9) Vgl. Stobbe a. a. D. Bd. 2 S. 86, 131.

10) Vgl. u. a. die interessante Darstellung in Wächters württembergischem Privatrecht Bd. 1 S. 227. Bei Entwerfung des Landrechts für Württemberg erklärten die Redaktoren, „es sei vergeblich, unmöglich und in keiner Hinsicht zu rathen und zu thun, daß die in großen Haufen vorgelegten Entwürfe und Satzungen gelesen oder erwogen, viel weniger daß hieraus ein wohl bedächtliches, nütliches, gutes und gleichmäßiges Landrecht gewonnen und gemacht werden könne.“ Mit jeder neuen Redaktion des Landrechts aber machte die Romanisirung weitere Fortschritte. — In der Mark Brandenburg wurde die Rechtsprechung nach Kaiserrecht durch die constitutio Joachimica von 1527 verordnet, „dieweil unser Churfürstenthumb Brandenburg im Römischen Reich begriffen.“

Nicht ohne Kampf hat sich dies festgestellt. Die Romanisten der Rezeptionszeit behaupteten, partikuläre Gewohnheiten hätten nicht die Kraft, gemeines Recht zu durchbrechen.<sup>1</sup> Hätte man dies anerkannt, so wäre das römische Recht in Deutschland zur Alleinhererschaft gekommen. Denn deutsche Rechtsauffassungen waren fast nur in den partikulären Gewohnheiten verkörpert. Aber eben deshalb konnte jene Behauptung nicht durchdringen. Vielmehr gelangte die Subsidiarität des gemeinen Rechtes auch gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht in Praxis und Theorie zur Anerkennung.<sup>2</sup>

2. Eine alte Behauptung ist, daß das *corpus juris civilis* als Ganzes — in complexu — Gesetz für Deutschland geworden sei. Man schloß daraus, daß jeder Satz jenes Rechtsbuches „fundatam intentionem in jure“ gewähre, d. h. in Deutschland Recht mache, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Rezeptionszeit. Denn damals sah man das *corpus juris civilis* als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an.<sup>3</sup> Später erkannte man, daß das *corpus juris Justinianus* in Deutschland niemals als Gesetz publicirt wurde. Seine Geltung beruht, dies ist unzweifelhaft, nur auf Gewohnheit. In die deutsche Gewohnheit sind aber, dies ist gleichfalls offensichtlich, nur solche römischen Rechtsätze übergegangen, welche Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung hatten. Man hätte folglich an die Stelle jenes Axioms den Satz stellen sollen, daß sich der Umfang der Reception aus der Gewohnheit ergebe und daß, was der deutschen Gewohnheit fremd blieb, auch nicht gemeines Recht wurde.

1) Die l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52 wurde nach gemeiner Meinung so ausgelegt, daß die partikuläre Gewohnheit die lex, d. h. das *corpus juris civilis* nicht aufheben könne.

2) Die älteren Reichsgesetze stellten regelrecht neben die gemeinen Rechte „die guten Gewohnheiten“. Die Reichshofrathsordnung von 1654 aber besagte, Tit. 1 § 15 — Sammlung der Reichsabschiede Bd. 4 Zusatz S. 50 — es seien in Acht zu nehmen „privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel derselben die kaiserliche Rechte.“

3) Gleichwohl hat der hochangesehene Jurist Zastus in der Rezeptionszeit es nachdrücklich als seine Aufgabe erklärt, von dem römischen Rechte nur dasjenige zu lehren, „was nützlich, heilsam und den Sitten Deutschlands entsprechend sei.“ Hiezu bemerkt Stinking, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 168: „Er behandelt es als selbstverständlich, daß nicht alle Bestandtheile des kaiserlichen Rechtes in Deutschland anwendbar seien, daß es notorisch in Deutschland Sitten und Zustände gebe, welche mit denen des römischen Rechtes inkommensurabel seien und ihnen geradezu widersprechen, daß hier die Unanwendbarkeit eines speciellen Beweises nicht bedürfe. War doch auch die kaiserliche Gewalt niemals als Despotie gedacht. Ihr, wie ihres Rechtes praktisches Durchgreifen hatte stillschweigend anerkannte Schranken, die nirgends formulirt, sondern im einzelnen Falle zu finden waren.“

Diese Konsequenz haben aber nur wenige gezogen. Daß das *corpus juris civilis* in Deutschland in *complexu*, also als Ganzes, recipirt sei, blieb fortwährend herrschendes Dogma der Romanisten.<sup>4 5</sup> Folgerichtig hat dasselbe freilich Niemand durchgeführt. Gleichwohl war und ist es schädlich. Es verleitet dazu, zahlreiche Rechtsätze theoretisch als bestehend darzustellen, die im wirklichen Leben keinen Boden haben.<sup>6</sup>

Der Gegensatz der Ansichten wird deutlich durch ein Beispiel, welches Samuel Stryk fingirt, um die Reception des römischen Rechtes in *complexu* zu erläutern.<sup>7</sup> Wenn, führt Stryk aus, in Deutschland niemals seit tausend Jahren ein Testament verfertigt worden wäre, so sei das Recht zu testiren in Deutschland nicht aufgehoben. Denn die Unterlassung der Benutzung dieses Rechtes durch die Einen könne Anderen nicht schaden. Nur eine entgegenstehende Gewohnheit — also z. B. fortgesetzte Nichtanerkennung von errichteten Testamenten — hätte das Testirrecht aufgehoben.

Wir dagegen meinen, was niemals im Laufe der Jahrhunderte zur Anwendung kam, ist nicht recipirt. Es blieb dem deutschen Wesen fremd und ist nicht gemeinen Rechtes. Nach der entgegengesetzten Ansicht sind gerade diejenigen Sätze des römischen Rechtes, deren Anwendung Niemand versuchte, weil sie den deutschen Rechtsauffassungen schlechthin zuwiderliefen, gemeinen Rechtes geblieben. Sie lagern gleichsam in der Kistkammer des Rechtes. Der gelehrte Romanist könnte sie aus derselben jeder Zeit entnehmen und dem Leben auf-

4) Von Neueren, die sich für die Reception des römischen Rechtes in *complexu* aussprechen, seien erwähnt: Vangerow Bd. 1 § 5, Wächter, gemeines Recht Deutschlands S. 193 ff., Windscheid Bd. 1 § 5 Ziff. 3. Nur die Veränderung ging in der Lehre vor sich, daß man früher von dem Gegner den „Beweis“ der Nichtgeltung des *corpus juris* forderte, während man das Axiom jetzt so erklärt, daß der Richter das *corpus juris* so lange anwenden müsse, bis ihm dessen Aufhebung durch Gesetz oder Gewohnheit bekannt sei. Gegen die Reception in *complexu* hat sich in beachtenswerther Weise Leist, civil. Studien Bd. 1 S. 12 ff. ausgesprochen, vgl. auch Kierulff, gemeines Civilrecht Vorrede p. X, Beseler, deutsches Privatrecht § 9.

5) Willkürlich war die Behauptung Savignys — System Bd. 1 S. 69, 165 — daß das römische „Staatsrecht“ nicht zu den recipirten Theilen des römischen Rechtes gehörte. Vgl. Stobbe, Rechtsquellen Bd. 2 S. 123, Wächter im Archiv für civil. Praxis Bd. 23 S. 434.

6) Beispielsweise sagt Windscheid Bd. 3 § 606 Anm. 10 — 5. Aufl. S. 232. — „Neben dem Inventar kann vom Erben noch der Manifestationseid verlangt werden, und wird er der Unterschlagung überführt, so haftet er auf das Doppelte.“ Ebenso Bd. 2 § 394 Anm. 11 — S. 487 — „Erfüllt der Verkäufer — im Fall der Anstellung der *actio redhibitoria* — bis zum Urtheil nicht, so wird er auf das Doppelte verurtheilt.“ Aber hat man jemals in Deutschland eine solche Haftbarkeit auf das Doppelte zur Anwendung gebracht? Was Windscheid § 326 Anm. 5 für die Reception anführt, möchte gegen ihn sprechen. Andere Beispiele wird unsere Darstellung im Einzelnen ergeben.

7) Stryk, *usus modernus Pandectarum* 1690, vol. I. *discursus praeliminaris* § 34.

drängen. Die Praxis läßt sich aber hierauf nicht ein, wenn sie auch vermeidet, mit dem Axiom der univervellen Reception ausdrücklich in Widerstand zu treten.

Nach unserer Auffassung bedarf es in Zweifelfällen einer Prüfung, ob ein im corpus juris civilis enthaltener Satz wirklich in die deutsche Gewohnheit übergegangen ist. Die hieraus scheinbar entstehende Unsicherheit ist ein Argument der Gegner, mit dem sie vorzugsweise Eindruck machen. In Wirklichkeit ist die scheinbare Gefahr nicht vorhanden. Denn in Bezug auf die bei weitem meisten Rechtsätze, die in Frage kommen können, ist die Anwendung durch eine vielhundertjährige Praxis derart notorisch, daß es eines besonderen Nachweises der Reception nicht bedarf.

Auch genügt selbstverständlich, daß ein Grundsatz anerkanntermaßen recipirt ist, um die Geltung seiner Folgeätze anzunehmen.<sup>8</sup>

3. Anerkanntermaßen haben keine praktische Geltung diejenigen Sätze des corpus juris civilis, welche die Glossatoren zu Bologna nicht mit Erklärungen — Glossen — versahen oder, genau gesprochen, welche in derjenigen Glosse — glossa ordinaria — unglossirt sind, die der Glossator Accursius in der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts zusammenstellte. Hiermit sind einestheils einige justinianische Gesetze betroffen, welche jenen Rechtslehrern bekannt waren, die sie aber der Glossirung nicht für würdig hielten, anderntheils zahlreiche Gesetze, die zur Zeit der Glossatoren noch unbekannt, später aufgefunden und dem corpus juris einverleibt wurden.

Der Grundsatz: *quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum* galt bis in die neueste Zeit als dem Mittelalter zugehörig, als schon in der Receptionszeit vorhanden. Man erklärte ihn aus der Autorität der Glosse im späteren Mittelalter, welche dahin geführt habe, das zu ignoriren, was die Glosse nicht beachtete. Diese Auf-

8) Es ist zur Würdigung der Streitfrage Folgendes nicht zu übersehen. In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbesangenen Rechtsätze, welche dem römischen Rechte zuwiderliefen, durch Belegstellen aus dem römischen Recht begründet. Man nahm es mit solchen Stellen durchaus nicht genau. Schließlich entschied bei Streitfragen in der Praxis das herkömmliche Recht, das praktische Bedürfniß. Die römische Stelle kolorirte nur das Resultat. Unter solchen Umständen mochte man sagen, das römische Recht gilt in seiner Gesamtheit, da man sich vorbehielt, es überall, wo es nicht paßte, wegzuinterpretiren. In unserem Jahrhundert ist diese Methode verlassen. Es ist nicht verkattet, deutschrechtliche und moderne Sätze aus den römischen Quellen zu belegen, obgleich diese das Entgegengesetzte belegen. Aber die Konsequenz darf nun nicht sein, daß jetzt das Römische schlechthin gilt, sondern die Erkenntniß muß zur Geltung kommen, daß es nur soweit gilt, als es in Wahrheit praktisch wurde.

fassung war eine irrthümliche.<sup>9</sup> Der Satz verdankt seine Aufstellung erst dem Ende des 17. Jahrhunderts.<sup>10</sup> Die Nichtglossirung gewisser Gesetze ist nicht der Grund der Nichtreception derselben. Jener Spruch bezweckt nur die Konstatirung einer Thatsache. Es traf sich nämlich, daß die nichtglossirten Gesetze, weil für die deutschen Verhältnisse nicht passend, auch der deutschen Praxis überwiegend fern geblieben waren. Man erkannte dies an, indem man jenen Spruch formulirte.<sup>11</sup>

Manche wollten aus der Fassung des Spruches die Folge ziehen, daß auch die Lesart der Glossatoren als authentischer Text des *corpus juris civilis* im gemeinen Recht zu erachten sei. Dies ist aber nicht der Sinn des Spruches. Auch hatten die Glossatoren einen feststehenden Text nicht. Sie suchten ihn in oft willkürlicher Konjekralkritik zu bilden, ohne daß Einigung entstand. Ihre Lesarten sind zudem seit Jahrhunderten verschollen, da die gedruckten Ausgaben seitdem durchgängig bessere Texte an deren Stelle setzten.<sup>12</sup>

#### § 5. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen.

Die Reception bezieht sich nur auf das Gesetzbuch Justinians. Sie erstreckt sich auf keine anderen Quellen des römischen Rechtes. Derartige anderweite Quellen sind:

a. Außerhalb der justinianischen Sammlung erhaltene Schriften klassischer römischer Juristen.<sup>1</sup> Es gehören hierher unter anderem die Institutionen des Gajus, wie sie uns in echter

9) Dies ist nachgewiesen in der Schrift von Dr. Ernst Landsberg: über die Entstehung der Regel: *quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*, Bonn 1880.

10) Sprüchwörtlich erscheint zuerst bei Stryk die Regel so: *quos textus non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*, Landsberg a. a. O. S. 83.

11) In den Institutionen sind keine un glossirten Stellen; in den Pandekten sind nicht glossirt die aus den Basiliken restituirten l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnat. 48, 20 und l. 10 bis l. 19 D. de interdict. et rel. 48, 22. Die nicht glossirten Stellen des Kodex und der Novellen finden sich u. A. angegeben bei Vangerow, Pandekten § 6 Anm. 1, Arndts § 2 Anm. 3.

12) Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867 S. 2, bemerkt bezüglich der Pandekten; „der in der Taurell'schen Ausgabe — vom Jahr 1553 — rein wiedergegebene Text der Florentina ging in alle späteren Ausgaben über, so daß wir dadurch mit einem Male den ganzen Wust von Korruptelen los wurden, der sich durch die fortgesetzten Fehler der Schreiber und die Schulemendation der Glossatoren angehäuft hatte.“

1) Diese Quellen, welche für ein gründliches Studium der Pandekten unentbehrlich sind, hat in einem mäßigen Bande herausgegeben Huschke: *jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt* zuerst 1861, 4. Ausgabe 1879. Den Grundsätzen der modernen philologischen Kritik entspricht in höherem Grade die *collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum* ed. Krueger, Mommsen, Studemund, Berlin 1877 u. 1878, wie jetzt 2 kleine Bände.

Gestalt der Veroneser Palimpsest enthüllt hat, ferner die fragmenta Ulpiani, ein größeres Bruchstück aus dem liber regularum dieses Juristen, dann die stark verstümmelten sententiae von Paulus, und die Sammlung von Bruchstücken aus römischen Juristen und von Konstitutionen, welche den Namen fragmenta Vaticana führt. Auch die collatio legum Mosaicarum et Romanarum enthält wichtige Auszüge aus Werken römischer Juristen.<sup>2</sup>

b. Einige Verordnungen römischer Kaiser vor Justinian, welche in Bruchstücken des codex Gregorianus und Hermogenianus erhalten sind, und sehr zahlreiche, die sich im codex Theodosianus<sup>3</sup> fanden, an den eine Sammlung von Novellen von Theodosius II, Valentinian III, Marcian, Majorian und Severus sich anschließt.

c. Nachjustinianische Quellen. Unter ihnen haben die Basiliken besondere Wichtigkeit. Es ist dies eine griechische Umarbeitung des justinianischen Gesetzbuches in systematischer Folge, die um das Jahr 900 unter Kaiser Leo verfertigt und als Gesetzbuch des byzantinischen Reiches publicirt wurde. Die Basiliken sind mit Scholien versehen, von denen die älteren in die justinianische Zeit hinaufreichen.<sup>4</sup>

Alle diese Urkunden haben ein hohes wissenschaftliches Interesse. Sie dienen zur Interpretation des corpus juris civilis. Sie liefern auch nicht selten Material zur Feststellung seines Textes. Das Letztere gilt namentlich für die Basiliken. Die Aussprüche hochberühmter Juristen wie von Ulpian und von Paulus nehmen ferner, auch wenn sie nicht im corpus juris stehen, Beachtung in Anspruch, falls sie Fragen entscheiden, die noch heute praktisch sind.<sup>5</sup> Eine gesetzesgleiche Geltung haben aber alle diese Quellen in Deutschland nicht.

2) Zu vergleichen ist auch das römisch-syrische Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, herausgegeben, übersetzt und erläutert von Bruns u. Sachau, Leipzig 1880.

3) Die Ausgabe, auf die wir noch für den codex Theodosianus verwiesen sind, ist die von Hänel, Bonn 1837 ff., ein Bestandtheil des Bönner corp. jur. antejust. Man citirt den codex Theodosianus als C. Th.

4) Das Nähere über die byzantinischen Gesetze ist in der Rechtsgeschichte mitzutheilen. Die Basiliken sind herausgegeben von Heimbach, 5 Bände 1883 ff., wozu ein supplementum von Zachariä 1846 kam.

5) Bezüglich der Frage z. B., ob dann, wenn eine Erbschaft mehreren Miterben gemeinsam ist, eine Theilungsklage auch bloß unter einigen der Miterben zulässig ist, legt man gegenüber der l. 2 § 4 D. fam. ere. 10, 2 von Ulpian, welche die Frage bejaht, Gewicht auf Paul, sent. I 18 § 4, welcher sie verneint.

B. Das corpus juris civilis.<sup>1</sup>

## § 6. Charakter der justinianischen Kodifikation.

Das Gesetzbuch Justinians gleicht keiner modernen Kodifikation.<sup>2</sup>

Die modernen Gesetzbücher über Privatrecht, z. B. das allgemeine preußische Landrecht, der code civil Frankreichs formuliren abstrakte Rechtsätze. Der Sache nach reproducirten diese Gesetzeswerke allerdings im Wesentlichen das bestehende Privatrecht, sie suchten es nur festzustellen, in Einzelheiten näher zu bestimmen. Aber sie gossen das übernommene Recht in eine neue Form, so daß es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.

Im corpus juris civilis ist hiervon keine Rede. Die Redaktoren — man nennt sie darum oft Kompilatoren — haben das bestehende Recht in der Form aufgenommen, welche ihm die klassischen Juristen in ihren Schriften, die römischen Kaiser in ihren Verordnungen gegeben hatten. Selbstthätigkeit haben die Verfasser des corpus juris civilis vorzugsweise in der Auswahl und in der Anpassung der überlieferten Aussprüche an die Verhältnisse ihrer Zeit entwickelt. Daraus entspringen die vielbewunderten Vorzüge und die vielgetadelten Mängel dieses Gesetzbuches.

Die Vorzüge liegen darin, daß uns hier das Recht in seiner Bewegung und Entwicklung entgegentritt, nicht in kalten Definitionen und in abstrakten Regeln. Es bildet sich an einzelnen Fällen, es gestaltet sich unter den Kontroversen der Juristen. Dem geschärften geistigen Blick eröffnen sich weite Perspektiven; Leben entsteigt den Fragmenten, wie verstümmelt sie auch zum Theil in der Sammlung sind. Wir hören die eigenen Worte der großen Meister des Rechtes. Sie theilen uns ihre Zweifel, ihre Entscheidungsgründe mit. Wir arbeiten, wir denken mit ihnen.

1) Die Entstehungsgeschichte des corpus juris und vieles Einzelne, was wissenswerth ist, muß der Rechtsgeschichte überlassen bleiben. Hier ist nur Einiges hervorzuheben, was für das Pandektenrecht besonders wichtig ist. Vgl. über das corpus juris civilis Spangenberg, Einleitung in das justinianische Rechtsbuch 1817; Ergleben, Einleitung in das römische Privatrecht 1854. Beide Bücher sind in mancher Hinsicht veraltet. — Ueber die Interpretation des corpus juris civilis werden wir im § 36 sprechen.

2) Unter Kodifikation — *codicem facere* — versteht man ein Gesetzbuch, welches das Recht oder einen Zweig des Rechtes, z. B. das Privatrecht oder einen Theil desselben, erschöpfend regelt, unter Aufhebung früherer Gesetze, welche dieselbe Materie betreffen. In diesem Sinne bildeten der codex und die Pandekten Justinians eine Kodifikation. Aus der neueren Zeit sind u. a. Kodifikationen: das allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, sowie das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Als Novellengesetzgebung bezeichnet man Gesetze, welche Einzelnes regeln und abändern, aber nicht den Zweck haben, eine Rechtsmaterie erschöpfend zu behandeln.

Bei solcher Methode des Gesetzbuches war streng gegliederte systematische Folge, leicht überschauliche Ordnung, volle Einheitlichkeit nicht zu gewinnen. Die Gliederung und Ordnung der Rechtsätze beschränkt sich auf ihre Rubricirung unter die einzelnen Titel. In den einzelnen Titeln der Pandekten und des Kodex erscheint vom systematischen Standpunkt aus betrachtet alles bunt durcheinander geworfen. Innerhalb der einzelnen Pandektentitel ergab sich die Folge der Fragmente aus der Vertheilung der zu excerptirenden Bücher unter die Mitglieder der Redaktionskommission;<sup>3</sup> in den Titeln des Kodex bestimmte das Datum die Reihenfolge der Verordnungen. Kein einheitlicher Gedanke führt von dem einen Fragment zum andern. Im achtzehnten Jahrhundert war dies Gegenstand lebhaften Tadel. Das neunzehnte Jahrhundert denkt hierüber ruhiger.<sup>4</sup>

### § 7. Gesamtausgaben des corpus juris. Citirmethode.

Die Gesamtausgaben des corpus juris civilis sind theils solche mit Kommentar, theils ohne solchen.

1. Den umfassendsten Kommentar giebt die Accursische Glossie, welche im 13. Jahrhundert zusammengestellt ist.

Glossirte Manuskripte und Ausgaben zerfallen in fünf Bände, nämlich:

a) das Digestum vetus, d. h. die Pandekten bis einschließlich Buch 24 Titel 2;

b) das Infortiatum, d. h. die Pandekten bis zum Ende des Buches 38. Das Schlußstück dieses Bandes heißt tres partes — nach den mitten im Texte der l. 82 § 2 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vorkommenden Worten „tres partes“;

c) Das Digestum novum, d. h. die Pandekten von Buch 39 ab;

3) Wie die Reihenfolge der Pandektenfragmente entstand, hat Bluhme nachgemessen: Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4 n. 6. Siehe auch Krüger in der Pandektenuausgabe von Mommsen 1870 vol. II in fine p. 50 ff. Die Compileratoren excerptiren getrennt drei Massen von Büchern: die Sabinusmasse (S.), die Ediktmasse (E.), die Papinianusmasse (P.) genannt, wozu noch ein Nachtrag — appendix (A.) — kam.

4) Unter allen „Fehlern“ — vitia —, welche man seit dem 17. Jahrhundert dem corpus juris civilis vorwarf, erschien dieser als der schwerste. Eine Abhilfe unternahm Pothier: Pandectae justinianae in novum ordinem digestae, 3 Bände 1748. Es sind hier unter der Aufschrift der Pandektentitel die hauptsächlichsten in deren Materie einschlägigen Stellen in systematischer Ordnung aufgeführt. Das Werk ist zu empfehlen für Fälle, in denen man sich aus den Quellen über eine bestimmte Lehre vorläufig orientiren will.

d) der Codex, d. h. dessen neun erste Bücher;

e) das Volumen, d. h. die drei letzten Bücher des Codex, die Novellen und die Institutionen.<sup>1</sup>

Einen kürzeren fortlaufenden Kommentar giebt die Ausgabe von Dionysius Gothofredus, welche zuerst im Jahre 1583 erschien und seitdem oft aufgelegt wurde. Sie adoptirte den Namen corpus juris civilis für das justinianische Rechtsbuch, welcher seitdem allgemein im Gebrauch blieb. Der Werth des Kommentars von Gothofredus liegt in der Anführung der Parallelstellen, d. h. gleichartiger oder verwandter Aussprüche, und der Antinomien, d. h. der widersprechenden Gesetze. Denn erst durch solche Vergleichung wird die einzelne Stelle in das rechte Licht gerückt.

2. Unter den Ausgaben ohne Kommentar ist sehr verbreitet die von den Gebrüdern Kriegel, in welcher diese die Pandekten, Herrmann den Kodex, Osenbrüggen die Novellen edirten.

Den korrektesten Text giebt die Ausgabe von Mommsen und Krüger, Berlin 1877 ff. Mommsen hat die Pandekten, Krüger die Institutionen und den Kodex herausgegeben; die Novellen bearbeitet Schöll.

Nach der Ausgabe von Mommsen wird in unserem Werk citirt.

Die herkömmliche Citirmethode veranschaulichen folgende Beispiele:

1) **pr. J. de legatis 2, 20.**

Das „J“ bedeutet Justinians Institutionen, die folgende „2“ zeigt auf deren zweites Buch, das „20“ auf den zwanzigsten Titel des Buches mit der Ueberschrift „de legatis“.

Endlich hat man in diesem Titel den ersten Satz — pr. — aufzusuchen, um die citirte Stelle zu haben.

Pr. = principium ist in Institutionen, Pandekten, Kodex der Einleitungsparagraph; die folgenden Paragraphen werden als §§ 1, 2 u. s. w. bezeichnet.

1) Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Eintheilung der Pandekten in vetus, infortiatum und novum auf Erfindung beruht, oder im Zufall ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Aberwitz schlimmster Art. Auch sprechen die Namen der drei Theile gegen sie. Das wahrscheinliche ist, daß das Urreemplar der Vulgathandschriften nur bis zu den Worten tres partes reichte, was man sich durch eine zufällige Vernichtung der letzten Theile der Handschrift erklären kann. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß diese Handschrift auf einer Abschrift der Florentina beruhte. Jrgend ein Besitzer hat dann das Exemplar durch eine neue Abschrift der Florentina ergänzt, indem er den zweiten Theil durch das Stück von tres partes an verstärkte und den dritten Theil als Digestum novum zufügte. Vgl. Mommsen in Beckers Jahrbuch Bd. 5 S. 429 und praefatio zu den Digesta LXXII.

- 2) 1. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

Daß „D“ bezeichnet die Digesten oder Pandekten,  
die „8“ citirt das achte Buch dieses Werkes,  
die „3“ den dritten Titel dieses Buches.

In diesem Titel ist die dreiundzwanzigste lex = 1 zu finden,  
d. h. das dreiundzwanzigste in dem Titel aufgenommene  
Bruchstück. Der § 2 dieser lex ist die aufzufuchende  
Stelle.

- 3) 1. 15 pr. C. de testamentis 6, 23.

Daß „C“ bezeichnet den Codex von Justinian,  
die „6“ das sechste Buch dieses Codex,  
die „23“ den dreiundzwanzigsten Titel dieses Buches,  
die vorgestellte Zahl „15“ die fünfzehnte Verordnung, deren  
erster Satz — als pr. bezeichnet — die gesuchte Stelle  
ist.<sup>2, 3</sup>

- 4) Die Novellen citirt man wie moderne Bücher: nov. 118
- 
- cap. 1.

### § 8. I. Die Institutionen.

Bis Justinian dienten die Institutionen des Gajus theils in echter  
Gestalt, theils in Umarbeitungen, der Einführung, der studirenden Jugend

2) Des Weiteren ist Folgendes zu bemerken: a) das 30., 31. und 32. Buch der  
Pandekten über die Vermächtnisse zerfallen nicht in Titel; man citirt D. de legatis  
I, II, III. — b) Enthält ein Titel nur eine lex, so citirt man l. un. = lex  
unica. — c) Handelt es sich um eine vorher citirte Stelle, so schreibt man l. cit. =  
lex citata. — d) Citirt man den Titel, welcher die besprochene Lehre ex professo  
behandelt, so schreibt man oft h. t. = hujus tituli. — e) Citirt man eine l. aus  
einem Titel, den man eben anführte, so schreibt man oft eod., z. B. l. 6 D. eod.  
— f) Zieht man aus einer Stelle nur eine Schlußfolgerung, so schreibt man oft  
arg. = argumento.

3) Die Citirmethode des Textes ist die derzeit herrschende. Es finden sich aber  
auch bei den Neueren mancherlei Abweichungen. a) Einige citiren die Pandekten-  
stellen statt l. = lex mit fr. = fragmentum, und die Codexstellen statt l. mit c. =  
constitutio. — b) Einige citiren die Titelüberschrift ohne Hinzufügung der Zahl  
des bezüglichen Buches und Titels, z. B. l. 1 D. de rei vindicatione. Man verläßt  
sich darauf, daß jeder Leser weiß, daß es sich um Titel 1 des 6. Buchs der Pandekten  
handelt. Ein Verzeichniß der Titelüberschriften der Institutionen, der Pandekten  
und des Codex fehlt zudem nur in wenigen Ausgaben. In der corpus juris-Ausgabe  
von Mommsen findet es sich unmittelbar nach dem Titelblatt des ersten Bandes.  
Manche citiren die Titel bloß mit Zahlen, z. B. l. 1 D. 6, 1, was wenig zweckmäßig  
ist. — c) Einige verlassen die hergebrachte Weise, die gesuchte lex bei der Citation  
vorzustellen, und citiren nach der Ordnung, wie man aufschlägt, z. B. D. de rei  
vindicatione 6, 1 l. 1 statt l. 1 D. de rei vindicatione 6, 1. — Die Glossatoren  
citirten in anderer Weise, als die Neueren, was zum Theil mit dem Mangel einer  
feststehenden Zählung der leges und Paragraphen zusammenhängt. Ueber die Citir-  
methode der Glossatoren vgl. Thibaut civilistische Abhandlungen, Abh. 10 „Ueber  
die Arten das Corpus juris Romani zu citiren.“

in die Rechtswissenschaft.<sup>1</sup> Justinian setzte an deren Stelle kaiserliche Institutionen. Diese Institutionen nahmen das Lehrbuch von Gajus zur Grundlage,<sup>2</sup> vervollständigten es aber aus anderen Lehrbüchern klassischer römischer Juristen, schieden das veraltete aus und nahmen auch Uebersichten wichtigerer Konstitutionen Justinians in sich auf.<sup>3</sup>

Der Zweck der Institutionen war eine summarische Darstellung der Elemente des geltenden Rechtes. In erster Linie Lehrbuch, sind sie zugleich Gesetzbuch.

Die systematische Gliederung der Institutionen von Gajus und von Justinian beruht auf der Anschauung, daß sich alles Recht entweder beziehe auf *personae* — Lehre von den Rechtssubjekten — oder auf *res* — Lehre von den Vermögensrechten — oder auf *actiones* — Lehre von den Klagrechten.<sup>4</sup>

Die Institutionen zerfallen in vier Bücher. Jedes Buch hat verschiedene Titel mit besonderen Ueberschriften.

Die Institutionen wurden zusammen mit den Pandekten in Kraft gesetzt.

Von dürftigen Fragmenten eines Veroneser Palimpsestes abgesehen, sind die Institutionenhandschriften nicht alt. Zwei reichen in das 9. oder 10. Jahrhundert, die anderen gehören der Glossatorenzeit an.<sup>5</sup>

Um den Text hat sich Krüger verdient gemacht. Einen reichen und belehrenden Kommentar giebt die Institutionenausgabe von Schrader 1833.<sup>6</sup>

## § 9. 2. Die Pandekten.

Den Kern des justinianischen Gesetzeswerkes bilden die Pandekten. Sie wurden durch die *constitutio „deo auctore“* vom 15. December 530 vorbereitet, welche die Einsetzung einer Kommission unter Tri-

1) Vgl. Dernburg, die Institutionen des Gajus 1869; siehe auch die italienische Bearbeitung dieses Buches von Felice Cattaneo. Pavia 1881.

2) Das Verhältniß der Institutionen und des Gajus stellt vor Augen Gneist, *syntagma institutionum* 1858, in zweiter Auflage 1880.

3) Ueber die Entstehung der Institutionen Justinians giebt deren *proemium* Auskunft. Die Redaktoren waren Tribonian und die Professoren Theophilus und Dorotheus.

4) § 12 J. de jure nat. 1, 2. *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*; vgl. Gaj. Inst. I § 8.

5) Vgl. die Vorrede von Krüger zu seiner Institutionenausgabe.

6) Dem Texte der Institutionen, welchen Schrader bildet, läßt sich gleiches Lob nicht spenden. Ueber die „monströse Anlage“ desselben vergleiche Krüger, Kritik des justinianischen Codex 1867 S. 4 und 5.

bonians Vorſitz zu ihrer Abfaſſung anordnete. Am 16. December 533 wurden die Pandekten durch die Konſtitutionen „*tanta*“ und „*δέδωκεν*“ publicirt und unter demſelben Datum durch die Konſtitution „*omnem reipublicae*“ den Rechtslehrern mitgetheilt. Sie traten am 30. December 533 im Reiche Juſtinians in Kraft.

In fünfzig Büchern, welche in Titel zerlegt ſind, enthalten die Pandekten Auszüge aus Schriften von 39 römischen Juristen, welche vorzugsweiſe der heidniſchen Kaiſerzeit angehören. Die Auszüge tragen den Namen des Verfaſſers und das Werk, dem ſie entnommen ſind, an der Spitze. Man pflegt ſie Geſetze — *leges* — zu nennen.

Manche Neueren ſprechen anſtatt deſſen von Fragmenten. In der That haben dieſe Ausſprüche von Geſetzen im Sinne der Neueren wenig an ſich. Es ſind wiſſenſchaftliche Erörterungen, welche dieſen Charakter dadurch nicht verlieren konnten, daß ſie Juſtinian zu Geſetzen erklärte.

Die Pandekten ſollten, wie die Inſtitutionen, nicht bloß als Geſetz, ſondern auch als Lehrbuch benutzt werden.

Was den Text anlangt, ſo iſt hervorzuheben: <sup>12</sup>

a) Die wichtigſte Handſchrift iſt die lange Zeit Piſa angehörende, ſpäter durch Florenz gewonnene Florentina, früher Piſana genannt.

Dieſe Handſchrift iſt zwar nicht, wie Aeltere vermeinten, das Handexemplar Juſtinians, aber doch zu Anfang des 7. Jahrhunderts zu Byzanz verfertigt. Sie iſt nahezu vollſtändig. Sie giebt zum Theil eine doppelte Recenſion, nämlich die Recenſion deſſenigen Manuſcriptes, welches der Abſchrift zu Grunde lag und nach welchem ſie ein erſter Korrektor revidirte, und die Recenſion einer jüngerer Handſchrift, nach welcher ein zweiter Korrektor verbesserte. In der Regel muß dieſe zweite Textrecenſion, als eine modernisirte, der erſteren nachſtehen. <sup>3</sup>

Außer der Florentina exiſtiren Bruchſtücke ſehr alter Handſchriften: die Neapolitaner und Pommerſfelder Fragmente geringen Umfaſſes.

b) Man zählt ferner zahlreiche ſogenannte Vulgathand-

1) Die wichtigſte Pandektenausgabe iſt die von Th. Mommsen *Digesta Justiniani Augusti* 1870 2 Bde. mit einer höchſt beſehrenden Vorrede.

2) Mommsen, Ueber die kritiſche Grundlage unſeres *Digestentextes* in *Bekker und Muthers Jahrbuch* Bd. 5 S. 18, und dann in der Vorrede zu ſeiner *Digestenausgabe*. Vgl. auch Zachariä von Lingenthal in der *Zeitschrift für Rechtsgewiſſen* Bd. 10 S. 165. Ueber Handſchriften und Ausgaben des *corpus juris* iſt auch die Darſtellung von Brinz, *Pandekten* Bd. 1 S. 3 ff. zu vergleichen.

3) Das Nähere ſiehe bei Mommsen, Vorrede a. a. D. S. LIV ff., vgl. auch Zachariä a. a. D. S. 172.

schriften, welche in der Zeit der Glossatoren und später geschrieben sind. Nach Mommsens Ansicht sind es an die fünfhundert.<sup>4</sup>

Das Verhältniß dieser Vulgathandschriften zur Florentina erschien als Räthsel. Ihre Abhängigkeit von der Florentina ist sicher, denn die Vulgathandschriften haben zahlreiche Fehler aus der Florentina übernommen, und sie haben sogar die Unordnung, welche durch Verheftung von Blättern der Florentina entstand, sämmtlich getreulich kopirt. Andererseits enthalten die Vulgathandschriften unzweifelhaft echte Ergänzungen der Florentina. Die Handschrift — dahin hat Mommsen den Sachverhalt aufgeklärt —, von der sie stammen, beruhte freilich auf der Florentina, wurde aber bei einer Revision aus einer anderen, nunmehr verlorenen Handschrift ergänzt, verbessert, hie und da verschlechtert.<sup>5</sup>

Demnach haben die Vulgathandschriften der Florentina gegenüber nur soweit Bedeutung, als sie eine derartige Emendation aus anderer Quelle erkennen lassen.

c) Sehr untergeordneten Werth hat die lectio Haloandrina, d. h. die Lesart Haloanders in seiner Pandektenausgabe von 1529. Denn das Bestreben Haloanders war nach der Weise seiner Zeit vorzugsweise auf einen möglichst lesbaren Text gerichtet, so daß er sich an seine handschriftlichen Vorlagen nicht band.<sup>6</sup>

d) Das wichtigste Mittel für die Rekonstruirung des echten Textes der Pandekten neben der Florentina sind die griechischen nachjustinianischen Rechtsquellen, insbesondere der Text der Basiliken. Stimmen Basiliken und Florentina überein, so ist die Lesart unanfechtbar, es sei denn, daß sie keinen Sinn hat. Wir sind nicht befugt, sie um deswillen zu ändern, weil uns das Resultat ein unzweckmäßiges scheint, oder weil es singular, von allgemeinen Grundsätzen abweichend ist.<sup>7</sup>

4) Mommsen Vorrede S. XXXXV „si tria volumina seorsum computamus.“

5) Nach Mommsen haben alle Vulgathandschriften ihre Quelle in einer Abschrift der Florentina etwa aus dem 11. Jahrhundert. Mommsen bezeichnet sie mit S. Diese Handschrift sei dann an einigen Stellen aus einer anderen alten, von der Florentina verschiedenen Handschrift emendirt worden, vgl. S. LXX der Vorrede der Digesta von Mommsen. Siehe übrigens auch oben § 7 Anm. 1.

6) Das Verfahren von Haloander bei Herausgabe der Pandekten schildert eingehend Stinking, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 189.

7) Ein Beispiel giebt die l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20, 5 von Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Nach der Lesart der Florentina, mit welcher die Basiliken übereinstimmen, wird dort ein Vertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, wonach der letztere die Pfandsache nicht veräußern darf, für gültig, der zuwiderlaufende Verkauf für nichtig erklärt. In anderen Fällen haben aber vertragsmäßige Veräußerungsverbote nach römischem Rechte eine derartige dingliche Wirkung nicht. Deshalb modelt man die l. 7 § 1 cit. sehr häufig

## § 10. 3. Der codex constitutionum.

Justinian kam im Jahre 527 zur Regierung. Bereits im folgenden Jahre erließ er in der const. „haec quae necessario“ den Befehl zur Herstellung eines codex, in welchem alle für die Praxis wichtigen Verordnungen römischer Kaiser aufgenommen werden sollten. Die const. „summa reipublicae“ vom April 529 publicirte das rasch vollendete Werk.

Nach der Abfassung der Pandekten schien eine vermehrte und verbesserte Auflage des Gesetzeswerkes, ein „codex repetitae praelectionis“ nöthig. Derselbe wurde durch die const. „cordi nobis“ vom 29. December 534 ab in Kraft gesetzt. Dieser zweite Codex ist uns allein erhalten.

Er wurde durch die Verordnungen vermehrt, welche Justinian während der Abfassung der Pandekten erlassen hatte. Zu diesen gehörten die 50 Entscheidungen von Kontroversen klassischer Juristen, die *quinquaginta decisiones*.

Der Codex zerfällt in 12 Bücher, jedes Buch in Titel. Die Titel enthalten Konstitutionen mit Aufschrift und Unterschrift. Die ältesten aufgenommenen Verordnungen sind von Hadrian.

Die Sprache der Konstitutionen ist überwiegend die lateinische. Einige Konstitutionen jedoch waren griechisch abgefaßt. Sie verloren sich in den Handschriften, welche man im Abendlande zur Zeit des Mittelalters veranstaltete. Erst im 16. Jahrhundert wurden sie aus griechischen Quellen ihrem Sinne nach hergestellt und in die Codexausgaben aufgenommen — *leges restitutae*.<sup>1</sup>

Die im Codex gesammelten Verordnungen sind nur zum kleineren Theile Gesetze im Sinne der Neueren; die meisten Konstitutionen sind kaiserliche Reskripte, d. h. Entscheidungen von in der Praxis verhandelten Rechtsfällen auf Anfragen; die Anfragen existiren nicht mehr. Damit fehlt ein wesentliches Moment zur Beurtheilung der Tragweite

um. Mommsen schiebt zwischen *nullam* und *venditionem* ein „*nec impediendum esse*“. Andere helfen anders. Uns scheint jede Aenderung unberechtigt. Einen Kopistenfehler nimmt Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 68 an. Derselbe sei sehr alt und in verschiedene Handschriften übergegangen. Was bürgt uns dann dafür, daß er, wenn wirklich vorhanden, nicht älter ist, als die Kompilation Justinians und daß nicht die Kompilatoren den Satz, wie er uns vorliegt, mit dem Bewußtsein seiner Besonderheit aufnahmen. Können nicht die Kompilatoren selbst den Fehler, d. h. die Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen, verbrochen und eine Singularität eingeführt haben? Mit Möglichkeiten verliert man den festen Boden, welchen der handschriftlich vollkommen beglaubigte Text allein abgiebt.

1) Witte, die *leges restitutae* des justinianischen Codex.

der Antwort, obgleich diese meist die wesentlichen Punkte der Anfrage recapitulirt.

In welchem Verhältniß der Kodex zu den Pandekten und zu den Institutionen steht, war von jeher bestritten. Viele geben dem Kodex als dem — in seiner zweiten Ausgabe — später publicirten Gesetze den Vorzug. Dies ist aber nicht richtig. Nach dem Willen Justinians sollten vielmehr Institutionen, Pandekten und Kodex als ein Werk gelten, dessen einzelne Theile nur aus äußeren Gründen zu verschiedenen Zeiten fertig gestellt und publicirt wurden. Ausdrücklich erklärt Justinian in der *const. tanta* bei Einführung der Pandekten, das ganze römische Recht liege in den drei volumina der Institutionen, Pandekten und des Kodex beschlossen vor; die Institutionen und Pandekten sollten gelten „*una cum nostris constitutionibus*“. Allerdings hat man hiergegen eingewendet, diese bei der Einführung der Pandekten im Jahre 533 abgegebene Erklärung beziehe sich bloß auf das Verhältniß der Institutionen und Pandekten zu dem alten, nicht auf uns gekommenen Kodex, nicht aber auf ihr Verhältniß zum neuen Kodex vom Jahre 534.<sup>2</sup> Bei dieser Argumentation wird aber nicht gewürdigt, daß die *const. tanta*, in welcher sich die angeführte Erklärung Justinians findet, in den neuen Kodex von Justinian aufgenommen ist und einen Bestandtheil desselben bildet. In diesem Zusammenhang aber bezieht sie sich gerade auf den neuen Kodex und nur auf ihn.<sup>3</sup>

Diejenigen Verordnungen jedoch, welche nach der Publikation der Institutionen und der Pandekten veröffentlicht wurden und dem älteren Recht widersprachen, haben dasselbe abgeändert.

Unter den Kodexhandschriften nimmt den ersten Platz der Veroneser Palimpsest ein, an Alter der Florentina ebenbürtig, aber nur lückenhaft erhalten. Die Handschriften der ersten neun Bücher, die in das 11. Jahrhundert hinaufreichen, beruhen auf einem seinerzeit verbreiteten Auszug, welcher später aus einem vollständigen Exemplar ergänzt wurde. Die erhaltenen Handschriften der letzten drei Bücher sind erheblich jünger.<sup>4</sup>

Den Kodexausgaben widmeten sich von Älteren Haloander, welcher

2) Dies ist die Argumentation von Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 118.

3) Nachdem dies niedergeschrieben war, habe ich dieselbe Argumentation bei Adolf Schmidt, Leipziger Programm 1881 über Gewohnheitsrecht S. 23 gefunden. Dasselbe Resultat gewinnt aus anderen Gründen Thibaut, civil. Abhandlungen 1814 Abh. 6, Savigny, System Bd. 1 S. 271.

4) Ueber Handschriften und Ausgaben orientirt Paul Krüger, Kritik des justinianischen Codex 1867; vgl. hierzu denselben, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 1 ff., Bd. 11 S. 166.

zum Theile eine selbständige Handschrift besserer Art — den codex Egnatianus — benutzte<sup>5</sup>, dann Contius, in neuerer Zeit Herrmann in der Ausgabe des corpus juris von Krüger. Sie alle hat die Ausgabe von Krüger 1873 ff. in Schatten gestellt.<sup>6</sup>

#### § 11. 4. Die Novellen.<sup>1</sup>

Die Novellen — novellae constitutiones — sind Verordnungen, welche Justinian nach Publikation des zweiten Kodex erließ. Die älteste der Novellen — nov. 1 — ist am 1. Januar 535 erlassen, die jüngste — nov. 137 — ist kurz vor dem im Jahre 565 erfolgten Tode Justinians publicirt.

Viele dieser Novellen haben nur ein historisches Interesse. Sie beziehen sich auf kirchliche Zustände und die Verfassung des byzantinischen Reiches, sowie auf lokale Einrichtungen desselben. Einige Novellen sind von einschneidender Wichtigkeit. Dies gilt vor allem von der Novelle 118, welche die Intestaterbfolge der Verwandten neu regelte, wie auch von der Novelle 115 über das Motherbenrecht der Descendenten und der Ascendenten.

Die meisten Novellen wurden in griechischer Sprache abgefaßt, nur wenige in lateinischer.

Eine officiële Sammlung seiner Novellen hat Justinian nicht herausgegeben.

Hinsichtlich der Ueberlieferung ist hervorzuheben:

1. Im früheren Mittelalter benutzte man in Italien das f. g. epitome Juliani, einen lateinischen Auszug aus 125 Novellen Justinians, welchen der Professor Julian zu Konstantinopel um das Jahr 556 verfertigte.<sup>2</sup>

2. Im 12. Jahrhundert lernte man in Italien das f. g. authenticum kennen, eine Sammlung von 134 Novellen. Sie gab den Originaltext der lateinisch erlassenen Novellen und eine lateinische Uebersetzung der griechischen Novellen Justinians. Die Uebersetzung ist

5) Der codex Egnatianus reichte vom 4. Titel des 1. Buchs bis zum 44. Titel des 9. Buchs; im 4. Buche fehlte der größte Theil, das 7. Buch fehlte fast ganz. Vgl. Stinking, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. I S. 194.

6) Krüger hat den codex Justinianus 1873 herausgegeben. Er hat denselben dann auch im corpus juris von Mommsen edirt.

1) F. A. Biener, Geschichte der Novellen Justinians 1824.

2) Welchen Titel der Autor dem Werke gab, ist unbekannt. Handschriftlich findet sich als Titel: Constitutiones novellae Justiniani de graeco in latinum translatae per Julianum virum eloquentissimum antecessorem civitatis Constantino-politanae.

eine wörtliche, zum Theile stümperhaft, hie und da unverständlich. Sie wurde wahrscheinlich in Italien zu Ende des Jahres 556 auf Justinians Anordnung officiell verfaßt.<sup>3</sup> Daher der Name authenticum. Man bezeichnet die Sammlung auch als Vulgata.

Die Glossatoren verfertigten Auszüge, s. g. *authenticae*, welche sie in den Rodez je an den bezüglichen Ort einfügten.<sup>4</sup>

3. Eine andere Sammlung von 168 Novellen wurde seit dem 16. Jahrhundert im Occident allgemein bekannt. Sie stammt aus der Zeit von Tiberius II. und enthält größtentheils Verordnungen Justinians, aber auch andere Thaten. Die Sammlung ist durchweg griechisch. Novellen Justinians, deren Original lateinisch war, sind in das Griechische übertragen.<sup>5</sup>

Mittels der beiden Sammlungen kennen wir 165 justinianische Novellen.<sup>6</sup> Die Lesart des authenticum ist nicht, wie manche annehmen, als die gemeinrechtlich maßgebende anzusehen.<sup>7</sup> Vielmehr ist der justinianische Text soweit möglich zu erforschen und maßgebend. Für die griechisch erlassenen Novellen ist daher die griechische Sammlung zu Grunde zu legen. Gewohnheitsrechtliche Bildungen, die sich an den Text des authenticum angeschlossen, haben natürlich gleichwohl Kraft.

Die Novellen haben unbestrittenermaßen den Vorzug vor anderen Bestandtheilen des *corpus juris civilis*. Jüngere Novellen haben in Kollisionsfällen den Vorzug vor älteren.

## II. Das kanonische Recht.

### § 12. 1. Das *corpus juris canonici*.

Die zweite Hauptquelle des gemeinen Rechtes bildet das kanonische Recht. Es ist dies die von der römischen Kirche ausgehende Gesetz-

3) Dies hat Zachariae ausgeführt: Zur Geschichte des Authenticum und der *epitome novellarum* des antecessor Julianus; Sitzungsbericht der preussischen Akademie der Wissenschaften 1882 XLV.

4) Im *corpus juris* von Mommsen und Krüger sind diese Authentiken aus dem Texte des Rodez hinausgewiesen. In dieser Ausgabe finden sie sich in appendix II des Rodez.

5) Zuerst gab den griechischen Text der Novellen nach dieser Handschrift Haloander heraus. Stinking, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 197. Dort findet sich S. 206 die Angabe der nächstfolgenden Ausgaben.

6) Glossirt sind 96 Novellen. In der Ausgabe von Osenbrüggen sind die glossirten durch Gl. ausgezeichnet.

7) Manche legen bei den Novellen den Text des Authenticum als den angeblich recipirten zu Grunde, vgl. Osenbrüggen in Lindes Zeitschrift Bd. 17 Nr. 11. Daß die Regel „*quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*“ dies nicht begründen kann, darüber vgl. oben § 4 Ziffer 3.

gebung, wie sie sich im Mittelalter und in dessen Ausgange feststellte. Sie erstreckt sich keineswegs bloß auf Kirchenrecht. Die gewaltige Stellung der Kirche im Mittelalter erklärt, daß sie außer den rein kirchlichen Sachen und dem Prozeß auch Strafrecht und Privatrecht in den Bereich ihrer Gesetzgebung ziehen konnte.

Man unterscheidet das corpus juris canonici clausum und non clausum. Das geschlossene corpus juris canonici<sup>1</sup> bilden folgende Bücher:

1. Das decretum Gratiani, eine Privatarbeit des Mönches Gratian aus dem 12. Jahrhundert. Der Titel, welchen man früher diesem Werke gab, concordia discordantium canonum zeigt die Intention der Arbeit an. Scheinbare Widersprüche der kirchlichen Quellen sollten in Harmonie gebracht werden. Zu diesem Zwecke wurden Zusammenstellungen aus sehr verschiedenen kirchlichen Quellen gemacht. An sie schließt sich der Versuch der Vereinigung — dicta Gratiani.

Das Dekret wurde als Lehrbuch benutzt. Die von Gratian angezogenen Stellen erhielten zum größeren Theil gesetzsgleiche Geltung durch den Gebrauch der Kirche. Die dicta Gratiani erhielten aber eine solche Geltung nicht.<sup>2</sup>

2. Gregor IX. stellte eigene und ältere päpstliche Verordnungen — Dekretalen — zusammen und publicirte sie im Jahre 1234.

Die Dekretalen Gregors IX. zerfallen in fünf Bücher, jedes Buch in Titel mit Uberschrift, die Titel enthalten die einzelnen Verordnungen. Die Anordnung war der des justinianischen Kodex nachgebildet.

Die Dekretalen sollten sich ungefähr zum Dekretum des Gratian verhalten, wie der Kodex Justinians zu den Pandekten.<sup>3</sup>

1) Ausgaben des corpus juris canonici sind:

a) die unter Autorität des Papstes Gregor XIII. publicirte s. g. römische von 1582 mit der Glosse, b) das corpus juris canonici von J. V. Böhmer 1742, c) die Ausgabe von Nem. Ludw. Richter 1839, d) diejenige von Nem. Friedberg 1877 und 1881. Diese Ausgabe restituirt den ursprünglichen Text Gratians.

2) Das Dekret zerfällt in drei partes: a) der erste Theil hat 101 Distinctionen. Man citirt c. 1 Dist. 10, d. h. der erste Kanon der 10. Distinction im ersten Theil des Dekretes; b) der zweite Theil zerfällt in 36 Causae, d. h. Rechtsfälle, über welche verschiedene Fragen — quaestiones — aufgeworfen und durch canones beantwortet werden. Man citirt c. 2 C. 1 qu. 5, d. h. in der Causa 1 und deren quaestio 5 der canon 2. Von den quaestiones dieses Buches ist die dritte quaestio der causa 33 — de poenitentia — in 7 Distinctionen getheilt. Man citirt can. 9 d. 2 de poenitentia; c) der dritte Theil des Dekretes heißt: de consecratione. Dieser Theil zerfällt in fünf Distinctionen. Man citirt c. 67 Dist. 2 de consecratione, d. h. der 67. canon der 2. Distinction des 3. Theiles des Dekretes.

3) Die Dekretalen Gregors IX. bezeichnet man mit X = extra = extra decretum Gratiani vagantes. Man citirt entsprechend der Citation des justinianischen Kodex cap. 4 X de probationibus 2, 19.

3. Bonifaz VIII. publicirte im Jahre 1298 einen Nachtrag zu den Dekretalen Gregors IX. — den *liber sextus decretalium*. Das Buch zerfällt wieder in fünf Bücher und in Titel, wie die Dekretalen Gregors IX. als deren Ergänzung.<sup>4</sup>

4. Den letzten Bestandtheil bilden die fünf Bücher *Clementinae*, eine von Clemens V. zusammengestellte, im Jahre 1317 fund gemachte Sammlung von Dekretalen dieses Papstes und der durch ihn bestätigten Beschlüsse des Concilium von Vienne.<sup>5</sup>

Die beiden anderen im *corpus juris canonici* noch enthaltenen Sammlungen — die *extravagantes Johannis XXII* und die *extravagantes communes* — bilden das *corpus juris canonici non clausum*.

Von hervorragender Wichtigkeit sind die Beschlüsse des *concilium Tridentinum*, welches von 1545—1563 tagte und der Verfassung der katholischen Kirche den Abschluß gab.

### § 13. Die Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland.

Man kann darüber streiten, ob es richtig ist, von einer Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland zu reden.

Denn der Papst war in Deutschland bis zur Reformation Obrigkeit und oberster Gesetzgeber in geistlichen Dingen und in allem, was unter dem religiös-ethischen Gesichtspunkt hiermit in Zusammenhang gebracht werden konnte. In den geistlichen Gerichten Deutschlands wendete man daher die gehörig publicirten päpstlichen Dekretalen als unmittelbar verbindliches Gesetz an. Die geistlichen Gerichte hatten die umfassendste Zuständigkeit auch in weltlichen Sachen.<sup>1</sup>

Aber den ungelehrten Gerichten der Schöffen blieb das kanonische Recht im wesentlichen fremd. In die weltlichen Gerichte drang es ein, seit die Gerichte durch gelehrte Richter verwaltet wurden. Vom Standpunkte der weltlichen Gerichte aus läßt sich mit Fug von einer Reception des kanonischen Rechtes sprechen. Als maßgebend erachtete man hierbei das *corpus juris canonici clausum*. Aber der Gerichtsgebrauch hielt sich hieran nicht streng. Auch das *concilium Tridentinum* erhielt in mehreren Beziehungen Geltung, vor allem im katho-

4) Man bezeichnet das Werk mit in 6to und citirt es im Uebrigen wie die Dekretalen Gregors IX., z. B. cap. 2 in 6to de renunciatione 1, 7.

5) Man citirt c. 2 in Clem. de haereticis 5, 3, d. h. die 2. Verordnung im 3. Titel des 5. Buches der *Clementinae*.

1) Ueber die Gerichtsbarkeit der Kirche im Mittelalter vgl. die interessante Darstellung von Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft S. 21 ff.

liſchen Eherecht, jedoch auch in anderen Bestimmungen, z. B. bezüglich der Kirchenbaulast der Patrone, wirkte es auf das gemeine Recht ein.<sup>2</sup>

Vielbestritten ist das Verhältniß des kanonischen Rechtes zum römischen Rechte. Meist giebt man dem kanonischen Recht als der jüngeren Rechtsquelle den Vorzug. Es ist aber zu bedenken, daß die Reception beider Rechtsquellen durch den Gerichtsgebrauch geschah. Dieser hielt sich nicht an ein formales Princip, sondern gab denjenigen Bestimmungen den Vorzug, welche den deutschen Rechtsanschauungen vorzugsweise entsprachen.

Unter vielen Beispielen heben wir einige hervor. Das kanonische Recht erkennt die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes vor dem Pfarrer und zwei Zeugen an. Die gemeine Gewohnheit aber beseitigte diese Testamentsform. Ebenso wurde das kanonische Verbot des Zinsnehmens durch die Praxis beseitigt, welche auf die Zinsbeschränkungen des römischen Rechtes zurückging. Das kanonische Recht ferner fordert für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes Ablauf der Verjährungszeit; die neuere Theorie und Wissenschaft sieht hiervon ab.

In anderen Materien überwog wieder das kanonische Recht; so beispielsweise bezüglich der Frage, ob zur Verjährung bona fides des Präskribenten, d. h. dessen erforderlich ist, welchem die Verjährung zu Gute kommt.

Das Verhältniß der beiden Rechte war keineswegs in den verschiedenen Jahrhunderten seit der Reception stets dasselbe. Vor allem wurde in Folge der Reformation in den evangelischen Ländern die Geltung des kanonischen Rechtes insoweit beseitigt, als es der evangelischen Lehre widersprach.<sup>3</sup> Später wurden auch andere Rechtsätze des kanonischen Rechtes, welche man in älterer Zeit als rechtsverbindlich ansah, durch die Praxis aufgegeben.

Die Praxis ist also an erster Stelle über das Verhältniß beider Rechtsquellen zu befragen. Nur soweit hierbei ein bestimmtes Resultat nicht zu gewinnen ist, ist dem kanonischen Rechte der Vorzug zu geben.

2) Concilium Tridentinum sessio 21 cap. 7. Vgl. Carpov, jurispr. consist. lib. 2 def. 334 ff., G. L. Böhmer, principia juris can. § 597.

3) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abth. 1 S. 273. „Der Kampf um das kanonische Recht“.

### III. Die einheimischen Rechtsquellen.

#### § 14. Rechtsquellen vor der Stiftung des norddeutschen Bundes.

Der deutsche Gerichtsgebrauch vorzugsweise hat das gemeine Recht erzeugt. Den Stoff entlehnte er zum größeren Theile den fremden Rechten und nur zu einem geringeren Theile dem einheimischen Rechte. Aber auch das fremde Recht bildete er vielfach in deutschem Sinne um. Beispielsweise übernahm man in Deutschland die römische väterliche Gewalt; aber diese erreichte in Rom ihr Ende erst mit dem Tode des Vaters, sofern der Vater sie nicht selbst freiwillig durch Emancipation löste. In Deutschland endigt nach gemeiner Gewohnheit die Gewalt auch ohne den Willen des Vaters mit der persönlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit des Kindes, durch s. g. emancipatio Germanica. Das römische Rechtsinstitut ist hiermit grundmäßig geändert.

Die Gesetzgebung hatte nach alter deutscher Ansicht nicht die Aufgabe, das Privatrecht zu ordnen. Dies sollte sich im Kreise der Genossen entwickeln. Die Reichsgesetzgebung des Mittelalters zog hiernach im Wesentlichen nur das öffentliche Recht in ihren Kreis, das Privatrecht wurde nur mittelbar und vereinzelt mitbetroffen.<sup>1</sup> Das bedeutendste Verfassungsgesetz des alten Reiches, die goldene Bulle Kaiser Karls IV. vom Jahre 1356, traf z. B. Bestimmungen über das Bergregal, welche von Wichtigkeit für das deutsche Bergrecht geworden sind.<sup>2</sup>

Durch die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. wurden einige zunächst für Italien bestimmte Gesetze an die Glossatoren zur Aufnahme in das corpus juris gesendet. Sie wurden durch die Glossatoren in den Rodey als authenticae Fridericianae eingeschaltet.<sup>3</sup> In Deutschland kamen sie in Folge der Reception des römischen Rechtes mit demselben zur Geltung.

Das 16. Jahrhundert zeigt uns die Reichsgesetzgebung im Anschluß an die recipirten Rechte thätig. Es handelte sich auch jetzt vorzugsweise um Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, die aber zugleich vielfach in das Privatrecht eingriffen.<sup>4</sup>

1) Ueber die Reichsgesetzgebung im Mittelalter vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. 1 S. 459 ff.

2) Vgl. Achenbach, das gemeine deutsche Bergrecht Bd. 1 S. 118.

3) Im corpus juris civilis von Mommsen und Krüger sind diese authenticae aus dem corpus juris ausgeschieden und in appendix II verwiesen. Die Verordnung Friedrichs II. vom Jahre 1220, die von den Glossatoren zerstückelt eingeschaltet wurde, ist dort im Zusammenhange wiedergegeben.

4) Die Reichsgesetze enthält: Neue und vollständige Sammlung der Reichs-

Die hauptsächlichsten Gesetze dieser Zeit sind:

1. Die Notariatsordnung von 1512. Sie hat namentlich die Form der Testamente im Anschluß an das römische Recht behandelt.

2. Der Reichsabschied von Speier von 1529 entschied eine alte romanistische Streitfrage über das Erbrecht von Geschwisterkindern, welche Abkömmlinge verschiedener Geschwister sind, dahin, daß sie nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen theilen sollten, wenn sie ohne Konkurrenz von Geschwistern des Erblassers erben, und daß alle entgegenstehenden Statuten, Gewohnheiten und Gebräuche aufzuheben seien.

3. Eine Ordnung und Reformation guter Polizei — Reichspolizeiordnung — in 39 Titeln nahm 1530 der Reichstag zu Augsburg an. Sie wurde 1548 und 1577 verbessert.

Auf der Reichspolizeiordnung beruht die Entwicklung des deutschen Vormundschaftswesens.

4. Kaiser Karls des V. und des heiligen römischen Reiches peinliche Gerichtsordnung von 1530 und 1532, die i. g. Carolina, ordnete das deutsche Strafrecht.

Aus dem folgenden Jahrhundert mag des instrumentum pacis Osnabrucensis 1648 und des jüngsten Reichsabschieds von 1654 gedacht werden. Der letztere wurde für den gemeinen Prozeß wichtig.

Der nach der Auflösung des deutschen Reiches und der Beseitigung der Fremdherrschaft am 10. Juni 1815 gestiftete, im Jahre 1866 aufgelöste deutsche Bund hatte kein selbständiges Gesetzgebungsrecht. Es wurde aber im Jahre 1847 der Entwurf einer allgemeinen Deutschen Wechselordnung auf Veranlassung Preußens in gemeinsamer Berathung festgestellt, desgleichen im Jahre 1861 auf Veranlassung des Bundestages ein allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Beide Gesetzbücher wurden in den bei weitem meisten deutschen Staaten publicirt. Sie waren kein deutsches gemeinsames Recht, weil sie formell nur auf der Publikation der Territorialstaaten beruhten, aber sie waren allgemeines deutsches Recht, weil sie in dem bei weitem größten Theile Deutschlands galten.<sup>5</sup>

abschiede, welche von Conrad II. an abgefaßt worden, nebst den wichtigsten Reichsschlüssen. 4 Theile in 2 Bänden, Frankfurt am Main 1747. Eine andere Sammlung ist die von Gerflacher, Pandbuch der deutschen Reichsgesetze, 11 Theile, Karlsrude 1786—1794. Eine brauchbare Zusammenstellung der wichtigsten Gesetze gewährt auch Schmauß, Corpus juris publici academicum; neu aufgelegt Leipzig 1774.

<sup>5</sup>) Für die Wechselordnung haben dies manche bestritten, weil sie unter dem 26. November 1848 vom Reichsverweser im Reichsgesetzblatte verkündet war. Aber der Reichsverweser hatte keine gesetzgebende Gewalt, Goldschmidt Handelsrecht Bd. I S. 77.

§ 15. Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches.

Mittels des Publikandums des Königs Wilhelm von Preußen vom 26. Juli 1867 wurde für die deutschen Staaten und Gebiete diesseits des Maines die Verfassung des norddeutschen Bundes verkündet. Unter dem 16. April 1871 führte König Wilhelm als deutscher Kaiser die Verfassung des deutschen Reiches ein, welches auch die deutschen Staaten und Gebiete jenseits des Maines umfaßt.

Der norddeutsche Bund und das deutsche Reich wurden mit einer selbständigen und weiten Zuständigkeit in Sachen der Gesetzgebung ausgestattet. Ihr unterliegt seit dem Gesetze vom 20. December 1873 die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht.<sup>1</sup>

Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und die des Reiches ist bis jetzt vorzugsweise auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes thätig gewesen. Die großen Kodifikationen des Reiches sind:

a) die allgemeine Deutsche Wechselordnung und das Deutsche Handelsgesetzbuch, welche durch das Gesetz vom 5. Juni 1869 zu Bundesgesetzen erhoben und dann auch Reichsgesetze wurden;

b) das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, welches bereits zur Zeit des norddeutschen Bundes publicirt, für das deutsche Reich im Gesetze vom 15. Mai 1871 neu redigirt wurde;

c) das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877;

d) die Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877;

e) die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877;

f) die Konkursordnung vom 10. Februar 1877.

Die letztgenannten vier Prozeßgesetze traten sämmtlich mit dem 1. October 1879 in Kraft.

Außer diesen Gesetzbüchern ist eine große Zahl von einzelnen Bundes- und Reichsgesetzen erlassen worden, von denen die wichtigsten an den einschlägigen Orten zu nennen sind.<sup>2</sup>

Das System des Civilrechtes wird besonders berührt durch die Civilprozeßordnung. Denn materielles Recht und Prozeßrecht stehen in der engsten Wechselwirkung. Nur das Recht, welches prozessualisch im Bestreitungsfall zur Durchführung gelangen kann, hat praktische Bedeutung. Die Lehren von der Klage, vom Beweis, vom

1) Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13.

2) Ein Verzeichniß von für das Privatrecht wichtigen Reichsgesetzen findet sich bei Stobbe, deutsches Privatrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 75 ff.

Urtheil, von der Zwangsvollstreckung treffen das materielle Recht in seinem innersten Kern.<sup>3</sup>

## Zweites Kapitel.

### Litteratur des Pandektenrechtes.<sup>1</sup>

§ 16. Die civilistische Litteratur bis zum 18. Jahrhundert.

Zwei entgegengesetzte Richtungen machen sich in der civilistischen Litteratur geltend, welche sich an das römische Recht anknüpft. Der einen ist es vor allem darum zu thun, in den Sinn des justinianischen Rechtsbuches einzudringen. Sie setzt alle Kraft daran, das Dunkel, welches auf so vielen Theilen dieser merkwürdigen Urkunde liegt, zu erhellen, die in ihr niedergelegten Rechtsgedanken zu enthüllen. Da aber die Jurisprudenz eine praktische Wissenschaft ist, so macht sich nach jeder Periode intensiver Vertiefung in die Quellen das Bestreben geltend, die in dem gelehrten Studium geübte und gestählte juristische Urtheilskraft an der Praxis zu bewähren und die gefundenen Rechtswahrheiten im Leben zu verwerthen. Das selbständige Studium der Quellen tritt dann in den Hintergrund, bis neue Impulse wieder zu ihm hinführen.

Die Litteraturepochen, zu denen wir uns zunächst wenden, der Glossatoren einerseits, der Postglossatoren andererseits, wiederum der Humanisten und dann der deutschen Praktiker, lassen diesen Gegensatz klar hervortreten.

1. Ein ernstes, folgerichtiges und nachhaltiges Studium widmeten dem justinianischen Rechtsbuch zuerst im Occident die Glossatoren.<sup>2</sup>

3) Eine wissenschaftliche Verarbeitung der für das Privatrecht wichtigen Bestimmungen der Reichsgesetze findet sich in folgendem Werke: Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, systematisch zusammengestellt und verarbeitet. Zweite Auflage 1882.

1) Einen Versuch der civilistischen Litteraturgeschichte enthält der 6. Band des Lehrbuchs eines civilistischen Cursus von Hugo 3. Aufl. 1830.

2) Es giebt mittelalterliche Bearbeitungen des römischen Rechtes von höherem Alter als das der Glossatorenschule und die jedenfalls der Glossatorenschule nicht zuzuschreiben sind. Unter diesen sind zu nennen Petri exceptiones, ein Werk, welches Südfrankreich angehört. Eine einzige Erscheinung ist der Brachylogus juris civilis oder das corpus legum in vier Büchern von auffallender Formgewandtheit. Die der Glossatorenschule nicht zugehörigen Litteraturwerke des Mittelalters hat Zitting zum Gegenstande eingehender und belehrender Studien gemacht. Es geschah dies zuerst durch seine Schrift: Ueber die f. g. Züricher Institutionenglosse und den f. g.

Glossatoren nennen wir die Lehrer des römischen Rechtes zu Bologna vom Beginn des 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts. Sie gründeten eine Rechtsschule, deren Ruf bald über Italien hinausging und die von Studirenden aus vielen Theilen Europas, insbesondere auch aus Deutschland besucht wurde. In den Schriften der Glossatoren concentrirte sich die gelehrte Rechtswissenschaft der Zeit. Aber auch in den folgenden Jahrhunderten behielten sie hohe Autorität. Sie bilden noch immer eine Grundlage für die civilistische Wissenschaft.

Die Wege wies der Schule Irnerius im Beginn des 12. Jahrhunderts. Um die Mitte des 12. Jahrhunderts hatten die vier Doctoren hohe Ehre. Es waren dies einmal *Bulgarus — os aureum —*, zweitens *Martinus — copia legum —*, welches in Politik und Jurisprudenz scharfe Gegner waren, drittens *Jacobus*, viertens *Hugo*. In den Beginn des 13. Jahrhunderts fällt die glänzende Wirkjamkeit von *Azo* als Lehrer und Schriftsteller. Die Reihe der Glossatoren schließt um die Mitte des 13. Jahrhunderts *Accursius* der Ältere.

Die Glossatoren sind unerreicht in der Kenntniß des *corpus juris*, dessen Studium sie sich voll und ausschließlich widmeten. Ihre Vorlesungen und Schriften waren vorzugsweise exegetische, indem sie Stelle für Stelle nach der Ordnung im Gesetzbuch — der *Legalordnung* — kurz durch Glossen erläuterten. Sie trugen die verwandten Stellen — die *Parallelstellen* — zur Erklärung zusammen und merkten die sich widerstreitenden Stellen — die *Antinomien* — an. Zur Ausgleichung der Widersprüche erfannen sie mannigfache Vereinigungen. Viele der Kontroversen, welche noch heute die Juristen beschäftigen, wurden bereits von den Glossatoren verhandelt, so daß sie den Grund der verschiedenen Meinungen legten. Ihr Scharfsinn ist bewundernswerth. Nur ein unentbehrliches Element des vollen Verständnisses der römischen Rechtsquellen fehlte ihnen, nämlich Einsicht in die geschichtlichen Beziehungen des römischen Alterthums.

Die Glossen, welche seine Vorgänger erfunden hatten, stellte mit

---

*Brachylogus*, sowie: Das *peculium castrense* in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle 1871. Später erschien von *Fitting*: Juristische Schriften des früheren Mittelalters 1876, und wiederum: Ueber die Heimath und das Alter des s. g. *Brachylogus* 1880. Eine Uebersicht über das, was wir von der Litteratur vor der Glossatorenzeit wissen, findet sich bei: *Landsberg*, die Glosse des *Accursius* und ihre Lehre vom Eigenthum 1883 S. 1 ff. Ganz andere Ansichten vertheidigt freilich *Conrat* in seiner Ausgabe des *epitome „exactis regibus“* 1884 S. 284 ff. *Conrat* schreibt insbesondere dieses Werk, welches manche, in das frühere Mittelalter setzen, der Schule von Bologna zu.

3) Ueber die Glossatoren ist vorzugsweise zu vergleichen: *Savigny*, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 3 bis 5. Dies Werk erschien in 1. Aufl. 1815—1831, in 2. Aufl. 1834—1851; siehe auch *Landsberg* a. a. O. S. 11 ff.

seinen eigenen von minderem Werth zusammen Accursius. Seine Glosse, die *ordinaria*, hat vorzugsweise die Resultate des Nachdenkens und des Fleißes der Glossatoren der Nachwelt übermittelt.

2. Es folgten die Postglossatoren, auch Kommentatoren genannt. Die Glosse des Accursius schien erschöpft zu haben, was für das Verständniß des justinianischen Rechtes durch die Forschung zu gewinnen war. Es galt nun die errungenen Geisteskräfte für das bewegte Leben des späteren italienischen Mittelalters nutzbar zu machen. Daher war man darauf bedacht, die römischen Rechtsätze derart zu gestalten und umzubilden, daß sie den Bedürfnissen der Zeit entsprachen. Noch immer lehrte und schrieb man im Anschluß an die Legalordnung. Doch handelte es sich weniger um Exegete der Stellen, als um Anknüpfung praktischer Rechtswahrheiten an den Text. Dabei machte sich aber der scholastische Geist des späteren Mittelalters in unerfreulicher Weise geltend. Man häufte die Unterscheidungen — Distinktionen —, man stellte Regeln auf, die man durch zahllose Erweiterungen — Ampliationen — ergänzte, man verfiel in unerträgliche Weiterschweifigkeit.

Dem Ende des 13. Jahrhunderts gehört noch an Wilhelm Durantis, dessen *speculum juris* der Praxis bestimmt und höchst dienlich war. In der Mitte des 14. Jahrhunderts wirkte Bartolus de Sassoferato, ein selbständiger, wahrhaft produktiver Geist, welcher das größte leistete, obgleich er das 50. Lebensjahr nicht erreichte. Neben ihn trat Baldus de Ubaldis, welcher kaum wenig jünger als Bartolus den Beginn des 15. Jahrhunderts erlebte. Zu Ende des 15. und zu Anfang des 16. Jahrhunderts wirkte noch in alter Weise mit Erfolg Jason Mainus.

3. Die französische historische Schule des 16. Jahrhunderts wendete sich wieder dem selbständigen Studium der Quellen zu. Die Renaissance und der Humanismus erweckten seit dem Ausgang des Mittelalters neues Leben in der Jurisprudenz. Die historischen und philosophischen Kenntnisse, die man sich errungen hatte, gaben reiche Mittel zum besseren Verständniß der Rechtsquellen.

Den großen Civilisten Frankreichs gehören Duarenus, Balduinus<sup>4)</sup>, Brissonius an. Im Vordergrund aber stehen Jacobus

4) Die Glossatoren haben außer den Glossen auch anderes geschrieben. So namentlich *summae*, vorzugsweise nach der Ordnung des Codex. Vor allem war hochberühmt und wurde auch später gedruckt die *summa* des Azo ad Codicem. Sammlungen von Kontroversen der Glossatoren enthält G. Hänel, *dissensiones minorum* Leipzig 1834.

5) Von Franz Balduins Leben und Schriften handelt Johann Friedrich Jugler, *Beiträge zur juristischen Biographie* Bd. 2 n. 4.

Cujacius und Hugo Donellus. Cujacius war eleganter Philolog, Historiker, Geograph. Seine observationes enthalten eine Fülle interessanter historischer Bemerkungen. Er gab bis dahin nicht bekannte Schriften des vorjustinianischen Rechtes heraus. In vielbesuchten Vorlesungen erklärte er die Werke der klassischen großen Juristen Roms, soweit sie sich aus den im corpus juris zerstreuten Fragmenten zusammenstellen ließen. Die Erklärungen des Cujacius sind noch heute zum Verständniß der vielfach dunkeln Entscheidungen Papinians unentbehrlich. Von besonderer Bedeutung ist der Traktat des Cujacius zu Africanus.<sup>6</sup> Zeitgenosse, Nebenbuhler und wissenschaftlicher Gegner des Cujacius war Hugo Donellus. Auch er concentrirte seine wissenschaftliche Kraft auf das reine römische Recht; aber sein Hauptwerk, die commentarii juris civilis, bildet eine umfassende systematische Bearbeitung.<sup>7</sup>

Noch im Anfang des 17. Jahrhunderts finden sich bedeutende historische Juristen französischen Stammes.<sup>8</sup> Dann wendete man sich in Frankreich fast ausschließlich der praktischen Jurisprudenz zu.

Dagegen hatte in den Niederlanden die historische Richtung eine Nachblüthe.<sup>9</sup>

6) Das Leben des Cujacius behandelte Berriat St. Prix, deutsch bearbeitet von Spangenberg, Leipzig 1822. Angeführt wird auch Cabantons revue de legislation X. 1839. In den Gesamtausgaben der Werke des Cujacius finden sich außer den bei seinen Lebzeiten herausgegebenen Werken — den opera priora — dessen nachgelassene Schriften und Vorträge — opera postuma. Eine Gesamtausgabe veranstaltete Jabrot, Paris 1658; auf ihr berufen die 1722 und 1757 zu Neapel, 1758 ff. zu Venedig und Modena erschienenen Ausgaben. Ueber die Ausgaben der Werke des Cujacius und das promtuarium universorum operum Jacobi Cujacii von Domenicus Albanensis, vgl. Thibaut Archiv für civ. Praxis Bd. 13 n. 11 n. 21.

7) Vgl. Eyffel: Doneau, sa vie et ses oeuvres 1860; Stinzing, Hugo Donellus in Altdorf 1869 und in seiner Geschichte der Rechtswissenschaft. Bd. 1 S. 377.

8) Wir erwähnen Jakobus Gothofredus 1587—1652, hochberühmt durch seinen gelehrten Kommentar zum codex Theodosianus, ferner Anton Faber, 1557—1624 Präsident des obersten Gerichtshofes in Savoyen. Seine Schriften de erroribus pragmaticorum, ferner rationalia in Pandectas über die 19 ersten Bücher der Pandekten erregten bei den Gelehrten seiner Zeit Aufsehen, namentlich auch durch ihre gewaltsame Konjekuralkritik. Von nachhaltigerem Einfluß aber auf die Gestaltung des Rechtes, vornehmlich auch in Deutschland, war der codex Fabrianus und die an die dargestellten Rechtsfälle geknüpften praktischen Erörterungen. Auch Merillius, † 1647, ist zu nennen wegen seiner f. g. Variantes ex Cujacio, d. h. Zusammenstellung widersprechender Erklärungen von Cujacius.

9) Die bekannteren Namen sind Wissenbach, geb. 1607, † 1665, genannt wegen seiner emblemata (Interpolationen) Triboniani; Johann Voet, geb. 1647, † 1714, welcher gute commentarii ad Pand., zuerst 1698, schrieb vgl. über ihn Zugler, jur. Biographie, Bd. 2 Stück 1 n. 35; Roodt, geb. 1647, † 1725, mehr Rechtshistoriker siehe Zugler a. a. D. Bd. 2 Stück 1 n. 35; Schulting, geb. 1659, † 1734, der gleichen Richtung huldigend. Auch Synkershoek, geb. 1673, † 1743, machte sich einen Namen, vgl. Zugler Bd. 1 Stück 1 n. 2.

4. In Deutschland beginnt frühe die Periode der Praktiker.

Zu Anfang des 16. Jahrhunderts wurden allerdings hervorragende Geister von den Anregungen der Humanisten und der historischen Jurisprudenz des Auslandes mächtig berührt. Gregor Holo-ander veranstaltete lesbare Ausgaben des *corpus juris*.<sup>11</sup> Zasius, auf dem Boden der juristischen Praxis stehend, war zugleich von warmem Interesse für historische Forschung und Humanismus erfüllt.<sup>12</sup>

Allein die Kraft der deutschen Juristen war im wesentlichen absorbiert durch die Aufgabe, das recipirte römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen. Dabei lehnte man sich naturgemäß an die Postglossatoren an. Nicht ohne eine gewisse Wahrheit hat man gesagt, daß im Grunde recipirt wurde das römisch-italische Recht, wie es die Postglossatoren gelehrt hatten.

Der Praxis dienten die s. g. Kameralisten, welche ihre Erörterungen an die Entscheidungen des Reichskammergerichtes angeschlossen, namentlich Joachim Mynsinger und Andreas Gail.<sup>13</sup>

Praktische Zwecke verfolgten auch fast ausschließlich die einflussreichen juristischen Lehrer und Schriftsteller Churjachens. In Sachsen hatte das heimische Recht festen Halt in einem seit Jahrhunderten anerkannten weitverbreiteten Rechtsbuche, dem *Sachsenpiegel*. Nun trat das römische Recht neben das Sachsenrecht. Die Verbindung und Ausgleichung war die eigenthümliche Aufgabe der sächsischen Juristen. Durch sie vorzugsweise bildete sich der *usus modernus Pandectarum*.

Schon der Niederländer Matthäus Wesenbeck, welcher in Wittenberg lehrte, bereitete dies vor.<sup>14</sup> Von Späteren nennen wir

10) Vgl. Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft von H. Stinzing. 1. Abtheilung 1880. Sie reicht bis zur ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts. Ein jäher Tod hat den trefflichen Forscher und Schriftsteller vor Vollendung seines Werkes überrascht.

11) Vgl. oben §§ 9, 10 und 11. Stinzing, Geschichte a. a. D. Abth. 1 S. 180.

12) Stinzing, Ulrich Zasius 1857 und Geschichte a. a. D. Abth. 1 S. 155.

13) Mynsingers Werk war das erste seiner Art. Es führte den Titel: *singularium observationum judicii imperialis camerae centuriae IV. Basileae 1565*. Gail publicirte 1578 seine *Practicarum observationum libri duo*. Vgl. Stinzing, Geschichte a. a. D. S. 485 ff.

14) Die historische Bedeutung Wesenbecks liegt vorzugsweise in seinen *Paratitla* oder dem *commentarius in Pandectas*, zuerst erschienen 1565, eine systematische Darstellung des Pandektenrechts mit Rücksicht auf die Praxis und die Besonderheiten des sächsischen Rechtes. Stinzing, Geschichte a. a. D. S. 351.

Hartmann Bistoris,<sup>15</sup> Benedictus Carpzov,<sup>16</sup> Heinrich Berger,<sup>17</sup> Balthasar von Wernher,<sup>18</sup> Augustin von Lefser.<sup>19</sup>

Die Schriften der sächsischen Rechtslehrer sind auch für die außersächsischen juristischen Lehrer und Schriftsteller Deutschlands von bestimmendem Einfluß geworden. Zu solchen gehört Mevius in Greifswald,<sup>20</sup> Lauterbach in Tübingen,<sup>21</sup> Brunnemann in Frankfurt a. d. O.,<sup>22</sup> Struß in Frankfurt a. d. O. und Halle,<sup>23</sup> Justus Henning Böhmer in Halle und sein Sohn Georg Ludwig Böhmer in Göttingen.<sup>24 25</sup>

### § 17. Naturrechtliche und historische Schule.

Die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts wurde überwiegend durch die naturrechtliche Schule bestimmt. Noch vor dem Beginn des

15) Hartmann Bistoris ragt durch seine *Quaestiones juris tam Romani, quam Saxonici* hervor, welche von 1579 ab erschienen. Auf seinen Schultern steht Benedict Carpzov. Ueber die Familie der Bistoris vgl. Stünzling a. a. D. S. 566.

16) Benedictus Carpzov II., geb. 1595, † 1666, ist der bedeutendste in der Juristenfamilie der Carpzov, vgl. Jugler a. a. D. Bd. 1 Stück 2 n. 21. Den größten Einfluß auf die Praxis gewann von seinen Schriften die *jurisprudentia forensis Romana-Saxonica*, zuerst 1638.

17) Ueber Heinrich Berger, 1657 geb., 1732 gest. vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 3. Berger ist vorzugsweise durch seine *oeconomia juris* — zuerst 1712 — bekannt. Sie wird in den Ländern sächsischen Rechtes noch heute viel benutzt.

18) Johannes Balthasar a Wernher, geb. 1675, † 1742. Sein Hauptwerk sind die *observationes forenses*, die von 1710 an erschienen.

19) Augustin von Lefser, geb. 1683 zu Wittenberg, dort 1752 gestorben. Sein Hauptwerk sind die *meditationes ad Pandectas*, 11 Bände. Dasselbe enthält elegante, aber wenig tiefe Ausführungen unter Anfügung von Rechtsfällen.

20) David Mevius, geb. 1609, † 1670, Präsident des schwedischen Tribunals zu Wismar; vgl. über ihn Jugler Bd. 4 Stück 1 n. 21, sowie August Barkov de Davide Mevio narratio, Greifswalder Jubiläumsprogramm 1856. Hauptwerke waren seine *commentarii über jus Lubecense*, 2. Ausg. 1664, und die *decisiones summi Regii Tribunalis Wismariensis*, zuerst 1653.

21) Wolfgang Adam Lauterbach, 1618 im Voigtland geboren, war Professor in Tübingen. Er starb 1678. Sein *collegium theoretico-practicum* wurde zuerst von 1690—1714 herausgegeben. Siehe über ihn Jugler a. a. D. Bd. 3 Stück 1 n. 8.

22) Johann Brunnemann, geb. 1608, † 1672; vgl. Jugler Bd. 4 Stück 2 n. 25, war vor allem berühmt durch seinen *commentarius in libros Pandectarum* 1670.

23) Samuel Struß, geb. 1640 in der Uckermark, † 1701. Er schrieb *usus modernus Pandectarum*, zuerst edirt 1690.

24) Justus Henning Böhmer, geb. 1674, † 1749, schrieb *exercitationes ad Pandectas*; er beschäftigte sich viel mit Kirchenrecht. Ueber die Schriften seines Sohnes Georg Ludwig Böhmer, geb. 1715, † 1797, können Weidlich's biographische Nachrichten 1781 Theil 1 S. 74 verglichen werden.

25) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß die Hervorhebung einiger bedeutender Schriftsteller aus der Menge der übrigen etwas mehr oder weniger willkürliches hat. Hier handelt es sich nur darum, einzelne zu benennen, um welche sich bei eingehenderen Studien die Namen anderer gruppieren können.

19. Jahrhunderts bildete sich ihr gegenüber die historische Schule; sie gewann die Herrschaft, ohne doch die Gedanken der naturrechtlichen Schule völlig bannen zu können.

Naturrechtliche Systeme bildete man seit dem 16. Jahrhundert; sie beeinflussten zunächst das öffentliche Recht und die Lehren des Völkerrechtes.<sup>1</sup> Mit dem Ende des 17. Jahrhunderts suchte man auch das Privatrecht nach ihnen zu gestalten. Dazu gab die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des gegebenen Rechtes Veranlassung. Mit der Reception der fremden Rechte hatte man massenhafte Rechtsnormen übernommen, welche sich in Jahrtausenden gebildet und angesammelt hatten und die weder unter sich, noch mit der wirklichen Rechtsverfassung Deutschlands in vollkommener Harmonie standen. Die Beherrschung des gewaltigen Stoffes wurde erschwert durch den Mangel der systematischen Folge im justinianischen und kanonischen Gesetzbuch. Unter den Streitigkeiten der Doktoren erschien das Privatrecht mehr als ein Kampfplatz, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse. Eine neue Zeit in socialer und wirthschaftlicher Beziehung brach an. Damit machten sich auch neue Anforderungen an das Privatrecht geltend. Das größte Uebel war der schleppende Gang des gemeinen Prozesses, welcher sich in übertriebener Gründlichkeit endlos hinzog und die Verwirklichung des Rechtes in eine unabsehbare Zukunft vertagte.

Aus allem diesem Irrjal sollte das Recht der Vernunft herausführen. Aus der Vernunft gedachte man aprioristisch das Recht zu gestalten. Schliesslich fand man hier freilich nur den Reflex des wirklichen, wie es dem einzelnen erschien. Aber in doppelter Beziehung leistete diese Richtung grosses.

Sie führte zur systematischen Gliederung des Rechtsstoffes. Die so gewonnenen Gedanken sind zum nicht geringen Theil für die Wissenschaft massgebend geblieben.

Auf Grund dieser Systeme wurden dann umfassende Gesetzeswerke, die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts geschaffen; zuerst das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten.

Die naturrechtliche Schule hat für die Erforschung des positiven Rechtes wenig geleistet. Die Bedeutung von Thomajus,<sup>2</sup> welcher die Schule an der neugestifteten Universität Halle vorzugsweise vertrat und

1) Otto Gierke: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880. Vgl. über die Schule überhaupt Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Rede 1883.

2) Ueber Thomajus vgl. u. A. Dernburg, Thomajus und die Gründung der Universität Halle 1865; V. A. Wagner, Christian Thomajus, ein Beitrag zur Würdigung seiner Verdienste um die deutsche Litteratur, Berlin, Weber 1872.

dessen Anregungen dauernde Wirkung hatten, liegt auf diesem Felde nicht, obgleich er sich auch auf ihm versuchte. Noch weniger leisteten spätere Anhänger der Schule. Mit dem Rationalismus ging die einseitige Betonung des Utilitarismus Hand in Hand; den wissenschaftlichen Produktionen aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts fehlt Tiefe und Originalität.

In glänzender Begabung trat Karl Friedrich von Savigny<sup>3</sup> mit dem Anfang unseres Jahrhunderts als Bannerträger der historischen Schule hervor. Die Ideen, von denen er ausging, hatten seit dem Ende des 18. Jahrhunderts vielfachen Ausdruck gefunden. Der Göttinger Professor Hugo hatte sie in die Rechtswissenschaft eingeführt. Aber Savigny gab ihnen ihr besonderes Gepräge. Das Recht, lehrte man nun, ist das Produkt der Geschichte, ein Ausdruck des Volksgestes, nicht der subjektiven Vernunft der Einzelnen. Es ist aus sich heraus zu läutern, indem man auf seine historischen Wurzeln zurückgeht; Kodifikationen brechen die Verbindung mit der Vergangenheit ab und sind nicht fördernd, sondern schädlich.<sup>4</sup> Nach diesen Gedanken erfuhr das Studium des römischen Rechtes, wie auch dasjenige des deutschen Rechtes eine Erneuerung. Für das römische Recht insbesondere wurden neue Quellen entdeckt, unter denen die echten Institutionen des Gajus den ersten Rang einnehmen. In ihrem Lichte erschien das römische Recht in neuer Gestalt. Bedeutende Geister, unter denen Georg Friedrich Puchta<sup>5</sup> vor allen zu nennen ist, setzten ihre volle Kraft an die Erforschung des reinen römischen Rechtes. Die Weiterbildung des römischen Rechtes durch Praxis und Gerichtsgebrauch seit der Zeit der Postglossatoren hatte dem gegenüber freilich einen schweren Stand. Manche an sich berechtigten Rechtsätze wurden beseitigt, anderes konnte sich in hartnäckigem Kampfe behaupten.<sup>6 7</sup>

3) Savigny ist geboren zu Frankfurt am Main am 21. Februar 1779, gestorben zu Berlin am 25. Oktober 1861. Ueber Savigny vgl. vorzugsweise Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 1 ff.; Eneccerus, Friedrich Karl von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, Marburg 1879. Dort findet sich S. 6 Litteratur über Savigny zusammengestellt.

4) Thibaut: Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Heidelberg 1814, erhob die Forderung eines neuen Gesetzbuches für ganz Deutschland. Ihm trat sofort Savigny entgegen in dem Werke: Ueber den Verus unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in 3. Auflage 1840 erschienen. Er erklärt sich in demselben gegen die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit von Kodifikationen, vgl. z. B. a. a. D. S. 25, wenn er auch vorzugsweise seiner Zeit den Verus zu demselben abspricht.

5) Georg Friedrich Puchta, geb. 1798, starb bereits im 48. Lebensjahre 1846. Nekrologe sind abgedruckt in Rudorffs Ausgabe von Puchtas kleinen civilistischen Schriften.

6) Der historischen Schule sind unter anderen zuzuzählen: Johann Christian Haffe in Bonn 1779—1830, Eduard Schrader in Tübingen 1779—1860, von Beth-

Der Einfluß der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Er machte sich vorzugsweise in der Gesetzgebung geltend. In der That sind die Gegensätze keine unverjöhnlichen. Es handelt sich um zwei Richtungen, die sich nothwendig ergänzen müssen. Der feste Grund des Rechtes ist seine Geschichte. Aber inmitten der Wandlung aller menschlichen Dinge bedarf auch das Recht stetiger Weiterbildung. Diese kann sich nicht durch Wissenschaft und Gewohnheit allein vollziehen. Oft bedarf es der Hülfe der Gesetzgebung, welche nicht bloß das historisch überlieferte entwickelt, sondern das angemessene und zweckmäßige feststellt. Nie können und sollen wir von dem Gegebenen absehen. Aber wir dürfen uns auch nicht der Freiheit begeben, dasselbe nach den Anforderungen unserer Vernunft weiterzubilden.

### § 18. Die wichtigsten litterarischen Hülfsmittel.<sup>1</sup>

1. Zur Orientirung über die Bearbeitungen der Lehren des Pandektenrechts in unserem Jahrhundert und in früherer Zeit ist auf drei Werke zu verweisen:

mann-Hollweg 1796—1877, Friedrich Ludwig Keller 1799—1860, Eduard Böding 1800—1869, Adolph August Friedrich Rudorff 1803—1872, Roderich Stinking, geb. 1825, gest. 1883.

7) Die historische Schule hat auch zur Zeit ihrer Blüthe nicht alle bedeutenden Civilisten Deutschlands zu Anhängern gehabt. Als Gegner trat auf A. F. Justus Thibaut in Heidelberg, geb. 1772, gest. 1840. Vorzugsweise der Dogmatik widmete sich Karl Georg von Wächter, geb. 1797 in Warbach am Neckar, gest. in Leipzig am 15. Januar 1880, vgl. Windscheid, Karl Georg von Wächter 1880, Dernburg, Karl Georg von Wächter 1880. Ebenso war vorzugsweise Dogmatiker: Karl Adolph von Vangerow, geb. 1808, gest. zu Heidelberg 1870. Vom Standpunkt der Hegelischen Philosophie ging Eduard Gans aus, geb. 1798, gest. in Berlin 1839. Seinen Ausgangspunkt nahm hier auch Karl Georg Brunß, geb. am 24. Februar 1816, gest. in Berlin am 10. December 1880. In seiner späteren Wirksamkeit gehört Brunß der historischen Schule an. Vgl. über Brunß: Degenfeld im Archiv für civil. Praxis Bd. 64 n. 13.

1) Bücher lernt man nur kennen, wenn man ein wissenschaftliches Thema mit Ernst und Gründlichkeit verfolgt. Dann bildet man sich seinen Apparat leicht. Die Anführung zahlreicher Buchtitel an diesem Orte hat nach unserem Ermeßsen wenig Werth. Wohl aber dürften für den, welcher eine wissenschaftliche Arbeit zum erstenmale unternimmt, einige Winke am Platze sein. Die hauptsächlichsten Bearbeitungen civilistischer Themata findet man bei Glück, Vangerow, Windscheid angeführt, auch Arndt's Pandekten sind zu vergleichen. Ueber die dort noch nicht angeführte civilistische Litteratur kann man sich durch die fortlaufende Litteraturübersicht in den jeweilig letzten Hefen der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhuth orientiren. Litteraturübersichten giebt auch Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht je in den einzelnen Bänden; sie erstrecken sich auf das Civilrecht, auch auf ausländische Arbeiten, ohne erschöpfen zu wollen. Besonders schwierig ist die Sammlung des in Zeitschriften zerstreuten Materials. Es bleibt nichts übrig, als die letzten Hefte und Bände der wichtigeren civilistischen Zeitschriften durchzusehen. Bei der Menge der Zeitschriften ist Vollständigkeit schwer erreichbar. In juristischen Schriften sind die einschlagenden älteren Bearbeitungen meist mehr oder weniger vollständig citirt. Wo dies ein dogmatisches oder historisches Interesse hat, ist an der Hand der Citationen hinaufzusteigen bis zu den älteren und ältesten Bearbei-

a) Ch. F. von Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, begonnen 1790, nach dem Tode Glücks von verschiedenen bedeutenden Pandektisten — Mühlenbruch, Fein, Arndts, Leist, Burdhard — fortgesetzt, noch unvollendet. Bis jetzt sind erschienen 48 Bände, ferner zu Buch 37 und 38 der Pandekten von Leist 5 Theile und zu Buch 39 und 40 von Burdhard 3 Theile.

b) Karl Adolph von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 3 Bände, 1. Auflage 1839 ff., 7. Auflage 1863 ff. Dieses Werk enthält in Anmerkungen eine Ausführung der wichtigsten Kontroversen des Pandektenrechtes und giebt eine lichtvolle Darstellung der Ansichten der Juristen vorzugsweise seit Beginn des 19. Jahrhunderts.

c) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 3 Bände, 1. Auflage 1862 ff., 5. Auflage 1879, giebt eine sorgfältige Zusammenstellung und feinsinnige Bearbeitung der neuesten Litteratur.

2. Unter den Pandektenwerken unseres Jahrhunderts sind weiter hier hervorzuheben:

Georg Friedrich Buchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, 12. Auflage 1877 von Schirmer, sowie die nach dem Tode Buchtas herausgegebenen Vorlesungen desselben.

J. F. Hierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes Bd. 1 — auf den allgemeinen Theil beschränkt — 1839.

Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, 8 Bände, 1840 bis 1849, gleichfalls nur den allgemeinen Theil enthaltend. Zwei Bände, welche allgemeine Lehren des Obligationenrechtes behandeln, reihen sich an.

Friedrich Ludwig von Keller, Pandekten. Vorlesungen aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von C. Friedberg 1861 und in 2. Auflage 1866 von Lewis.

Ludwig Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 1. Auflage von 1850 an, 11. Auflage nach des Verfassers Tode besorgt von L. Pfaff und F. Hofmann.

tungen des Themas. Knüpfen sich die behandelten Fragen an römische Quellenstellen, so sind die großen französischen Exegeten zu konsultiren, vor allen Cujacius, welcher viele der schwierigeren Stellen des Corpus juris erklärt hat. Nie ist die accursische Glossen zu übersehen. Welche Interpreten sonst zu befragen sind, richtet sich nach der Sachlage. Schimmelpfeng, Hommel redivivus, 3 Bde., Kassel 1858, 1859, giebt Nachweisungen über die Erzeuger der Rechtsquellen; das Werk kann trotz seiner Mängel unter Umständen Dienste thun. Die bibliographischen Bücher, welche die Titel von Büchern, zum Theil auch von Abhandlungen angeben, wird man nur in besonderen Fällen mit Nutzen befragen. Was wirklich Bedeutung hat, ist meist von späteren citirt. Nützlich ist mir erschienen Kappler, juristisches Promtuarium über alle in den Jahren 1800 bis 1837 erschienenen Abhandlungen, 2. Auflage 1837. Andere Repertorien citirt Arndts § 20 und Windscheid Bd. 1 § 12 Anm. 1.

Eine werthvolle italienische Bearbeitung dieses Buches enthalten Le Pandette del Prof. Arndts annotate da Filippo Serafini, 4. Auflage. Bologna 1882.

Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränderte Auflage, 1873 ff. bis jetzt zwei Bände.

Karl Georg von Wächter, Pandekten, herausgegeben von D. von Wächter, 2 Bde. 1880. Kollegienheft mit den gedruckten Beilagen Wächters.

3. Rechtsgeschichtliche Schriften sind hier nicht aufzuzählen. Zwei Werke, welche vorzugsweise der Rechtsgeschichte angehören, sind jedoch auch für die Dogmatik so bedeutend, daß sie nicht übergangen werden dürfen. Auffassung und Behandlungsweise ist freilich in beiden nahezu die entgegengesetzte. Wir meinen:

Rudolph von Ihering, Geist des römischen Rechtes, bis jetzt Bd. 1 und Bd. 2 in 2 Abtheilungen, sowie Bd. 3 Abth. 1. 4. Auflage.

Alfred Pernice, Marcus Antistius, Labeo Bd. 1 und Bd. 2. 1873 ff.

4. Gemeines Recht in Verbindung mit Partikularrecht behandeln folgende drei Werke von Romanisten:

K. G. von Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechtes, 1839 und 1842. 2 Bände, welche das historische und den allgemeinen Theil enthalten.

Joseph Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, Bd. 1 und Bd. 2, 1856 und 1859. 4. unveränderte Auflage 1876, den allgemeinen Theil enthaltend — Bd. 6, 1864. 2. Auflage 1871 das Erbrecht darstellend.

Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechtes und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bände. 1871 ff. Der erste Band ist in 4. Auflage 1884, der zweite und dritte Band in 3. Auflage 1882 ff. erschienen.

5. Von den Sammlungen von Abhandlungen bedeutender Civilisten erwähnen wir:

A. F. Justus Thibaut, civilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.

Friedrich Karl von Savigny, vermischte Schriften. 5 Bände. Berlin 1850.

Georg Friedrich Puchta, kleine civilistische Schriften, herausgegeben von Rudorff. Leipzig 1852.

Ludwig Arndts, Gesammelte civilistische Schriften. 3 Bände. 1873 und 1874.

Karl Georg Brunns, kleinere Schriften. 2 Bde. 1882.

6. Unter den Zeitschriften heben wir hervor:

a) Rechtsgeschichtliche:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Gösschen. Berlin 1815—1850, 15 Bände.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz von J. C. Haffe und anderen. Bonn 1827—1835, 7 Bände, für Geschichte und Dogmatik gleich wichtig.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, begonnen 1861 von Rudorff u. A., 13 Bände. Vom 14. Bande ab führt die Zeitschrift den Titel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Die romanistische und germanistische Abtheilung ist seitdem getrennt. Bis jetzt sind von der veränderten Zeitschrift 4 Bände erschienen.

b) Dogmatische:

Archiv für civilistische Praxis, von Genßler, Mittermaier u. a. begonnen, von 1818 bis jetzt 66 Bände.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß von Linde und anderen. Gießen 1827 ff. 20 Bände, neue Folge 22 Bände.

Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechtes von Bekker und Muther, 6 Bände. 1857—1863, auch reich an historischen Aufsätzen.

Jahrbücher für Dogmatik von Thering u. A., 1857 ff., bis jetzt 22 Bde.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1874 ff. bis jetzt 11 Bände.

In Betracht kommt auch für das gemeine Recht:

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt u. a. Erlangen 1858 ff., bisher 28 Bde. Ueber die ersten 25 Bände besteht ein vortreffliches Generalregister.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft und G. Cohn, jetzt auch von Kohler, bis jetzt 5 Bände.

c) Kritische:

Kritische Vierteljahrsschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859 ff. jetzt herausgegeben von Brinz u. a., bis jetzt 26 Bde.

7. Eine Zusammenstellung von Entscheidungen oberster deutscher Gerichte enthält Seufferts Archiv, 1847 ff.

Die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, 1880 ff., bis jetzt 9 Bände, gewähren uns das Bild der Entwicklung eines neuen einheitlichen deutschen Juristenrechtes.

Sie schließen sich an die epochemachenden Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes 1871 ff. in 25 Bänden an.

Erstes Buch.  
**Allgemeine Lehren.<sup>1</sup>**

Erster Abschnitt.

**Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.**

Erstes Kapitel.

**Begriff des Rechtes im objektiven Sinne. Eintheilungen.**

§ 19. Das Wesen des Rechtes im objektiven Sinne.

Recht im objektiven Sinne ist der allgemeine Wille.<sup>2</sup> Formal ist diese Begriffsbestimmung des Philosophen Hegel treffend und bündig.<sup>3</sup> Ueber den Inhalt des Rechtes sagt sie nichts aus.

Der Jurist Celsus definiert: *jus est ars boni et aequi.*<sup>4</sup> d. h. das Recht ist die praktische Verwirklichung des den Lebensverhältnissen angemessenen. Damit bezeichnet er den Inhalt und die Aufgabe des Rechtes. Das Recht giebt inmitten der Kollision der menschlichen Interessen das rechte Gleichmaß. Solches Gleichmaß

---

1) Die allgemeinen Lehren der Pandekten beschäftigen sich zum Theil mit Problemen, welche sich auch die Rechtsphilosophie zu stellen hat. Aber der Standpunkt der Pandekten bezüglich dieser Probleme ist ein anderer als derjenige der Rechtsphilosophie. Die Pandekten haben die dem römischen und gemeinen Rechte zu Grunde liegenden Vorstellungen darzulegen. In diesen macht sich oft eine konkrete Anschauung und stets der Gesichtspunkt der praktischen Verwendbarkeit geltend, vgl. unter anderem das unter § 22 Anm. 5 über den Begriff der dinglichen Rechte bemerkte. Die Rechtsphilosophie mag solchen Anschauungen kritisch gegenüber stehen. Sie hat andere Aufgaben, als die positive Jurisprudenz. Unseres Erachtens muß es beiden Disciplinen förderlich sein, wenn sie erkennen, daß ihre Methoden und Ziele nicht identisch sind.

2) Hegel, Philosophie des Rechtes, Zusatz § 82.

3) Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878 S. 1.

4) L. 1 pr. D. de just. et jure 1, 1. Windscheid, § 28 Anm. 2, findet hier „das Ideal des Rechtes schön bezeichnet“. Aber *ars* ist nicht ein Ideal, es ist die Kunst der Verwirklichung des Ideals.

stellt sich nicht selten durch die in der Gesellschaft wirkenden Kräfte unmittelbar her. Das Recht hat dann die so erwachsende Ordnung nur zu wahren und zu erhalten. Häufig aber treten die Interessen in Gegensatz, nicht selten in erbitterten Streit. Dann tritt das Recht als ordnende und schlichtende Macht dazwischen und zieht die angemessenen Schranken.<sup>5 6</sup>

Verbindet man den formalen und den materiellen Gesichtspunkt, so bestimmt sich das Recht als die durch den allgemeinen Willen aufrechterhaltene Ordnung der Lebensverhältnisse.

Vom Rechte im objektiven Sinne ist zu unterscheiden das Recht im subjektiven Sinne, nämlich eine durch die Rechtsordnung gewährleistete Berechtigung. Ueber den Begriff des Rechtes im subjektiven Sinne ist später zu sprechen.

#### § 20. Civilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale.

Die Entwicklung des römischen Rechtes wurde vorzugsweise durch den Gegensatz des civilen und des prätorischen Rechtes bestimmt.

Das Civilrecht war das den Gesetzen und Gewohnheiten des römischen Rechtes entstammende, durch die Interpretation der Juristen weiter entwickelte Volkrecht. Festgegründet, für die Dauer bestimmt, war es durch das römische Volk gewährleistet. Das prätorische Recht beruhte auf den Edikten, welche die Prätores bei ihrem Amtsantritt für das Amtsjahr erließen. Es mochte sich thatsächlich dadurch er-

5) Vgl. Ihering, der Kampf ums Recht, 1. Auflage 1872 S. 12 ff.

6) In der l. 7 D. de leg. 1, 3 sagt Modestinus libro 1 regularum: *Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire.* Hiernach unterscheidet man imperativische und Permissivgesetze. Beispielsweise bestimmt H.G.B. Art. 343 Abs. 2: „Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen. Er ist auch befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich verkaufen zu lassen.“ Solche Permissivgesetze unterliegen einer anderen Behandlung als imperativische. Die Eintheilung ist daher bei einer Darstellung des praktischen Rechtes jedenfalls festzuhalten. Man behauptet aber, daß schließlich auch in derartigen „gewährenden“ Normen nichts als Gebote und Verbote liegen. Vgl. neuerdings Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 2 S. 307 ff. Zweifelsohne liegt in dem angeführten Permissivgesetze zugleich ein Imperativ, monach Dritte den Selbsthülfeverkauf respektiren müssen. Allein dies bleibt immer nur die negative Seite, die positive ist die Verstattung des Selbsthülfeverkaufs.

1) Das Hauptwerk über das prätorische Edikt ist von Otto Lenel, das *Edictum perpetuum*, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. 1883. Vergl. auch Dernburg, Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts in den Festgaben für Hefster. Berlin 1873.

halten, daß die Nachfolger die bewährten Edikte der Vorgänger — als *translaticia* — übernahmen. Grundsätzlich hatte es nur Gesetzeskraft für ein Jahr.<sup>2</sup> Es wurde aufgefaßt, als eine durch die Zeitbedürfnisse hervorgerufene, mit ihnen wandelbare Norm.<sup>3</sup> Seine Sicherung fand es in der prätorischen Gerichtsbarkeit. Entsprechende Bewandtniß hatte es mit den Edikten der kurlischen Aedilen, welche, wie die der Prätores, *jus honorarium* bildeten.

Die prätorischen Edikte waren zunächst der Weiterbildung des Civilrechtes bestimmt. Die Edikte trafen aber auch Ergänzungen, wo das Civilrecht Lücken hatte und nicht ausreichte. Sie gingen endlich zur Korrektur civilrechtlicher Normen über, wenn diese der *aequitas* widersprachen, d. h. den derzeitigen Verhältnissen nicht mehr angemessen waren.<sup>4</sup>

Das prätorische Edikt wurde auf Veranlassung des Kaisers Hadrian durch den Juristen Julian als Prätor neu redigirt. In dieser Fassung erhielt es durch ein Senatuskonsult Bestätigung.<sup>5</sup> Damit war aber der Gegensatz des civilen und des prätorischen Rechtes in den Augen der Römer nicht beseitigt. Das civile Recht war noch immer allein das volllegitime; das prätorische war eine auf den Nutzen gegründete temporäre Norm der Praxis.<sup>6</sup> Selbst im justinianischen Rechte ließ sich dieser Gegensatz nicht verwischen, obgleich er in der Verfassung des Reiches Justinians keinen Halt mehr hatte. In Deutschland aber legte man bei der Reception des römischen Rechtes auf den Unterschied zwischen prätorischen und civilen Satzungen kein Gewicht.<sup>7</sup>

2) Cicero in *Verrem* lib. I cap. 42 § 119: *qui plurimum tribuunt edicto praetoris, edictum legem annuam dicunt esse.*

3) 1. 8 D. de j. et j. 1, 1. Marcianus libro 1 institutionum: *Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.*

4) 1. 7 § 1 D. de j. et j. 1, 1. Papinianus libro 2 definitionum: *Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.*

5) 1. 10 C. de cond. indebiti 4, 5, const. *δέδοικεν* § 18.

6) Man zweifelte, ob man es jus nennen dürfe. 1. 11 D. de j. et j. 1, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum: *nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium.*

7) Ganz anders Schulte, *Privatrecht und Prozeß* Bd. 1 S. 375. Er erkennt keine Duplicität der Rechte in Rom an. Für ihn ist das jus civile das gewesene, das Nichtrecht, seit die prätorische Rechtszeugung ihren Höhepunkt erreichte. Dies sind subjektive Auffassungen, nicht die des römischen Volkes.

8) Im justinianischen Rechte stehen noch die civile Erbfolge — die *hereditas* — und die prätorische Erbfolge — die *honorum possessio* — scharf geschieden nebeneinander. Namentlich geschieht der Erwerb der Erbschaft nach beiden Rechten in verschiedener Weise. Im gemeinen Rechte dagegen sind beide Systeme verschmolzen. Es giebt hier nur eine Erbfolge und nur eine Weise ihres Erwerbes.

Verwandt, aber nicht identisch war die Unterscheidung des Rechtes in jus civile und in jus gentium.

a) Jus civile war das besondere Recht der römischen Bürger. Es war für sie allein gegeben und nur auf sie anwendbar.

b) Jus gentium war das Recht, welches auf alle Rechtsfähige, insbesondere auch auf die Peregrinen anwendbar war. Es galt als auf die Natur des Menschen — auf die naturalis ratio — gegründet.

c) Die späteren klassischen Juristen erkannten, daß die Sklaverei, obgleich dem jus gentium angehörend, der menschlichen Natur widerspreche und sich bloß auf Zweckmäßigkeit gründe. Also, folgerte man, ist nicht alles jus gentium zugleich jus naturale. So kam man zur Dreitheilung statt der früheren Zweitheilung. Man unterschied außer dem jus civile und dem jus gentium nunmehr noch das jus naturale. Als jus naturale bezeichnete man diejenigen Lebensordnungen, welche Menschen und Thieren gemeinsam sind, z. B. Geschlechtsverbindung, Aufzichung der Kinder.<sup>9</sup>

Für das heutige Recht sind diese Unterscheidungen bedeutungslos.

## § 21. Oeffentliches und privates Recht.

Das Recht ist theils öffentliches, theils privates. Dies ist die oberste Eintheilung der Wissenschaft des Rechtes, wie auch seines Inhaltes. Auf diese Unterscheidung wurden die altrömischen Juristen unmittelbar durch die Verschiedenheit ihrer praktischen und wissenschaftlichen Beschäftigung geführt. Denn einige wendeten sich als Staatsmänner der Republik den öffentlichen Geschäften und dem öffentlichen

9) Vergl. Savigny, System Bd. 1 S. 109 und Beilage 1. — Neuerdings hat Adolf Schmidt — Leipziger Programm 1881 S. 17 — gegen Savigny ausgeführt, daß die römischen Juristen der Kaiserzeit sämmtlich der Dreitheilung gehuldigt hätten, namentlich auch Gajus. Wir halten dies nicht für richtig. Gajus identificirte Inst. I § 1 das jus gentium mit dem, was die naturalis ratio inter omnes homines constituit, war also Anhänger der Zweitheilung. Allerdings führt Gajus die Sklaverei auf das jus gentium zurück. Aber nichts beweist, was Schmidt unterstellt, daß Gajus bereits die Sklaverei als etwas contra naturam ansah, daß er also latenter Anhänger der Dreitheilung war. Erst in der spätklassischen Periode wurde herrschende Doktrin, daß die Menschen jure naturali gleich seien vgl. Ulpian in der l. 32 D. de R. J. 50, 17. Nun erst wurde man zur Dreitheilung — Trichotomie — gedrängt, welche Ulpian l. 1 § 3 D. de j. et j. 1, 1 und Florentinus l. 4 § 1 D. de statu hominum 1, 5 unter Anderen vertraten. Justinian's Institutionen enthalten durch ungeschicktes Aneinanderreihen der Ausführungen verschiedener Schriftsteller in § 1 und § 2 J. de jure nat. 1, 2 beide Systeme.

Rechte zu, andere widmeten sich als Privatrechtjuristen den Rechtshändeln der Bürger.<sup>1</sup>

Die Unterscheidung der Disciplinen ist eine wissenschaftliche, aber auch eine praktisch bedeutsame. Sie beruht auf einem wissenschaftlichen Gesichtspunkte, aber auch auf einem praktischen Kriterium.

Der principielle Gedanke ist folgender. Gewisse Rechtsnormen betreffen die Interessen der einzelnen in erster Linie. An der Verwirklichung der auf ihnen beruhenden Rechte ist das Ganze nicht unmittelbar interessiert, z. B. an der Beitreibung oder Nichtbeitreibung einer Darlehensschuld. Bei anderen Rechtsnormen ist das Ganze direkt interessiert. Ist nun für eine Rechtsnorm das Interesse der einzelnen das zunächst bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit das Maßgebende, so gehört sie dem öffentlichen Rechte an.<sup>2</sup> Die Einteilung entspricht der Doppelstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft. Als freie Persönlichkeit ist er Selbstzweck, ein selbständiger Mittelpunkt rechtlicher Beziehungen. Er ist aber auch Glied einer umfassenden Vereinigung, welcher er sich unterordnet und der er dient.

Immerhin handelt es sich bei dieser Unterscheidung nicht um scharfe Gegensätze. Denn das Wohl der einzelnen und das des ganzen sind auf das engste verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, dieß ist oft schwer zu bestimmen, da nur ein mehr oder weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen. Für die praktische Behandlung ist daher ein mehr konkretes Wahrzeichen vonnöthen. Dem Privatrecht gehören die Rechtsbefugnisse an, für welche der Weg des Civilprozesses offen steht. Denn der Civilprozeß ist zur Wahrung und Durchführung der Privatrechte bestimmt. Dieß Kriterium ist das zunächst bestimmende. Die Bestrafung der Verbrecher z. B. ist begrifflich Sache des öffentlichen

1) Pomponius berichtet in l. 2 § 46 D. de orig. juris 1, 2 von dem Juristen Tubero: transiit a causis agendis ad jus civile... doctissimus habitus est juris publici et privati.

2) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. Ulpianus libro 1 institutionum: Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. § 4 J. eod 1, 1. Zu beachten ist, daß die beiden „Zweige der Wissenschaft“ — studii — zunächst gegenübergestellt werden.

Rechtes. Dennoch waren die actiones poenales der Römer ihrem Privatrecht zuzuzählen, denn die Verletzten hatten die vom Delinquenten geschuldete Privatstrafe im Wege des Civilprozesses beizutreiben.

Ist aber die Frage, ob ein Anspruch im Wege des Civilprozesses verfolgbar ist, nicht durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch entschieden und wird sie streitig, so muß der Richter darauf zurückgreifen, ob derselbe privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist. Dabei muß dann der principielle Gesichtspunkt entscheiden.<sup>3</sup>

Die römischen Juristen bezeichnen als öffentliches Recht nur das Staatsrecht mit dem ihm zugehörigen Sakralrecht. Die neuere Systematik theilt dem öffentlichen Rechte zutreffend auch das Strafrecht, den Strafprozeß, den Civilprozeß, das Kirchenrecht und das Völkerrecht zu.

Regelmäßige Eigenschaft des Privatrechtes ist, daß seine Geltendmachung von dem Ermessen der berechtigten abhängt,<sup>4</sup> und daß Verzichte auf dasselbe zulässig sind. Doch nicht alle privatrechtlichen Befugnisse unterliegen dem Verzicht. Es giebt andererseits öffentliche Rechte, auf die man verzichten kann, z. B. auf das Recht der Krone.

3) Thon, Rechtsnorm S. 131, sieht das wesentliche des Privatrechtes im Privatanspruch, d. h. in der Verfolgbarkeit im Wege des Civilprozesses. Aber nicht ganz selten fragt es sich, ob der Weg des Civilprozesses für einen Anspruch offen steht. Hier versagt eine Theorie, welche das Hauptsymptom für das Wesen der Unterscheidung erklärt. Vgl. Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 153.

4) Ist die Vertheidigung unserer Privatrechte gegen Verletzung wenigstens ethische Pflicht des Bürgers? Jhering, der Kampf ums Recht 1872 S. 20 ff. — 7. Auflage 1884 — führt aus: „Der Kampf gegen eine bewußte Verletzung unseres Privatrechtes ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst und zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen. Nur durch sie wird die Majestät des Gesetzes und die von ihm getroffene feste Ordnung des Verkehrslebens gewahrt. In seinem Rechte vertheidigt der einzelne zugleich das Gesetz und die unerläßliche Ordnung des Gemeinwesens.“ Hiergegen ist zu erinnern, daß sich auch im Rechte eine Theilung der Arbeit findet, daß der Staat in den Fällen, in welchen seine Ordnung der Vertheidigung nothwendig bedarf, hierfür eigene Organe besitzt. Für die Verwirklichung des Privatrechtes wirkt das eigene Interesse der einzelnen genügend; dazu kommen verletztes Rechtsgefühl, aber auch Rechthaberei und Starrsinn als treibende Motive. Eine ethische Verpflichtung, verletzte Vermögensansprüche zur Anerkennung zu bringen, besteht nicht. Das Vermögensrecht ist Mittel zur Befriedigung höherer Ziele. Wie weit man es gegen Verletzung zu vertheidigen hat, ist Sache der praktischen Vernunft, nicht der Ethik. Der Bauer, welcher seine Existenz und diejenige seiner Familie durch hartnäckiges Prozessiren um unbedeutender Dinge willen gefährdet, der geistvolle Gelehrte, welcher, statt die Wissenschaft zu fördern, sich ärgert, streitet, prozessirt, der reisende Engländer endlich, um das Beispiel Jherings festzuhalten, welcher wegen der um wenige Gulden übersehten Gasthofsrechnung wochenlang am Orte bleibt und Zeit und Geld verthut, für die er bessere Verwendung hätte, sie alle verdienen weder Lob noch Mitleidgefühl. Eine Nation setzt mit Recht an die Erhaltung eines bedrohten Grenzstrichs, und wenn er werthlos wäre, ihr alles; denn es handelt sich um ihre Ehre. Aber dies beweist nichts, wie Jhering meint, für den einzelnen. Denn die Vertheidigung von Geld und Geldeswerth durch Prozeß gilt nicht als Ehrenpunkt.

§ 22. Klassifikation der Privatrechte.<sup>1</sup>

Die Privatrechte beziehen sich theils auf das Vermögen eines Rechtssubjektes — Vermögensrechte —, theils auf dessen persönliche Stellung gegenüber anderen Personen — Personenrechte.

1. Vermögen ist die Gesammtheit der geldwerthen Güter einer Person.<sup>2 3</sup>

Die Römer unterscheiden Vermögen im natürlichen und Vermögen im Rechtsinne. Im ersteren Sinne gehört zum Vermögen alles, was thatsächlich für ein Rechtssubjekt Vermögenswerth hat. Dahin zählt auch der Besitz, d. h. die thatsächliche Herrschaft über eine Sache. Es ist in diesem Sinne zum Vermögen auch zu rechnen die Kundschaft eines gewerblichen Geschäftes, die Klientel eines Rechtsanwaltes. Das Vermögen im Rechtsinne begreift nur diejenigen Güter in sich, die einer Person rechtlich zugehören.<sup>4</sup>

Die Haupteintheilung der Vermögensrechte ist die in dingliche und in Forderungsrechte.

a) Dinglich sind die Rechte, welche uns eine Sache unmittelbar unterwerfen.<sup>5</sup> Das wichtigste dieser Rechte ist das

1) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 127 ff. „Die einzelnen Privatrechte“.

2) Birkmeyer, das Vermögen in juristischem Sinne, 1879.

3) Savigny, Bd. 1 S. 340 Anm. 6, bemerkt: „die deutsche Bezeichnung — das Vermögen — ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das, was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen.“ Doch das Vermögen ist nicht das einzige Machtmittel, auch durch Kenntnisse, Geist, Energie vermögen wir Vieles! Jene Bezeichnung ist daher wohl anschaulich und nicht unwahr, aber keineswegs den Begriff deckend.

4) l. 49 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 59 ad edictum: „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, id est beatos faciunt: beare. est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint: aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Ulpian bezeichnet hier das thatsächliche Haben als naturalis, das rechtliche als civilis appellatio honorum. So mit Recht Birkmeyer a. a. O. S. 15, anders, aber unrichtig Windscheid § 42 Anm. 3 und andere.

5) Rechtsphilosophisch und abstrakt läßt es sich begründen, daß Rechte nur gegenüber Personen bestehen, daß dies auch für Eigenthum und dingliche Rechte gelten müsse, so daß sie sich charakterisiren als Rechte, deren Inhaber gegen Jedermann den Anspruch auf Unterlassung der Verfügung über die Sache haben, Lenel, Exceptionen S. 114, Schloßmann, Vertrag S. 25 ff., Thon, Rechtsnorm S. 161 ff., Bierling, Kritik Bd. 2 S. 169 ff. Das römische und gemeine Recht stehen aber bei ihren Klassifikationen nicht auf dieser abstrakten Höhe. Sie gehen von der konkreten, wenn man will naiven Vorstellung aus „res mea est.“ d. h. die Sache gilt als an die Person des Eigenthümers gekettet, an ihn gebunden. Hieraus ergibt sich die Folge

Eigentumsrecht, welches eine körperliche Sache generell dem Berechtigten unterwirft. Daneben stehen die dinglichen Rechte an fremder Sache, welche diese Sache dem Berechtigten nur nach bestimmten Beziehungen und in beschränkter Weise unterwerfen, z. B. Servituten, Pfandrechte.

b) Die Forderungsrechte oder Obligationen sind Rechte des Gläubigers auf eine vermögenswerthe Leistung durch den Schuldner.

Auch bei den Forderungsrechten handelt es sich meistens um körperliche Sachen. Aber die Forderung giebt nur ein Recht auf die Leistung durch den Schuldner, sie setzt den Berechtigten nicht in eine unmittelbare Beziehung zu der geschuldeten Sache. Die Leistung ist also der nothwendige Durchgangspunkt, um die Sache zu gewinnen.

Die Obligationen sind Rechte auf Erlangung von Vermögenswerthen, sie sollen die Schuldobjekte in das Vermögen des Gläubigers bringen. Dennoch sind sie schon Bestandtheile des Vermögens. Sie sind bereits geldwerthe Güter, weil sie einen rechtlich gesicherten Anspruch geben. Um deswillen vermehren sie das Vermögen.<sup>6</sup> Folgerrecht gehören auch die Schulden zum Vermögen, sie sind die Subtrahenten desselben.<sup>7</sup> Demnach zerfällt das Vermögen in Aktiva und Passiva.

Die Passiva können die Aktiva übersteigen. Das Vermögen ist dann eine negative Größe.

c) Auf einem anderen Eintheilungsgrunde beruht die besondere Stellung des Erbrechtes. Das Erbrecht regelt den Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen auf die Lebenden. Hierbei handelt es

---

ubi rem meam invenio ibi vindico, d. h. man kann diese Rechte jedermann gegenüber im Fall der Verletzung geltend machen. Entsprechend heißt es dann auch *res mihi servit, res obligata est*. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 1 n. 4 S. 88. Der Rechtsphilosoph mag jene Vorstellung kritisch beleuchten und zerlegen. Der Gestaltung des römischen und gemeinen Rechtes liegt sie zu Grunde. Sie ist anschaulich und gesund. Wer gemeines Recht darstellen will, muß sich ihr anbequemen.

6) Unter Vermögen — *bona* — verstanden die Römer ursprünglich nur diejenigen körperlichen Sachen, welche ihnen zu eigen waren, also das, was sie hatten, nicht das, was sie erst erhalten sollten, vgl. die in Anm. 4 citirte Stelle, Pernice *Labeo* Bd. 1 S. 323, Birkmeyer a. a. D. S. 142.

7) 1, 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum . . . nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabantur. Birkmeyer a. a. D. S. 159 sucht nachzuweisen, daß die Passiva nicht Vermögensbestandtheile bildeten. Es ist aber nur richtig, daß man unter Vermögen zuweilen bloß das Aktivvermögen versteht. In der Regel ist es die nach dem Abzug der Passiva übrigbleibende Summe der Aktiven.

sich um eine besondere Weise des Ueberganges des Vermögens, nicht um eine Klassifikation seiner Bestandtheile.

2. Das Personenrecht behandelt die privatrechtlichen Beziehungen einer Person abgesehen vom Vermögen.<sup>8</sup>

Das Personenrecht kann in einer Qualität der eigenen Person bestehen, welche auf allgemeine Anerkennung Anspruch macht. Insbesondere bildet das Recht zur Führung eines Namens, Titels, Wappens,<sup>9</sup> das Recht zur Führung des kaufmännischen Namens — der Firma — ein solches Personenrecht.<sup>10</sup>

Beim Personenrecht kann es sich ferner um besondere Beziehungen zwischen bestimmten Personen handeln. Hierher gehören die Familienrechte. Der Ausdruck Familie hat einen zweifachen Sinn. Eine Familie bilden Ehemann und Ehefrau; ihre persönlichen Beziehungen regelt das persönliche Eherecht. Familie ist auch der Kreis der Blutsverwandten — cognati; hiermit beschäftigt sich ein anderer Haupttheil des Familienrechtes. Die väterliche Gewalt, d. h. das Recht des Vaters gegenüber seinen Kindern, tritt hierbei vorzugsweise hervor.

Dem Personenrechte gehört auch das Vormundschaftsrecht an, d. h. die gesetzlich geregelte Fürsorge und Vertretung hilfloser Personen, die nicht in der väterlichen Gewalt stehen.

Das privatrechtliche System wird zweckmäßig in folgenden Haupttheilen dargestellt:

1. Allgemeiner Theil, d. h. die allgemeinen Lehren des Privatrechtes.
2. Sachenrecht.
3. Obligationenrecht.
4. Personenrecht und Familienrecht.
5. Erbrecht.

8) Die Ausdrücke „Personenrechte“, „persönliche Rechte“ und endlich „höchstpersönliche Rechte“ haben sehr verschiedene Bedeutungen. Personenrechte charakterisiren sich durch ihren Gegensatz gegen Vermögensrechte. Die persönlichen Rechte bilden eine Species der Vermögensrechte. Es sind dies die Forderungsrechte, welche die Leistung eines Schuldners zum Gegenstande haben und mit einer actio in personam geltend gemacht werden. Sie stehen im Gegensatz zu den dinglichen Vermögensrechten, welche eine Sache unmittelbar verhaften und mit einer actio in rem geltend gemacht werden. Der Ausdruck höchstpersönliche Rechte endlich bezeichnet Rechte, welche an die individuelle Persönlichkeit des Berechtigten der Art geknüpft sind, daß sie auf andere Personen, insbesondere auch auf dessen Erben, nicht übergehen können.

9) In dem R.G. Bd. 2 S. 145 beurtheilten Falle wurde anerkannt, daß auch das Verlangen auf Aberkennung des Rechtes zum Gebrauche des Titels und Wappens eines adligen Hauses im Wege der Civilklage geltend gemacht werden könne.

10) Vgl. S.O.B. Art. 27.

## Zweites Kapitel.

## Entstehung und Auserkrafttreten der Rechtsnormen.

## § 23. Die rechtsbildenden Faktoren.

Rechtsquellen, d. h. die Faktoren, welche Recht im objektiven Sinne begründen, sind Gesetze und Gewohnheiten, an welche sich der Gerichtsbrauch anschließt.

Gesetze und Gewohnheiten entstehen in der Regel nicht aus Willkür einzelner. Es liegen ihnen tiefere Momente zu Grunde. In ihnen macht sich die Rechtsansicht des Volkes geltend, in dessen Schoße sich das Recht entwickelt. In Folge dessen erblicken viele in der Volksüberzeugung die einheitliche und fundamentale Quelle des Rechtes. Insbesondere ist dies die Ansicht der hervorragendsten Vertreter der historischen Schule gewesen.<sup>1</sup>

Hierin ist wahres mit unwahrem gemischt. Niemand wird bezweifeln, daß in gesunden Staats- und Rechtsverhältnissen die Volksüberzeugung, wenn sie einen gewissen Grad von Stärke erreicht, zu Gewohnheiten und Gesetzen führen muß. Aber die einzige Triebfeder der Bildung des Rechtes ist die Volksüberzeugung nicht. Auch bei der Rechtsbildung wie bei allem menschlichen wirken mancherlei Nebenumstände, ja Zufälligkeiten ein. Es führt z. B. der bloße Nachahmungstrieb zu Gewohnheiten; subjektive Ansichten derer, in deren Hand die Gesetzgebung liegt, führen zu Gesetzen. Vor allem aber ist zu beachten, daß das Staatsleben keineswegs immer so gesund ist, um der Volksüberzeugung freie Bahn zu lassen. Die Geschichte zeigt, daß unterworfenen Nationen Jahrhunderte lang unter einem ihrer Volksüberzeugung widerstrebenden Rechte lebten.

Es ist die Volksüberzeugung nicht selbst Rechtsquelle, sie ist nur ein Motiv für die Bildung der Rechtsquellen. Ist doch auch die Volksüberzeugung objektiv nicht leicht mit Sicherheit feststellbar. Man kann sie durch Intuition erkennen, sie läßt sich kaum je als solche demonstrieren. Rechtsquellen aber bedürfen bestimmter Erscheinungsformen, wie sie sich im Gesetze und in der Gewohnheit finden.

1) Buchta, Pandekten § 10, Savigny Bd. 1 §§ 7 ff. Nur in abgeschwächter Gestalt findet sich die Auffassung noch bei Windscheid Bd. 1 § 15. Eine eingehende Darlegung des Standpunktes von Savigny und Buchta, eine meines Ermessens zutreffende Kritik desselben, sowie die Angabe der hauptsächlichsten Schriften findet sich bei Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, im Archiv für civil. Praxis Bd. 66 S. 400 ff.

Gesetz ist der in einer Schrifturkunde formulirte, verfassungsmäßig erklärte Wille der gesetzgebenden Gewalt über Rechtsverhältnisse. Das Gesetz im engeren Sinne stellt Rechtsnormen auf, d. h. Regeln, nach denen die Rechte zu bemessen sind. Im weiteren Sinne gehören zu den Gesetzen auch Willenserklärungen des Gesetzgebers, welche keine Regel aussprechen, sondern ein einzelnes Rechtsverhältnis, z. B. ein Privilegium, gestalten.

Gewohnheitsrecht ist die in Rechtsgewohnheiten liegende Rechtsregel.

Das Gesetz hat seine nothwendige Form in der Schrift. Daher wird es geschriebenes Recht — *jus scriptum* — genannt.<sup>2</sup> Das Gewohnheitsrecht bedarf der Schrift zu seiner Entstehung nicht. Es wird daher ungeschriebenes Recht — *jus non scriptum* — genannt.<sup>3</sup> Gewohnheiten bilden selbst dann kein geschriebenes Recht, wenn sie unter staatlicher Autorität aufgezeichnet wurden. Denn die Schrift begründet auch dann ihre Geltung nicht, sondern bezweckt nur ihre treue und unverfälschte Erhaltung.

Seit Alters bezeichnet man vorzugsweise das *corpus juris civilis* als *jus scriptum*. Dem thut es keinen Eintrag, daß es in Deutschland nur als Gewohnheitsrecht gilt.

Der Ausdruck Gesetz dient nicht selten zur Bezeichnung jeder Rechtsnorm. So gebrauchen ihn mehrere Reichsgesetze.<sup>4</sup>

#### § 24. a. Gesetzgebung. Römisches Recht.

Im justinianischen Rechte ist der Kaiser allein Gesetzgeber, allein rechtmäßiger Ausleger der Gesetze und oberster Richter.<sup>1</sup>

Aber die gesetzgebenden Faktoren der älteren Zeit sind im justinianischen Rechte immer noch grundsätzlich von Bedeutung. Ihre weitere Wirksamkeit ist gegenüber der kaiserlichen Gesetzgebung nur eingestellt. Das normale Gesetz ist die *lex*, d. h. der auf Rogation eines Magistrates gefasste Beschluß der Versammlung des römischen Volkes. Ihr steht das *Plébiscit* gleich, der in ähnlicher Weise rogirte und an-

2) § 3 J. de jure nat. 1, 2.

3) § 9 J. de jure nat. 1, 2, l. 33, l. 35, l. 36 D. de leg. 1, 3.

4) Einführungsgesetz zur C.P.D. § 12: „Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.“ Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 2, vgl. C.P.D. § 510.

1) l. 12 C. de legibus 1, 14. Justinianus . . . tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

genommene Beschluß der römischen Plebs.<sup>2</sup> Auch der Senat hat gesetzgebende Gewalt, die er durch Senatuskonsulte übt.<sup>3</sup> Gesetzeskraft haben ferner die *responsa prudentium*, d. h. schriftliche Gutachten der vom Kaiser mit dem Recht, in seinem Namen zu respondiren, begnadigten Juristen.<sup>4</sup> Edikte der Prätores und der kurlischen Medilen begründen gleichfalls Recht.

Die kaiserliche Gesetzgebung hatte ursprünglich nur den Charakter von Ausführungsverordnungen der Gesetze. Die Volksgesetzgebung war durch sie nicht direkt antastbar.<sup>5</sup> Ob die Kaiser zur authentischen Auslegung der Volksgesetze legitimirt seien, war noch unter den klassischen Juristen bestritten. Justinian verwirft den Zweifel als lächerlichen Irrthum.<sup>6</sup>

Da die kaiserlichen Gesetze ursprünglich nur den Zweck hatten, das bestehende Recht auszuführen, nicht aber neue Grundlagen für das Recht zu legen, so wird es verständlich, daß eine besondere Publikation nicht Bedingung ihrer Geltung war. Gesetzeskraft hatten:<sup>7</sup>

1. Kaiserliche Edikte, d. h. vom Kaiser besonders verkündete Rechtsnormen.<sup>8</sup>

2. Mandate, d. h. in den Instruktionen der Kaiser für die Provinzialstatthalter festgestellte Rechtsnormen.<sup>9</sup>

3. Dekrete, d. h. kaiserliche Urtheile, soweit sie Rechtsnormen aussprachen und anwendeten.<sup>10</sup>

2) Vgl. §§ 4 ff. J. de jure nat. 1, 2. Das genauere ist in der Rechtsgeschichte darzustellen. Die „*lex Aquilia*“ bildete ein Plebiszit l. 1 § 1 D. ad legem Aquilianam 9, 2.

3) In der l. 9 D. de leg. 1, 3 — Ulpianus libro 16 ad edictum — wird dies als ein noch gegenwärtiges Recht dargestellt: *non ambigitur senatum jus facere posse*. Vgl. auch l. 1 C. de senatusconsultis 1, 16.

4) Vgl. l. 12 C. de leg. 1, 14 am Ende.

5) Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 Abth. 2 S. 845 ff.

6) l. 12 § 2 C. de leg. 1, 14. *Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus.*

7) Gaj. Inst. I § 5, § 6 J. de jure nat. 1, 2. l. 1 D. de const. principum 1, 4.

8) l. 3 C. de legibus 1, 14.

9) Ein für das Privatrecht höchst wichtiges caput ex mandatis bezüglich des Militärtestamentes theilt mit l. 1 pr. D. de testamento militis 29, 1.

10) l. 1 § 1 D. de const. princ. 1, 4 Ulpianus libro 1 institutionum: *Quodcumque imperator . . . vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est . . . legem esse constat.* Einen grundsätzlichen Widerspruch gegen die Gesetzeskraft der Interlokutionen des Kaisers will l. 3 C. de legibus 1, 14 nicht erheben. Man soll sie nur in der Regel als für den einzelnen Fall bestimmt ansehen. — Hauptbeispiel eines Gesetzes in Form eines Dekretes ist das *decretum divi Marci* l. 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7.

4. Reskripte, d. h. kaiserliche Antworten auf Anfragen von Privaten, sowie Bescheide auf Anfragen von Behörden — consultationes — sofern sie Rechtsregeln aussprachen.<sup>11</sup>

Decrete und Reskripte hatten den nächsten Zweck, über ein konkretes in Frage stehendes Rechtsverhältniß zu entscheiden. Inwieweit wirkten sie nur unter den Parteien, welche bei diesem Rechtsverhältniß betheiligt waren. Soweit sie aber bei dieser Veranlassung allgemeine Rechtsätze formulirten, hatten sie Verbindungskraft für alle. Inwieweit in einem Reskript oder Decret allgemeine Rechtswahrheiten enthalten waren, oder nur die Besonderheit des Falles zum Ausdruck kam, darüber mußten schließlich Jurisprudenz und Praxis befinden.<sup>12</sup>

### § 25. Gesetzgebung in Deutschland.

Mit der deutschen Staatsverfassung waren die römischen Grundsätze über die gesetzgebende Gewalt unvereinbar. Denn in Deutschland bestand weder jemals die Souveränität des Volkes, wie im republikanischen Rom, noch eine despotische Fürstengewalt, wie im justinianischen Reiche.<sup>1</sup>

Im alten deutschen Reiche hatte der Kaiser in Verbindung mit dem Reichstage die gesetzgebende Gewalt. Daneben gewannen die Landesherren und Reichsstädte das Recht der Gesetzgebung. Es bestand auch in weitem Maße Autonomie, d. h. das Recht der Selbstgesetzgebung unter den Genossen.<sup>2</sup>

Nach der Verfassung des neuen Reiches liegt die Reichsgesetzgebung

11) Die Form der Reskripte konnte sein entweder die eines besonderen Schreibens — epistola — beziehungsweise in förmlicherer Gestalt — *pragmatica sanctio* — oder Antwort auf dem Umschreiben — *adnotatio subscriptio*. Ein sachlicher Unterschied bestand zwischen diesen Formen nicht.

12) l. 1 § 1 u. § 2 D. de const. princ. l. 4. Rechtsunsicherheit und mißbräuchliche Ausdeutung der Reskripte waren naheliegende Gefahren. Dagegen reagirten manche Kaiser und suchten die Gesetzeskraft der Reskripte einzuschränken, l. 2 C. de legibus 1, 14. Einen durchgreifenden Erfolg hatte eine derartige Selbstbeschränkung nicht. Siehe freilich Savigny Bd. 1 S. 128.

1) Savigny Bd. 1 S. 165 findet, „daß unsere Juristen die im römischen Rechte über die Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften ganz willkürlich bald annehmen, bald mit Stillschweigen übergehen.“ Er entscheidet sich dahin, daß die römischen Vorschriften über die Rechtsquellen als dem Staatsrechte angehörend überhaupt nicht recipirt seien. Die Voraussetzung, von der Savigny ausgeht, daß alles, was dem Staatsrechte angehört, nicht recipirt sei, ist aber nicht bewiesen, vgl. oben § 4 Anm. 5. Auch hat die deutsche Praxis nie an der Reception zahlreicher die Rechtsquellen betreffender Sätze des römischen Rechtes gezwweifelt. Es verhält sich hier nicht anders wie bei anderen Rechtsmaterien. Diejenigen Rechtsätze, welche mit der deutschen Rechtsauffassung unvereinbar waren, wurden nicht recipirt, diejenigen, welche in derselben Anknüpfungspunkte hatten, gingen in das gemeine Recht über.

2) Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 § 19.

in der Hand des Bundesrathes und des Reichstages.<sup>3</sup> Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündung der Reichsgesetze zu.<sup>4</sup> Die Verkündung muß durch das Reichsgesetzblatt geschehen. Verkündung eines Gesetzes, welches der Kaiser für gemeinschädlich hielt, entspräche jedoch nicht seinen kaiserlichen Pflichten.<sup>5</sup> In Folge dessen hat er indirekt ein Veto. Die Ablehnung der Verkündung eines von Bundesrath und Reichstag beschlossenen Gesetzes könnte jedoch nur ein außerordentliches Hülfsmittel bilden und ist keine im regelmäßigen Gang der Dinge begründete Befugniß des Kaisers. Ausdrücklich ist dem Kaiser das Veto nur in einigen bestimmten Fällen durch die Verfassung zugetheilt.

Die Reichsgesetzgebung erstreckt sich auf die gemeinsame Gesetzgebung über das Privatrecht.<sup>6</sup> Die Landesgesetzgebung besteht daneben. Sie kann aber Reichsgesetze nicht antasten. Die Autonomie ist im jetzigen Recht sehr eingeschränkt; sie steht vorzugsweise noch den Familien des hohen Adels bezüglich ihrer Successionsverhältnisse zu.

Gesetze treten oft erst in Kraft, nachdem eine gewisse Zeit von der Verkündung ab verlossen ist. Die verbindliche Kraft von Reichsgesetzen insbesondere beginnt regelrecht mit dem 14. Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben ist. Deshalb wird der Tag der Ausgabe auf dem Blatte bemerkt. Das Gesetz kann vorschreiben, daß es früher oder daß es später in Kraft tritt. Es kann sein Inkrafttreten auf einen bestimmten späteren Termin setzen oder vom Eintritt gewisser bedingender Ereignisse, z. B. der künftigen Publikation anderer Gesetze, abhängig machen.

Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt.<sup>7</sup> Es ist Streitfrage, ob der Richter befugt ist, die Legalität eines vom Kaiser formell verkündeten Reichsgesetzes zu prüfen,<sup>8</sup> und in entsprechender Weise, ob ihm diese Prüfung

3) Reichsverfassung Art. 5.

4) Reichsverfassung Art. 2, Art. 17.

5) Anders freilich Laband, Deutsches Staatsrecht Bd. 2 S. 43 Anm. 2 und die dort angeführten Schriftsteller.

6) Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13 nach dem Reichsgesetze v. 20. December 1873.

7) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 1.

8) Laband, Deutsches Staatsrecht Bd. 2 S. 57, behauptet, „der durch die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers gesicherte Abdruck des Gesetzes im Reichsgesetzblatt hat die rechtliche Eigenschaft der Authenticität. Die Prüfung, welche den Behörden und Angehörigen des Reiches hinsichtlich der Existenz der Reichsgesetze obliegt, beschränkt sich daher darauf, daß sie sich überzeugen, daß das Reichsgesetz in dem Reichsgesetzblatt in der dem Art. 17 der Reichsverfassung entsprechenden Art

bezüglich der Rechtsbeständigkeit eines vom Landesherrn formell verkündeten Landesgesetzes zusteht.<sup>9</sup> Grundsätzlich ist das Recht des Richters zur Prüfung der Gültigkeit der Gesetze zu bejahen. Denn der Richter soll nur nach den Gesetzen richten. Nicht was als Gesetz erscheint, sondern was Gesetz ist, muß für ihn maßgebend sein.

Ein alter Spruch ist: *jura novit curia*. Der Richter hat das Recht zu kennen.<sup>10</sup> Dies bezieht sich unbedingt aber nur auf inländische Gesetze. Solche Gesetze hat der Richter nach seiner Amtspflicht seinerseits zu ermitteln, sie sind nicht Gegenstand eines Beweises der Parteien. Der Richter hat diese Gesetze auch anzuwenden, wenn sie die Beteiligten nicht anrufen.

### § 26. b. Gewohnheitsrecht. Allgemeiner Charakter.<sup>1</sup>

Die älteste Rechtsquelle ist das Gewohnheitsrecht. Auf die Gewohnheit führt der Ursprung von Staat und Recht zurück, gründen sich die fundamentalen Institute des Privatrechts, wie Eigenthum, Ehe, Verwandtschaft. Die Verbindungskraft der Gewohnheit ist in den früheren Stadien des Volkslebens eine evidente Thatsache.

Im Laufe der Entwicklung treten die Gesetze in den Vordergrund. Sie haben eine unvergleichlich geringere produktive Kraft, als die Gewohnheiten. Aber sie bestimmen den Rechtszustand, welcher gewohnheitsmäßig entstanden war, in das einzelne hinein, sie bilden ihn nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit fort.<sup>2</sup> Neben der Gesetzgebung

und Weise abgedruckt ist.“ Aber die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch Bundesrath und Reichstag und nur Reichsgesetze erhalten durch ihre Verkündung Kraft. Daß was als Reichsgesetz verkündigt ist, auch Reichsgesetz sei, dafür spricht die Präsumtion — *legalia praesumuntur*. Nichts berechtigt uns aber, die Präsumtion in eine Fiktion zu verwandeln.

9) Landesgesetzlich ist zuweilen das Gegentheil bestimmt. So Art. 106 Abs. 2 der Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat v. 31. Januar 1850.

10) So schon die Glosse „*probatis his*“ zu l. 1 C. *quae sit longa consuetudo* 8, 53, vgl. C.P.D. § 265, unten § 28 Anm. 2.

1) Aus der Literatur heben wir hervor: Georg Friedrich Ruchta, das Gewohnheitsrecht 2 Bde. 1828, 1837. Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 S. 466 ff. Abichs, Lehre von den Rechtsquellen 1872. Zoll in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 10. Adolf Schmidt, das Gewohnheitsrecht, Leipziger Programm 1881. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 n. 13.

2) Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 Abs. 1, 4. Aufl. S. 28, hebt mit Recht hervor, daß das Gesetz formell dem Gewohnheitsrechte weit überlegen ist. Wenn aber in der neueren Zeit die Werthschätzung des Gesetzesrechtes gegenüber dem Gewohnheitsrechte sehr gestiegen ist, so sollte man nicht übersehen, daß die schöpferische Kraft der Gesetzgebung eine sehr geringe ist, vor allem auf dem Gebiete des Privatrechts, und daß ihr das Gewohnheitsrecht in dieser Hinsicht weit überlegen ist.

macht sich die reflektirende Jurisprudenz geltend, welche das Recht systematisch ausarbeitet. Gegenüber der Thätigkeit dieser Faktoren erschläft die Kraft der Gewohnheit. Nunmehr kommt die Zeit, in welcher mancher das Gesetz als einzig normale Quelle des Rechtes ansieht und die Berechtigung des Gewohnheitsrechtes in Frage stellt. Jetzt fühlt man das Bedürfnis, das Gewohnheitsrecht aus inneren Gründen zu rechtfertigen, gleichsam zu vertheidigen. Man sucht nunmehr seine Ebenbürtigkeit mit dem Gesetze zu erweisen, indem man es auf denselben Urgrund zurückführt.

So thaten die römischen Juristen der Kaiserzeit. Der Wille des Volkes, argumentirten sie, ist der Grund des Gesetzes. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundgibt oder durch die Uebung.<sup>3</sup> Aehnlich in der Neuzeit. Im vorigen Jahrhundert hatte man vielfach in den Gesetzen allein die normale Rechtsquelle gesehen.<sup>4</sup> Die historische Schule trat dem entgegen. Sie ging dabei von der Voraussetzung aus, daß die Volksüberzeugung Verbindungskraft habe, und leitete aus ihr die Gewohnheit, wie das Gesetz. In der Gewohnheit spiegele sich die Volksüberzeugung unmittelbar, im Gesetz mittelbar.

In Wirklichkeit liegen in solchen Erörterungen philosophische Erklärungen. Die Verbindungskraft des Gewohnheitsrechtes beruht nicht auf ihrer Begründetheit. Sie ist eine historische Thatsache, ein gegebener Grundfaktor unseres Rechtes.<sup>5</sup>

Hiernach ist es ungerechtfertigt, wenn Gerichte bei der Prüfung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht bestehe, außer der Thatsache langjähriger Rechtsgewohnheit fordern, daß ihnen deren Uebereinstimmung mit einer Volksüberzeugung erhelle.<sup>6</sup> Ein derartiges Erforderniß ist

3) l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3. Julianus libro 84 Digestorum Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur, moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Dies schrieben dann die anderen nach: Ulp. fragm. I § 4: mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus, vgl. l. 35 D. h. t. 1, 3.

4) Das Gewohnheitsrecht mußte man sich nur durch die „Genehmigung“ des Gesetzgebers zu erklären. Vgl. hierüber Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. I S. 23.

5) An die Stelle der Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechtes tritt neuerdings folgerichtig die Frage nach dem verbindenden Grunde der Gesetze überhaupt, d. h. der Rechtsnormen. Sie gehört offenbar der Rechtsphilosophie an. Mit ihr beschäftigt sich namentlich Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, sowie Zitelmann a. a. D. S. 446.

6) Es geschieht das namentlich durch das Reichsgericht in zahlreichen Urtheilen,

dem positiven Rechte fremd. Nichts legitimirt den Richter dazu, eine solche Anforderung zu stellen.

Die langjährige Rechtsgewohnheit ist selbständige Rechtsquelle; dies ist durchaus gerechtfertigt. Dem Menschengenosse wohnt Ehrfurcht vor dem althergebrachten inne und die Scheu, dasjenige anzutasten, was lange Zeit bestand. Denn das bestehende läßt sich in seinen Wirkungen übersehen, die Vortheile, welche es mit sich bringt, sind abmeßbar, wie die Nachtheile. Wie dasjenige wirken wird, was man etwa an die Stelle setzen könnte, ergiebt mit Sicherheit erst die Zukunft. Das Alter der Rechtsgewohnheit ist hiernach ein wesentliches Moment des Gewohnheitsrechtes. Mit Unrecht hat dies die neuere Theorie vielfach ignorirt.

Die Zeit ist ein wesentlicher Faktor wie bei der Gewohnheit, so bei der Verjährung. Aber die Gewohnheit hat ihre Wurzel im Geamtvolk oder in einer Partikel desselben und bildet hier Recht im objektiven Sinne; die Verjährung bezieht sich auf ein einzelnes Verhältniß und begründet Recht im subjektiven Sinne.

### § 27. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes.

Langjährige Rechtsgewohnheiten des Volkes oder eines Kreises des Volkes bilden Gewohnheitsrecht. Es ist also erfordert:

1. eine Gewohnheit, d. h. ein gleichförmiges Thun oder Lassen. Nach der jeweiligen Sachlage ist zu beurtheilen, wie viele Fälle genügen, um eine Gewohnheit anzunehmen. Aus ihr erhellt, ob einzelne Abweichungen vom gewöhnlichen oder ob entgegengesetzte Handlungen als bloße Abnormitäten anzusehen sind, welche der Annahme einer Gewohnheit nicht entgegenstehen, oder ob sie die Gewohnheit in Frage stellen.

Die Gewohnheit ergiebt sich vorzugsweise aus Handlungen. Aber auch *Unterlassungen* genügen, wenn sie ersichtlich das Produkt von Willensentschlüssen sind. Ein Beispiel wäre, wenn sämtliche

---

welche man bei Zitelmann a. a. O. S. 324 zusammengestellt findet. Beispielsweise führt H. G. Bd. 3 S. 211 aus: „es liegt kein Grund vor, dem fraglichen Gerichtsgebrauch rechtserzeugende Kraft beizulegen, denn auch hier ist nicht nachweisbar, daß derselbe eine partikuläre Rechtsüberzeugung zur Quelle habe.“ Nach dieser Auffassung wäre die Rechtsüberzeugung ein selbständiges besonders darzuthuendes Erforderniß des Gewohnheitsrechtes. Freilich lehnt sich das Reichsgericht an die Theorie gewichtiger Autoritäten, vgl. unten § 29 Anm. 4. Aber quellenmäßig und dem Wesen der Sache entsprechend ist jene Auffassung wohl nicht.

Neubauten in einer Stadt lange Zeit hindurch einen bestimmten Minimalabstand von der Grenze einhielten.

2. Es muß eine langjährige Uebung vorliegen.<sup>1</sup> Das kanonische Recht forderte Ablauf der Verjährungszeit, also mindestens von zehn Jahren<sup>2</sup>; hiervon ist die neuere Theorie allgemein, die Praxis überwiegend abgegangen. Dies ist zweckmäßig. Die Verhältnisse liegen zu verschieden, als daß ein einheitlicher Maßstab empfehlenswerth wäre. Mehrjährige Dauer ist aber nothwendig. Ueber die Zahl der Jahre entscheidet richterliches Ermessen.

3. Die langjährige Uebung muß eine Rechtsgewohnheit sein, d. h. es muß in ihr eine Rechtsregel zu finden sein. Dies ist es, was man herkömmlicher Weise als das Erforderniß der *opinio necessitatis* bezeichnet.

Daß bloß aus Rücksichten der Sitte, des Anstandes lange Zeit geübt ist daher nicht Gewohnheitsrecht.

Ein allgemeiner Geschäftsgebrauch bildet kein Gewohnheitsrecht, sofern er seine Kraft nur aus dem vermutheten Willen der Parteien schöpft und nicht als eine hiervon unabhängige Rechtsregel gilt. Man spricht in solchen Fällen vorzugsweise von *Uancen*. Dahin gehört z. B. der Gebrauch, daß bei Kaufgeschäften gewisser Art dem Käufer ein Abzug — *Rabatt* — vom Kaufpreis verstattet wird.<sup>3</sup>

Eine öftere irrthümliche Auslegung eines Gesetzes ist noch kein

1) Die römischen Quellen reden von *longa, inveterata consuetudo*, vgl. die oben § 26 Anm. 3 angeführten Stellen; daher lautet auch die Ueberschrift des Digestentitels 1, 3 „de legibus et . . . longa consuetudine“. Insbesondere fordert Hermogenian in der l. 35 D. h. t. 1, 1 *quae longa consuetudine comprobata sunt et per plurimos annos observata*.

2) cap. 11 X de cons. 1, 4 „nisi si fuerit rationalis et legitime sit praescripta“, vgl. cap. 3 in 6<sup>to</sup> 1, 4. Savigny sieht in diesen Worten bloß die Hervorhebung der Nothwendigkeit „längerer Dauer“ der Uebung. Allein die Worte fordern mehr, nämlich „die gesetzliche Verjährungszeit“. Sie schließen sich dabei an die im Mittelalter bei den Juristen herrschende Ansicht an. Vgl. Buchta, *Gewohnheitsrecht* Bd. 2 S. 98 ff. — Windscheid § 16 Anm. 1 sieht die Bestimmung des kanonischen Rechtes als durch die Praxis beseitigt an, worin man ihm beitreten kann.

3) Für den Geschäftsgebrauch gilt der Satz: l. 31 § 20 D. de aedil. edicto 21, 1 *Ulpianus libro ad edictum aedilium curulium — ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire*. Aber dieser Satz gilt für den Geschäftsgebrauch nur, wenn sich ihm die Parteien unterwerfen, sei es, daß sie seinen Inhalt speciell kannten, oder daß sie sich ihm allgemein unterwarfen ohne den Inhalt zu kennen, z. B. sie kontrahiren ein Börsengeschäft zu Berlin auf Grund der *Uancen* der Berliner Börse, ohne diese speciell zu kennen. Ueber derartige „Handelsgebräuche“ können nach dem Gerichtsverfassungsgesetze des Reiches § 118 die Kammern für Handelsachen aus eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden. Ueber die Befugnisse anderer Richter in dieser Hinsicht siehe R.G. Bd. 2 S. 383.

Gewohnheitsrecht. Aber es kann aus ihr ein Gewohnheitsrecht erwachsen, indem das lange Zeit geübte schließlich um der langjährigen Übung willen selbständige Autorität gewinnt.<sup>4</sup>

4. Es muß sich um eine Übung des Volkes oder eines Kreises der Volksgenossen handeln. Man pflegt hiernach zu unterscheiden: gemeine Gewohnheiten, d. h. solche, die das Volksganze beherrschen, und Observanzen, d. h. solche, die nur einen engeren Geltungsbereich haben, z. B. einzelne kommunale Verbände, Standesgenossen.

5. Die Rechtsgewohnheit muß auch eine löbliche sein, um Gewohnheitsrecht zu machen, d. h. sie darf nicht gegen die gesunde Vernunft und die guten Sitten verstoßen.<sup>5</sup>

### § 28. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes.

Ob ein Gewohnheitsrecht im gegebenen Falle vorhanden ist, wird häufig zweifelhaft sein, denn die Thatfachen, auf welche sich das Urtheil zu stützen hat, sind oft erst durch weitläufige Procceduren, insbeson- dere durch Zeugenaussagen über die einzelnen Fälle der Übung festzustellen. Aber auch die Rechtsfrage, ob sich aus den erwiesenen That- sachen ein Gewohnheitsrecht ergibt, bietet häufig Schwierigkeiten. Denn die rechtlichen Kriterien des Gewohnheitsrechtes lassen, wie sich ergab, dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum.<sup>1</sup> Dies macht sich in solchen Epochen weniger fühlbar, in welchen ungelehrte

4) In der l. 39 D. de leg. 1, 3 entscheidet Celsus libro 23 Digestorum: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentam est, in aliis similibus non obtinet. Viele, z. B. Windscheid § 16 Anm 3, leiten hieraus den Satz, daß Gewohnheitsrecht nicht auf Irrthum beruhen dürfe. Dies hat auch das R.G. in mehreren Erkenntnissen angenommen, namentlich Bd. 2 S. 182 ff., Bd. 3 S. 210 ff., Bd. 6 S. 225 ff. Celsus aber geht gerade umgekehrt davon aus, daß sich auf Grund eines ursprünglichen Irrthums ein Gewohnheitsrecht gebildet habe — consuetudine optentum est — und entscheidet nur, daß aus derartigen irrationalen, mehr zufälligen Rechtsbildungen analoge Schlüsse nicht zu machen seien. Des Irrthums gedenkt er, um anschaulich zu machen, wie es komme, daß sich das irrationale Gewohnheitsrecht einbürgerte, siehe unten § 33. Vgl. vorzüglich Zitelmann a. a. D. im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 S. 323.

5) l. 2 C. quae sit long. cons. 8, 52, verb. „ut rationem vincat“. nov. 134 cap. 1, vgl. cap. 11, cap. ult. X de cons. 1, 4. Viele leugnen freilich dies Requisit. Die Gegenargumente nimmt man nicht sowohl aus dem positiven Rechte, als aus den Gründen der Verbindungskraft des Gewohnheitsrechtes. Allein diese stehen, wie oben ausgeführt wurde, mitnichten fest. Argumentationen hieraus sind nicht geeignet, die positiven Vorschriften zu brechen.

1) Schon die Römer bezeichneten das Gewohnheitsrecht als incertum jus, l. 2 § 3 D. de orig. jur. 1, 2.

Gerichte urtheilen, welche die Frage des Gewohnheitsrechtes aus eigener Kenntniß heraus beantworten können. Nach der Einsetzung gelehrter Gerichte, welchen die Kenntniß lokaler Gewohnheiten nicht unmittelbar innemohnte, trat die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes scharf hervor. Die juristische Praxis und die ältere Doktrin war daher dem Gewohnheitsrechte sehr abgeneigt. Die historische Schule hatte dagegen nur Auge für die idealen Vorzüge des Gewohnheitsrechtes, nicht für seine formale Unvollkommenheit.

Diese verschiedene Schätzung des Gewohnheitsrechtes macht sich in folgenden Streitfragen geltend:

a) Seit der Glossatorenzeit war gemeine Meinung, daß der Richter von Amtswegen zwar die Gesetze zu kennen, nöthigenfalls zu erkunden habe, daß über Gewohnheiten, wie Thatfachen, sofern sie nicht notorisch seien, dem Richter von den Parteien bewiesen werden müßten, welche sich auf dieselben stützten.<sup>2</sup>

Dagegen führte Buchta<sup>3</sup> aus, es sei Pflicht des Richters, die Rechte zu kennen. Da nun Gewohnheitsrecht nicht minder Recht sei, wie Gesetzesrecht, so habe der Richter auch die Gewohnheitsrechtsätze, die nicht gerichtskundig seien, von Amtswegen zu erforschen. Die Parteien seien nur schuldig, dem Richter Thatfachen zu beweisen, auf welche sie ihre Rechte gründeten. Das Gewohnheitsrecht sei eine Rechtsnorm, aber keine Thatfache.

Ist dies gleich logisch richtig, so handelt es sich doch um praktische Erwägungen. In Folge derselben nähert sich C.P.D. § 265 der älteren Theorie. Die Gewohnheitsrechte bedürfen des Beweises wie Thatfachen, sofern sie dem Richter unbekannt sind.<sup>4</sup> Der Richter ist jedoch befugt, sich auch andere Erkenntnißquellen zu eröffnen und zum Zwecke einer solchen Benugung das erforderliche anzuordnen. Er kann beispielsweise bezüglich der Frage nach provincieller Gewohnheit über die Kirchenbaulast Auskunft vom Konsistorium der Provinz erbitten.

b) Alte Streitfrage ist, ob Gewohnheiten die Kraft haben, ältere Gesetze zu beseitigen. Dies bejaht mit größter Bestimmtheit der Jurist Julianus in den Pandekten in ausführlicher Erörterung, und es verneint dies mit trockener Kürze, aber mit derselben Bestimmtheit der Kaiser

2) glossa „probatis his“ zu l. 1 C. h. t. jus non scriptum pendet ex facto; factum esse necesse probari.

3) Buchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 151 ff.

4) Der Richter ist nicht verpflichtet, den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht zu erheben, von dessen Richteristenz er unmittelbare Kenntniß hat, oder von dessen Existenz er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Thatumstände sich nicht überzeugt halten würde, H.G. Bd. 3 S. 149.

Konstantin im Kodex. Jenes unbedingte Ja und dieses unbeschränkte Nein zu vereinigen, ist unmöglich, wenn man den Aeußerungen nicht Gewalt anthun will.<sup>5</sup>

Die neuere Theorie und Praxis erkennt die derogatorische Kraft jüngerer Gewohnheiten gegenüber älteren Gesetzen an. Man kann sich hierfür auf das kanonische Recht stützen, welches dem Gewohnheitsrecht zwar die Kraft versagt, natürliches und göttliches Recht umzustoßen, nicht aber positive Gesetze zu beseitigen.<sup>6</sup> Es entspricht aber auch der Erfahrung, daß die Gesetze der zerstörenden Einwirkung entgegengesetzter Gewohnheiten mit der Zeit unterliegen.

### § 29. c. Gerichtsgebrauch.

Eine dem Gewohnheitsrecht verwandte, aber eigenartige Rechtsquelle ist der Gerichtsgebrauch. Seine Verbindungskraft ist bestritten.<sup>1</sup> Die Vorfrage ist, was man unter Gerichtsgebrauch versteht.

Einzelne Präjudicien eines Gerichtes, auch des höchsten, bilden

5) l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3 Julianus libro 84 Digestorum: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. — l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52. Imp. Constantinus: Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut rationem vincat aut legem. Die herkömmliche Vereinigung suchte man in der Erklärung, daß partikulares Gewohnheitsrecht ein gemeines Gesetz nicht aufheben könne. Dieser Versuch hat ein historisches Interesse, vgl. oben § 4 Anm. 1, derzeit vertritt ihn noch Windscheid § 18. Er beruht nicht auf richtiger Methode. In der l. 2 C. h. t. ist nichts zu finden, was auf „partikulare Gewohnheiten“ und ihr Verhältnis zu „gemeinen“ Gesetzen hinweist. Es setzt diese Erklärung voraus, daß Konstantin gerade diejenigen Momente, von denen er seine Entscheidung abhängig machen wollte, verschweige. Dies ist unannehmbar. Andere Erklärungen führt Vangerow Bd. 1 § 16 auf, Vangerow bezeichnet acht Erklärungsversuche im Ganzen als nennenswerth. Sie leiden alle an demselben Fehler. Unhaltbar ist namentlich auch der Vereinigungsversuch, welchen Adolf Schmidt, Gewohnheitsrecht — Veinsiger Programm 1881 — neuerdings vertheidigt. Derselbe geht davon aus, daß in der l. 2 C. cit. nichts davon stehe, daß es sich um ein jüngeres Gewohnheitsrecht gegenüber einem älteren Gesetze handle. Es werde vielmehr nichts anderes ausgesprochen, als die Gleichberechtigung von Gewohnheitsrecht und Gesetz. Indessen weist die Entscheidung Konstantins deutlich auf eine Kollision von Gesetz und Gewohnheit hin. Die Frage, welche Konstantin entscheidet, kann aber nicht die gewesen sein, ob ein jüngeres Gesetz die Kraft habe, ältere Gewohnheiten aufzuheben. Dies hätte den Römern nicht als Frage gegolten. Die Kollision kann nur die des älteren Gesetzes und der jüngeren Gewohnheit gewesen sein.

6) cap. ult. X de cons. 1, 4. R.G. Bd. 5 S. 133 nimmt hiernach an: Es vermag ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken.

1) Wächter, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauch im Archiv für civ. Pr. Bd. 23 S. 422.

nicht Gerichtsgebrauch.<sup>2</sup> Kommt die in ihnen behandelte Rechtsfrage in einem neuen Rechtsstreit wieder zur Verhandlung, so ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, der Kritik das Ohr offen zu halten. Eigensinniges Festhalten an unzutreffenden Präjudicien ist der Rechtspflege und der Autorität des Gerichtes ebensowenig förderlich, als leichtes Aufgeben derselben ohne durchschlagende Gründe. Ein maßgebender Gerichtsgebrauch existirt auch nicht, solange die Gerichte desselben Staats- und Rechtsgebietes der Art in verschiedener Weise urtheilen, daß ein fester Zustand nicht hergestellt ist.

Gerichtsgebrauch ist die allgemeine, gleichförmige und langjährige Uebung eines Rechtsfaktes durch die Gerichte des Rechtsgebietes.

Der Gerichtsgebrauch hat Gesetzeskraft wie das Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht im engeren Sinne ist der Gerichtsgebrauch nicht, denn dieses geht aus den Handlungen oder Unterlassungen der Beteiligten hervor. Die Gewohnheit bildet Volksrecht, der Gerichtsgebrauch Juristenrecht.<sup>3</sup> Die Verwandtschaft liegt aber darin, daß eine langjährige Rechtsübung besteht, die um ihres Alters willen Autorität und Gesetzeskraft in Anspruch nimmt.

Diese Kraft hat der Gerichtsgebrauch auch gegenüber dem geschriebenen Gesetz. Allerdings soll der Richter die Gesetze anwenden, er ist nicht befugt, dieselben zu verändern oder gar aufzuheben. Allein auch das Gesetz kann sich nur durch Bethätigung erhalten. Ist es Jahrhunderte lang vergessen oder mißverstanden, ist es der Wirklichkeit fremd geworden, so wäre es sinnwidrig, es nunmehr in seiner echten Gestalt dem Leben aufzudringen. Nach dem Gerichtsgebrauch haben sich die Verhältnisse gestaltet, er gilt dem Verkehr als Recht. Das Gesetz hat aufgehört das Recht zu sein. Der Gerichtsgebrauch hat es beseitigt oder umgestaltet und seinerseits Gesetzeskraft gewonnen.<sup>4</sup>

2) Nichts anderes befragt die l. 13 C. de sententiis 7, 45 von Justinian, welche man oft gegen die Verbindungskraft des Gerichtsgebrauches anführt. Dem Unterrichter sollen, heißt es hier, die Präjudicien der Obergerichte, welche er für unwichtig hält, nicht maßgebend sein, „cum non exemplis, sed legibus iudicandum est.“

3) l. 38 D. de legibus 1, 3. Callistratus libro 1 quaestionum. Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. Der Gerichtsgebrauch wird hier mit Recht der Gewohnheit zur Seite gestellt, nicht untergeordnet. Das Gesetz ist schon dann zweideutig, wenn es der Gerichtsgebrauch anders auslegt, als es der Interpret für richtig hält.

4) Die herrschende Theorie ist eine andere. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 19 ff., lehrt, daß in Zeiten, in welchen das Recht in Folge seiner weiteren Ausbildung im Bewußtsein aller seiner Glieder zurücktrete, auf natürlichem Wege die

Für das gemeine Recht läßt sich keinesfalls die Verbindungskraft des Gerichtsgebrauches in Abrede stellen. Denn das gemeine Recht ist durch den Gerichtsgebrauch gebildet, welcher das römische Recht recipirte und es den deutschen Verhältnissen anpaßte.

Zuweilen finden sich staatliche Einrichtungen, welche der Bildung eines Gerichtsgebrauches Vorschub leisten sollen. Insbesondere hat die Errichtung eines Reichsgerichtes für Deutschland den Zweck, einen einheitlichen Gerichtsgebrauch anzubahnen. Die Erreichung dieses Zieles wird durch die Bestimmung gefördert, daß kein Civilsenat des Reichsgerichtes von der Entscheidung eines anderen Senates oder der vereinigten Senate selbständig abweichen darf, daß er vielmehr vorher die Beschlußfassung der vereinigten Senate zu veranlassen hat.<sup>5 6</sup>

Die Autorität des Gerichtsgebrauches ist immerhin eher zu erschüttern, als die eines Gesetzes. Seine Verbindungskraft ist, da über dieselbe sehr verschiedene Ansichten herrschen, leichter in Frage zu stellen, als die des Gesetzes. So mag es sich ereignen, daß er seine Kraft bei Veränderungen im Volksleben, in den Staatseinrichtungen, in der Gerichtsverfassung und selbst gegenüber durchgreifenden wissenschaftlichen Bewegungen verliert.

Dies wird durch Vorgänge neuester Zeit beleuchtet. In den deutschen Partikularstaaten erfuhren Sätze des gemeinen Rechtes durch den Gerichtsgebrauch vielfach eine besondere Ausprägung, welche sich Jahrhunderte hindurch bei den Landesgerichten vererbte. In neuester Zeit wurde das Reichsgericht niedergelegt mit der Aufgabe,

Juristen das Organ würden, in welchem sich die nationalen Ansichten aussprechen und die gemeinsame Ueberzeugung des Juristenstandes dieselbe Stelle, wie die Ueberzeugung der Glieder der Nation überhaupt einnehme. Von dieser gemeinsamen Ueberzeugung der Juristen, welche als Volksüberzeugung zu qualificiren sei, sei aber jede bloß wissenschaftliche und wissenschaftlich zu begründende Ansicht auszunehmen, auf welche sich die äußere Autorität, welche der gemeinsamen Ueberzeugung der Juristen als Repräsentanten der Nation zuzuschreiben sei, nicht erstrecken könne. Diesen Auffassungen hat sich Windscheid § 16 am Ende angeschlossen. Das A. O. sucht sie in seinen Entscheidungen zu verwerthen. Allein wenn wir auch von der Frage absehen, ob die Volksüberzeugung unmittelbare Rechtsquelle ist, so ist es doch jedenfalls unerwiesen und unbeweisbar, daß die Juristen spezifische Träger dieser Volksüberzeugung sind. Schließlich schwächt dies auch Windscheid in erheblichem Maße ab. Die Unterscheidung ferner der Kraft des Gerichtsgebrauches, je nachdem er „Volksüberzeugung“ oder nicht, ist eine prekäre und führt auch praktisch zu verkehrten Resultaten. Der Gerichtsgebrauch, welcher seit Jahrzehnten oder Jahrhunderten gewisse Formen für die Errichtung eines gerichtlichen Aktes festhält, ist sicher zu respectiren, wegen seines Alters, sowie mit Rücksicht auf die Continuität des Rechtes und auf die Sicherheit des Verkehrs. Auf einer „Volksüberzeugung“ beruht er freilich nicht.

5) M. C. P. D. § 137, vgl. § 528. Das Vorbild gab die Organisation des ehemaligen preussischen Overtribunals.

6) Ueber ältere Einrichtungen siehe Stobbe, P. R. Bd. 1 § 24, Roth P. R. Bd. 1 § 45.

die Rechtseinheit zu fördern. Und nun sehen wir in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Berechtigung des besonderen Gerichtsgebrauches in Frage gestellt und viele der partikularen Rechtsbildungen fallen.<sup>7</sup>

### § 30. Außerkrafttreten der Gesetze.

Gesetze verlieren ihre Wirkungskraft entweder aus Gründen, die in ihnen selbst liegen, oder durch neue Gesetze. Unter Gesetz verstehen wir hier jede Rechtsnorm.

1. Es kommt vor, daß Gesetze von vornherein ihrer Wirkungskraft eine zeitliche Grenze setzen. Sie werden etwa für gewisse Ausnahmestände erlassen, z. B. für die Dauer eines Kriegszustandes, oder für gewisse Zeit, wie dies z. B. bei dem deutschen Socialistengesetz vom 21. Oktober 1878 der Fall ist. Sie verlieren dann ihre Kraft mit Eintritt des Endtermins.

Das Gesetz verliert seine Kraft ferner, wenn das Verhältniß, welchem es bestimmt ist, dauernd beseitigt ist, ja selbst dann, wenn man nachträglich erkennt, daß dieses Verhältniß nicht vorkommen kann. Gesetze z. B. gegen Hexen<sup>1</sup> wurden gegenstandslos, als man einsah, daß Hexerei unmöglich sei.

Dagegen hört die Wirkungskraft eines Gesetzes dadurch allein nicht auf, daß sich die Umstände, welche es veranlaßten, geändert haben.<sup>2</sup> Dies kann nur eine Veranlassung dazu geben, das Gesetz aufzuheben.

2. In der Regel verlieren die Gesetze ihre Kraft nur durch widersprechende jüngere Gesetze. Dies soll der Spruch ausdrücken: *lex posterior derogat priori*.<sup>3</sup>

Der Widerspruch muß entweder im jüngeren Gesetze speciell erklärt sein oder sich indirekt aus dessen materiellen Bestimmungen ergeben.

a) Das jüngere Gesetz bezeichnet zuweilen die Gesetze speciell, welche es außer Kraft setzt. Dies Verfahren ist das für die Praxis wünschenswerthe. Es ist aber nicht allgemein durchführbar. Ein neues Gesetz greift oft der Art in den bisherigen Rechtszustand ein, daß kaum

7) Siehe namentlich R.G. Bd. 3 S. 210, ferner Bd. 1 S. 913.

1) Vgl. z. B. die Erwähnung der Hexerei in l. un. C. de thesauris 10, 15.

2) Man drückt dies nicht selten so aus: *cessante ratione legis non cessat lex ipsa*. Wer aber unter *ratio legis* den Grundgedanken des Gesetzes versteht, sagt umgekehrt: *cessante ratione legis cessat lex*.

3) Vgl. l. 4 D. de const. princ. 1, 4.

überschbar ist, wohin es seine Wirkung erstreckt, oder es modificirt bloß die alten Gesetze, ohne sie völlig außer Kraft zu setzen. Der Gesetzgeber überläßt es in solchen Fällen der Jurisprudenz und der Praxis, festzustellen, wie weit die Aufhebung reicht.

b) Soweit es an einer speciellen Bezeichnung der aufgehobenen älteren Gesetze fehlt, muß die Aufhebung aus dem Inhalt des neuen Gesetzes demonstrirbar sein. Und zwar muß der Widerspruch mit dem älteren Gesetze unzweideutig erhellen. Denn das ältere Gesetz erhält sich, soweit es mit dem jüngeren vereinbar ist.<sup>4</sup> Es hat für sich, daß es in Kraft gesetzt ist, und wirkt daher solange das Außerkraftsetzen nicht deutlich ersichtlich ist. Es genügt namentlich nicht, daß sich das neue Gesetz auf denselben Gegenstand — wie man nicht selten sagt: dieselbe Materie — bezieht, wie das alte, um dasselbe außer Kraft zu setzen.

Inßbesondere erhalten sich die neben einer Regel stehenden Sonderrechte auch im Fall der Aenderung der Regel durch ein neues Gesetz. Die Minderjährigkeit erstreckte sich beispielsweise nach gemeinem Rechte bis zum vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre; daneben aber hatten die Familien des hohen Adels ihr Sonderrecht, wonach die Minderjährigkeit zum Theil schon mit dem achtzehnten Jahre aufhörte. Das Sonderrecht blieb nach richtiger Ansicht unberührt, als reichsgesetzlich das einundzwanzigste Jahr als Grenze der Minderjährigkeit festgestellt wurde.

Man drückt diese Grundsätze durch den Spruch aus: *correctoriae leges sunt strictae interpretandae.*<sup>5</sup>

Einen Gegensatz zu den korrektoriischen Gesetzen bilden die *s. g.* Modifikationen. Sie schreiben die Aufhebung aller Gesetze vor, welche in die von ihnen geordneten Materien einschlagen.<sup>6</sup>

Jüngere Landesgesetze heben nach der Verfassung des neuen deutschen Reiches ältere Reichsgesetze nicht auf.

4) l. 28 D. de leg. 1. 3.

5) Wird ein Gesetz bloß als ein temporäres erlassen, so tritt nach Eintritt des Endtermines in der Regel das früher in Geltung stehende Gesetz wieder in Kraft. Wird dagegen ein Gesetz ohne Zeitbeschränkung in Kraft gesetzt und später aufgehoben, so erhält nicht etwa das früher in Geltung stehende Gesetz wieder Wirksamkeit. Vielmehr fehlt es dann an einer besonderen Rechtsnorm. Die Materie unterliegt daher den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

6) Vgl. oben § 6 Anm. 2. Die „projekrechtlichen“ Vorschriften der Landesgesetze hob auf § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. Dabei bleibt vielfach der Zweifel, ob eine Norm „eine projekrechtliche“ oder „eine materiellrechtliche“ ist. Das Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 § 2 setzt außer Kraft das Reichs- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand dieses Strafgesetzbuches sind.

## Drittes Kapitel.

## Arten der Rechtsnormen.

## § 31. Zwingende Gesetze.

Die Gesetze sind theils zwingende, theils nichtzwingende. Auch hier nehmen wir den Ausdruck Gesetz für jede Rechtsnorm.

Zwingende Gesetze — *juris publici* — regeln die ihnen unterstehende Verhältnisse der Art, daß sie abweichenden Festsetzungen der betheiligten keinen Raum lassen. Den betheiligten mag es freistehen, ob sie in das Rechtsverhältniß eintreten, aber beim Eintritt in dasselbe unterliegen sie dem zwingenden Gesetze unabweislich.

Zwingende Gesetze sind diejenigen, welche aus der Eigenart eines Rechtsinstitutes nothwendig folgen, z. B. die Pflicht des Zusammenlebens bei Ehegatten, oder das Recht des Pfandgläubigers zum Verkauf der Pfandsache.<sup>2</sup> Häufig erhält eine Rechtsnorm den zwingenden Charakter aus Rücksichten des allgemeinen Wohles und aus rechtspolizeilichen Gründen. Es ist endlich auch rechtlich unzulässig, was gegen die guten Sitten verstößt.<sup>3</sup>

Die zwingenden Gesetze sind entweder Gebots- oder Verbotsgesetze, je nachdem sie ein Gebot oder ein Verbot aussprechen.

Die Folgen, welche sich an die Uebertretung des Verbotes knüpfen,

1) l. 38 D. de pactis 2, 14, Papinianus libro 2 quaestionum: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* Bülow, dispositives Civilprozeßrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 69 behauptet, dieser Satz Papinians beziehe sich nicht auf eine bestimmte Art der Gesetze, er solle die Majestät jeder Gesetzesnorm gegenüber dem Privatwillen wahren. Richtig ist, daß der Wille der einzelnen nicht weiter Wirkung hat, als dies das Gesetz gestattet, daß von einer Aenderung des Rechtes als solchen durch den Parteiwillen nicht die Rede sein kann. Dies sind aber Wahrheiten, welche die römischen Juristen voraussetzen und mit denen sie sich nicht beschäftigen. Ihnen handelt es sich um die konkrete Frage, inwieweit man sich den Vorschriften eines einzelnen Gesetzes durch Privatvereinbarungen entziehen kann, und hiernach theilen sie die Rechtsnormen ein. Daher sagt Papinianus libro 14 quaestionum, l. 3 D. qui test. facere possunt 28, 1: *Testamenti factio non privati sed publici juris est*, womit er die Vorschriften über Testamentsfähigkeit als einer besonderen Art von Rechtsnormen — den zwingenden — zugehörig bezeichnet. Vgl. l. 1 § 10 D. de o. n. n. 39, 1. l. 45 § 1 D. de R. J. 50, 17. l. 27 D. eod.

2) l. 4 D. de pignericaria actione 13, 7.

3) l. 26 D. de verb. obl. 45, 1: *Ulpianus libro 42 ad Sabinum. Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.*

können verschieden bestimmt sein. Im Anschluß an eine Aeußerung Ulpian's<sup>4</sup> pfllegt man in folgender Weise zu unterscheiden:

a) Die *leges perfectae* erklären die Uebertretung des Gesetzes für nichtig. Es ist z. B. nichtig das Versprechen immerwährender Ehelosigkeit. Mit der Nichtigkeit kann sich Strafe verbinden. Es sind z. B. wucherische Geschäfte, welche gegen das Gesetz vom 24. Mai 1880 verstoßen, nichtig und strafbar.

b) Die *leges minus quam perfectae* bedrohen eine Handlung mit Strafe, ohne sie für nichtig zu erklären. Beispielsweise war nach römischem Rechte die Ehe, welche eine Wittve im Trauerjahre schloß, zwar nicht nichtig, hatte aber die Strafe der Infamie für die theilhaftigen und andere Strafen im Gefolge.<sup>5</sup>

c) Die *leges imperfectae* drohen weder Nichtigkeit noch Strafe an, suchen aber die verbotene Handlung auf andere Weise zu verhindern. Diese Bedeutung hat z. B. nach dem jetzigen Recht das Verbot der Ehe eines Vormundes mit seiner Pflegebefohlenen während der Dauer seiner Vormundschaft. Der Standesbeamte soll die Ehe nicht schließen. Ist sie gleichwohl geschlossen, so ist sie nicht ungültig. Auch ist ihre Eingehung nicht strafbar.<sup>7</sup>

Die l. 5 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian erklärt, daß gesetzliche Verbote die Androhung der Nichtigkeit der Zuwiderhandlung in sich schließen.<sup>8</sup> Es ist dies eine Auslegungsregel für römische Verbotsgesetze, sie galt auch im justinianischen Rechte nur, wenn das Gesetz selbst nichts anderes verfügte. Auf Verbotsgesetze der neueren Zeit kann die römische Auslegungsregel nicht angewendet werden. Es ist vielmehr aus Wort und Sinn der Gesetze

4) Ulpian fragm. tit. 1 § 2: *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum est non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem facit.* Die Stelle ist verstümmelt. Ob sie wirklich von *leges perfectae* und *imperfectae* sprach, ist bestritten.

5) l. 8 ff. D. de his, qui not. 3, 2, l. 1 ff. C. de secundis nuptiis 5, 9.

6) Das klassische Beispiel des römischen Rechtes war die *lex Cincia*, welche größere Schenkungen verbot, aber weder für nichtig noch für strafbar erklärte. Der Magistrat gab keine Klage, solange die Schenkung nicht rechtlich und thatsächlich vollendet war.

7) Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 § 37.

8) Das im Jahre 213 erlassene Rescript von Antoninus l. 6 C. de pactis 2, 3 besagt ähnlich: *pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores sunt, nullam vim habere indubitati juris est.* Dies hatte aber eine beschränkte Bedeutung und erklärt sich aus l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14.

zu entnehmen, welche Folgen sich an die Zuwiderhandlung knüpfen sollten.<sup>9</sup>

Das Verbot trifft nicht bloß was der Verfügung des Gesetzes unmittelbar widerspricht, sondern auch was in fraudem legis geschieht, d. h. das verbotene auf Umwegen erstrebt,<sup>10</sup> die das Gesetz nicht vorgesehen hat. Denn das Verbotsgesetz will in der Regel nicht bloß einen bestimmten Weg zu einem Ziel ungangbar machen, sondern einen materiellen, insbesondere wirtschaftlichen Erfolg verhindern.<sup>11</sup> Verbietet es z. B., gewissen Personen etwas lehtwillig zuzuwenden, so soll ihnen auch nichts durch Vorschiebung dritter zugewendet werden.<sup>12</sup>

Immerhin ist nicht jeder verwandte Erfolg verboten. Beispielsweise verbietet das Gesetz die *lex commissoria pignorum* d. h. eine Klausel, wonach eine Pfandsache dem Pfandgläubiger bei nichtrechtzeitiger Zahlung der versicherten Forderung anstatt derselben verfallen sein soll. Ein bedingter Verkauf der Pfandsache an den Pfandgläubiger zum Schätzungswert für den Fall des Ausbleibens der Zahlung ist damit nicht betroffen.<sup>13 14</sup>

### § 32. Nichtzwingende Gesetze.<sup>1</sup>

Zahlreiche Gesetze regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse nicht zwingend, lassen vielmehr abweichenden Ordnungen durch die Beteiligten Raum. Nichtzwingende Gesetze sind besonders auf dem

9) Das R.G. Bd. 5 S. 124 hat dagegen die römischen Gesetze zur Auslegung eines für Hannover erlassenen preußischen Gesetzes über Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien benutzt. Hiernach wurden die Geschäfte über solche Loose nicht bloß für strafbar, sondern auch für nichtig erklärt.

10) l. 29 D. de leg. 1, 3: Paulus libro singulari ad legem Cinciam. *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.* L. 30 D. eod. l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14. In älteren römischen Gesetzen wurde ausdrücklich rescindirt quae in fraudem facta sunt, vgl. bezüglich der *lex Fufia Caninia* Gaj. Inst. I § 46.

11) Sehr gut Kohler, Studien über Mentalreservation bei Shering Bd. 16 S. 144. Vgl. Hellwig im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 369 ff., Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes S. 52 ff.

12) Vgl. l. 3 § 3 D. ad S. C. Mac. 14, 6, vgl. l. 64 § 1 D. de cond. 35, 1: Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam. *Quod si ita scriptum esset „si Ariciae non nubserit“ interesse, an fraus legi facta esset, nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.*

13) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34.

14) l. 16 § 9 D. de pignoribus 20, 1.

1) Bülow, dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung im Archiv für civ. Pr. Bd. 64 S. 1 ff.

Gebiete des Privatrechtes häufig; denn da es sich hier vorzugsweise um Privatinteressen handelt, so ist es natürlich, daß dem Parteiliebenden ein weiter Spielraum bleibt. Aber auch das öffentliche Recht kennt nichtzwingende Normen. Ein großer Theil der Vorschriften des Civilprozesses gehört zu denselben. Selbst im Staatsrecht kommen sie vor, z. B. wenn eine Städteordnung Vorschriften gibt, die durch Gemeindestatut abgeändert werden können.

Man nennt herkömmlicher Weise die Gesetze dieser Klasse Dispositivgesetze, weil sie „simpliciter disponunt, non prohibent.“ Treffend ist diese Benennung nicht, denn alle Gesetze verfügen, auch die gebietenden. Richtiger ist es, einfach von nichtzwingenden Gesetzen zu sprechen. Damit wird das Charakteristische solcher Gesetze, nämlich die Negation des Zwanges hervorgehoben.

Die Neuern haben sehr verschiedene Benennungen gewählt. Man spricht von „ergänzenden“, von „vermittelnden“ Gesetzen, von „nachgiebigem“ oder „auslegendem“ Recht. Keiner dieser Ausdrücke hat allgemeine Anerkennung gefunden.<sup>2</sup>

Die meisten betrachten die nichtzwingenden Gesetze als den Niederschlag der üblichen vertragsmäßigen Festsetzungen, als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens der Parteien. Die Normen ergänzen bloß, sagt man, das, was der Privatwille unbestimmt gelassen hat, so daß sie als der Ausdruck des nur theilweise ausdrücklich ausgesprochenen Willens derselben gelten.<sup>3</sup> Dieser Auffassung sind andere entgegengetreten: das Gesetz bestehe nicht durch den Willen der Beteiligten, es habe seinen Grund in sich.<sup>4</sup>

Das richtige ist, zwei Arten nichtzwingender Gesetze zu unterscheiden:

a) Nicht selten handelt es sich in der That bloß um die Auslegung des Privatwillens. So beispielsweise bezüglich der Frage, was „als Zubehör“ einer Sache gilt und der Regel nach mit ihr verkauft ist. Die Jurisprudenz hat in dieser Hinsicht aus dem regelmäßigen

2) Savigny Bd. 1 S. 57 schlug den Namen „vermittelnde“, Wächter, Württemb. P.R. Bd. 2 S. 6 „ergänzende“, Thöl, Einleitung in das Deutsche P.R. S. 129 „privatrechtlich, abänderlich, nachgebend“ vor, Windscheid § 30 spricht von „nachgiebigem Recht“.

3) Dies war bis in die neueste Zeit herrschende Ansicht, vgl. Savigny Bd. 1 S. 57, Wächter, Württemb. P.R. Bd. 2 S. 6, Keller, Pand. § 10, Goldschmidt, Pandelenrecht S. 332.

4) Am schärfsten äußert sich Willow a. a. O. S. 83: „Der Kultus der individuellen Willensmacht wird meistens so weit getrieben, daß sich das ergänzende objektive Recht seine Legitimation von der subjektiven Willensmacht erbitten muß, nur von der Gnade des allmächtigen Individualwillens sein Leben fristet“.

Verlauf im Verkehr und dem durchschnittlichen Willen der beteiligten Schlüsse gezogen, welche zu gesetzlichen Auslegungsregeln wurden.

b) Zahlreiche Dispositivgesetze gründen sich aber nicht in dem vermutheten Willen der beteiligten. Diese Gesetze bestimmen vielmehr, was der Gesetzgeber für das dem Verhältniß entsprechende und dem öffentlichen Nutzen förderliche hält, ohne es für geboten zu erachten, einer abweichenden Regelung durch die beteiligten entgegenzutreten. Beispielsweise hat der Erbe nach der *lex Falcidia* das Recht, daß ihm der vierte Theil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibt, weshalb sich die Vermächtnisse, welche diese Quart überschweren, von Rechtswegen mindern. Nach justinianischem Rechte kann jedoch der Erblasser das Recht der Erben auf eine Quart letztwillig ausschließen; die *lex Falcidia* hat hiernach im justinianischen Rechte keinen zwingenden Charakter mehr. Der Gesetzgeber crachtet den Zweck dadurch als genügend gewahrt, daß der Quartabzug die Regel ist. Auf dem Willen des Erblassers beruht aber das Recht der Quart weder nach dem historischen Verlauf noch nach einer richtigen dogmatischen Auffassung.

### § 33. Singuläres Recht. Historische Anomalien.

Das Recht ist theils gemeines — *jus commune* — theils singuläres — *jura singularia* oder *privilegia*.

Gemeines Recht sind die dem Rechtssystem zu Grunde liegenden Normen. Sie bilden die Regel des Rechtes, welche zur Geltung kommt, soweit sie nicht durch singuläre Rechtsnormen beschränkt wird.<sup>1</sup> Gemeines Recht wird hier begreiflich in anderem Sinne genommen, wie dies bei der Eintheilung des Rechtes in gemeines und partikuläres der Fall ist.<sup>2</sup>

Singuläre Rechtsnormen bilden die Ausnahmen. Sie durchbrechen die Rechtsregel. Sie sind verschiedener Art. Wir unterscheiden Sonderrechte und historische Anomalien.

a) Sonderrechte schließen für einen Kreis von Fällen die gemeinen Regeln und Grundsätze aus besonderen Gründen aus, sei es des Nutzens, sei es der Sittlichkeit, sei es der öffentlichen Wohlfahrt.<sup>3</sup> Nicht selten kommt es vor, daß sich neue Rechtsgedanken zu-

1) Beispielsweise wird in l. 36 § 4 D. de test. mil. 29, 1 das *jus commune* der Testamente dem singulären Militärtestamente entgegengestellt.

2) Vgl. oben § 1.

3) Ein Sonderrecht dieser Art für Soldaten ist das Militärtestament, für Minderjährige die *restitutio in integrum*. Sonderrechte dieser Klasse sind die Vorrechte gewisser Konkursgläubiger im Konkurs, R.R.D. § 54.

erst in einzelnen Anwendungen singulärerweise geltend machen und ein älteres Princip durch Ausnahmen durchbrechen, bis schließlich, was Ausnahme war, zur Regel wird. Beispielsweise erkannte man in Rom den unmittelbaren Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter ursprünglich nur in besonderen Fällen an, später wurde dessen Zulässigkeit gemeines Recht.

b) *Jus singulare* sind aber auch historische Anomalien, Singularitäten.

Das Recht entwickelt sich in langem geschichtlichen Werden an einzelnen Fällen aus besonderen Veranlassungen, nach dem Bedürfniß und der Noth des Augenblickes. Zwar ist im menschlichen Geiße das Bestreben, dieß alles zur Einheit zu gestalten. Doch erst mit höheren Stufen der Rechtswissenschaft erhält dieß Streben die bewußte Herrschaft. Dann erdenkt man ein System und klassificirt die Rechtsätze nach ihrem Grunde, ihrer ratio. Daneben aber bleibt ein Bestand von Rechtsätzen zurück, welche Vorstellungen der Vergangenheit angehören oder, durch Zufälligkeiten gebildet, mit dem System nicht stimmen. Sie sind *jus singulare* in einem besonderen Sinne, sie bilden anomales Recht. Für sie fehlt ein rationeller Grund. *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.*<sup>4</sup> Doch bedenklich wäre es, sie um deswillen in Frage zu stellen: *alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*<sup>5</sup> Sie erhalten sich also als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben.

Die rechtliche Behandlung dieser beiden Arten des Singularrechtes ist eine verschiedene. Historische Anomalien lassen eine Ausdehnung oder gar analoge Anwendung nicht zu: *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*<sup>6</sup> Mit Unrecht hat man dieß meist auch auf Sonderrechte, die ihren besondern rationellen Grund haben, bezogen.<sup>7</sup> Die in diesen liegenden Gedanken

4) L. 20 D. de leg. 1, 3 Julianus libro 55 Digestorum. — Hierher kann man die altrömische *usucapio pro herede* rechnen, Gaj. Inst. II § 54 ff.

5) L. 21 D. de leg. 1, 3. Neratius libro 6 membranarum.

6) L. 14 D. de leg. 1, 3. Paulus libro 54 ad edictum. Windscheid § 29 erklärt, der Ausspruch wolle sagen, daß *jus singulare* nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht, der Satz sage also nichts, als was sich von selbst verstehe. So klingt er doch nicht. — Vgl. noch oben § 27 Anm. 4.

7) Paulus äußert libro singulari de jure singulari, l. 16 D. de leg. 1, 3: *jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem*

sind vielmehr voll und ganz durchzuführen. Dies geschah auch von den Römern durchweg. Sie haben beispielsweise das Sonderrecht des S. C. Vellejanum, wonach Frauen für Schulden Dritter nicht eintreten sollen, nach seiner besonderen ratio weit über dessen Worte hinausgehend, ausgebildet.<sup>8</sup>

## Viertes Kapitel.

### Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

#### § 34. Die Grundsätze der Interpretation.

Interpretation — Auslegung — der Gesetze ist die Ermittlung und Feststellung ihres Inhaltes.

Die Interpretation geschieht entweder mittels Nachdenkens in freier Weise; dies ist die doktrinale Interpretation, oder durch eine Rechtsquelle mit zwingender Kraft; dies ist die authentische Interpretation. Die doktrinale Interpretation beruht auf der Ueberzeugungskraft ihrer Gründe, die authentische herrscht durch ihre Autorität. Zunächst ist im folgenden nur von der doktrinen Interpretation die Rede.

Sie ist Aufgabe der Rechtspraxis und der Wissenschaft. Die Praxis geht meist von einem besonderen Falle aus und untersucht, wie sich der Inhalt eines Gesetzes zu diesem Falle verhält. Die Wissenschaft geht meist von allgemeinen Anschauungen aus und sucht durch die Erläuterung des Gesetzes der Praxis vorzuarbeiten. Ziel und Methode müssen dieselben für Wissenschaft und Praxis sein.

Es giebt zwei Interpretationsmethoden, von denen nach den verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern bald die eine, bald die andere überwiegt. Die eine legt das Hauptgewicht auf das Wort;

auctoritate constituentium introductum est. Eine allgemeine Definition des Singularrechtes, welches nicht bloß durch die Juristen, sondern durch Gesetze und die Edikte geschaffen war, ist hier nicht beabsichtigt. Vgl. Scharlach im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 235 ff., Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 S. 347 ff.

8) Im Resultat stimmt dies mit der Ansicht von Windscheid Bd. 1 § 29 Anm. 3 überein.

1) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung 1806, Hufeland, Geist 1815 Theil 1 n. II S. 1 ff., Kierulff S. 18 ff., Savigny Bd. 1 S. 206., G. F. S. Meyer bei Gruchot Beiträge Bd. 23 S. 1 ff.

sie ist die des strengen Rechtes — des *jus strictum*. Die andere legt das Hauptgewicht auf den Sinn; sie gehört der Zeit billiger Behandlung des Rechtes — der *aequitas* — an.

Das ältere römische Recht ging von dem Standpunkte der Wortinterpretation aus. Man suchte den Inhalt des Gesetzes ausschließlich aus dessen einzelnen Worten zu entnehmen. Man hatte weder Fähigkeit noch Neigung, tiefer einzudringen. Es fehlte die geistige Freiheit, um derartiges zu versuchen. Man hätte aber auch gefürchtet, durch Verlassen des festen Bodens der Worte das *jus certum* zu gefährden, welches man unter schweren Kämpfen durch die Zwölftafelgesetzgebung errungen hatte.<sup>2</sup>

Seit der römischen Kaiserzeit überwiegt die Auslegung nach dem Sinne der Gesetze. Celsus spricht dies grundsätzlich in der l. 17 D. de legibus 1, 3 aus: *scire leges non hoc est verba earum tenere. sed vim ac potestatem.*<sup>3</sup>

Allerdings fragt man, woher anders ist der Gedanke des Gesetzes zu entnehmen, als aus den Worten, in denen er formulirt und verkündet ist. Bildet Sinn und Wort nicht eine Einheit wie Geist und Körper? Hierauf ist zu antworten: Der Gedanke des Gesetzgebers muß in der Gesetzesurkunde ausgedrückt sein. Aus dieser muß er zu uns sprechen. Aber er muß sich nicht unmittelbar aus deren Worten ergeben. Häufig erweckt der Gesetzestext in uns Vorstellungen, die in den einzelnen Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt sind, und die wir doch mit Bestimmtheit als dem Gesetze angehörig erkennen.

Die Interpretation hat also nicht bloß das direkt im Gesetze ausgesprochene als maßgebend anzusehen, sondern ebenso sehr das indirekt in dem Gesetze ausgedrückte. Man kann dies als den latenten Inhalt des Gesetzes bezeichnen.

### § 35. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation.

Der Interpret hat alle sich anbietenden Mittel zu verwerthen, um den im Gesetze liegenden Sinn festzustellen.

<sup>2</sup>) Vgl. über die Wortinterpretation der Epoche des römischen *jus strictum* Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 Abth. 2 S. 441. Daß die Wortinterpretation der alten Römer vielfach eine tendenziöse war, d. h. daß man für das, was man für Recht hielt, nur die Deckung im Wort suchte und nicht weniger in dasselbe legte, als aus demselben nahm, führt Ihering in belehrender Weise aus.

<sup>3</sup>) Das Princip der neuen Interpretationsmethode formuliren die l. 17, l. 18 und l. 19 D. de leg. 1, 3, alle drei aus den Digesten von Celsus. Auf demselben Boden steht die l. 24 D. eod. von Celsus, siehe unten § 35 Anm. 4.

Zuvörderst ist natürlich der Text des Gesetzes zu ergründen.<sup>1</sup> Dies ist aber die Basis der Interpretation, nicht ein Bestandtheil der Interpretation.

Der Interpret hat zu berücksichtigen, daß, wie jedes Schriftwerk, so auch jedes Gesetz seinen besonderen Stil hat. Vorbedingung der Interpretation ist Vertrautheit mit diesem Stil. Es ist zu beachten, in welcher Weise der Verfasser des Gesetzes das Wort handhabt, ob er der Rede Meister ist oder ob er seine Gedanken nur unvollkommen und inkorrekt auszudrücken vermag, ob er abstrakt denkt und spricht, oder konkret und anschaulich, ob er sich leicht in Nebendingen verliert oder die Hauptsache unmittelbar packt.

Man unterscheidet die grammatische und die logische Interpretation. Die grammatische giebt das aus den Einzelworten, die logische das aus dem Zusammenhange des Gesetzes geschöpfte Interpretationsmaterial.<sup>2</sup>

1. Vom Worte aus muß alle Interpretation aufsteigen. Vor allem ist das Verständniß der technischen juristischen Ausdrücke wichtig, welche der Gesetzgeber verwerthet. In diesen Ausdrücken, z. B. Testament, Vergleich, Alimente, ist ein reicher Gedankeninhalt in knappster Form zusammengefaßt.<sup>3</sup> Dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes ist besondere Beachtung zu widmen. Frühere, spätere oder gleichzeitige Gesetze, die juristische Litteratur der Entstehungszeit können ferner Material liefern. Die Aufgabe der grammatischen Interpretation ist also keine bloß mechanische, keine untergeordnete; sie erfordert umfassende Rechtskenntniß und hohe geistige Kraft.

2. Das weitere Interpretationsmaterial liefert die logische Interpretation, indem sie den Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit den zur Zeit seines Erlasses bestehenden Verhältnissen verfolgt.

Die logische Interpretation geht davon aus, daß das Gesetz ein

1) Die Textkritik ist vorzugsweise wichtig bei Quellen, die, wie das *corpus juris civilis*, nicht in einer von der Staatsgewalt authentisch festgestellten Form überliefert sind. Aber auch bei neueren Gesetzen, die in den Gesetzsammlungen authentisch publicirt werden, ist die Textkritik nicht zu entbehren. Ein Komma an dieser oder jener Stelle kann einen anderen Sinn geben. Ein Schreibfehler oder Druckfehler mag den Sinn eines Satzes ändern.

2) Savigny Bd. 1 S. 214 verwirft die herkömmliche Eintheilung der Interpretation in grammatische und in logische. Er unterscheidet statt dessen vier Elemente, ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches. Es besteht aber ein wesentlicher Gegensatz zwischen der Auslegung unmittelbarer aus dem Worte und der Auslegung nach dem Sinne des Gesetzes. Ihn markirt die herkömmliche Eintheilung scharf, wenn auch der Ausdruck logische Interpretation nicht vollständig zutrifft.

3) Meyer a. a. O. S. 13. Vgl. als Beispiel auch oben § 1 Anm. 4.

einheitliches Ganze bildet, und interpretirt das einzelne nach dessen Grundgedanken.<sup>4</sup>

Sie vergegenwärtigt sich ferner die Verhältnisse, in welche das Gesetz eintrat und für welche es bestimmt war. Sie hat die Veranlassung — *occasio legis* — in Betracht zu ziehen, darf aber nicht übersehen, daß dieselbe nur den Anstoß zum Gesetze bildet und daß das Gesetz unter dem Zusammenwirken anderer, vielleicht nicht ausgesprochener Momente oft eine andere Tragweite erhält, als sich durch die ausgesprochene Veranlassung erklären würde.<sup>5</sup> Motive, die den Gesetzen angefügt oder beigegeben sind, können zur Erläuterung dienen, sie führen aber auch leicht in die Irre, da sie nicht selten einseitig und lückenhaft sind.<sup>6</sup> Besonders wichtig ist die Vergegenwärtigung des Rechtes vor Erlaß des Gesetzes. Denn jedes neue Gesetz steht unter dem Eindruck des Rechtszustandes, in welchen es eingreift, mag es denselben nun bestätigen, weiterbilden oder ihm entgegentreten. Der wirthschaftliche und sociale Zustand, in welchem das Gesetz wurzelt, ist nicht weniger von Bedeutung. Desgleichen sind die Ziele zu beachten, denen das Gesetz erkennbar dienen sollte.<sup>7</sup> Unter Umständen werfen spätere Gesetze ein Licht auf frühere.

4) Daher sagt Celsus libro 9 Digestorum l. 24 D. de leg. 1. 3 *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.*

5) Die Veranlassung des s. g. Socialistengesetzes vom 21. October 1878 war der Mordversuch gegen den Kaiser. Aber das Gesetz bezweckt nicht bloß Aufreizung zum Morde zu unterdrücken. Seine Absicht war, den gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie überhaupt gewisse Schranken zu ziehen. Vgl. l. 1 § 5 D. de postulando 3, 1 sowie l. 1 pr. D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

6) Dies gilt namentlich für die Begründungen, welche heutzutage den Entwürfen zu Gesetzen bei ihrer Einbringung in die Parlamente beigegeben werden. Sie sind ungleich gearbeitet; oft werden sie unzutreffend durch Veränderungen, die bei der Berathung des Gesetzes im Reichstage oder Landtage vorgenommen wurden. Noch mehr Vorsicht ist vonnöthen gegenüber den Aeußerungen der Mitglieder der Parlamente und der Regierungskommissare bei der Berathung in den Commissionen und Häusern der gesetzgebenden Versammlungen, denn sie sollen keineswegs immer objectiv der Klarstellung des Inhaltes des Gesetzentwurfes dienen, sie verfolgen unter Umständen den unmittelbaren praktischen Zweck, das Gesetz zur Annahme oder zu Falle zu bringen, und enthalten einseitige Darstellungen mit Rücksicht auf die Lage der Verhandlungen. — Ein Rechtsatz, welcher im Gesetze selbst nicht enthalten ist, kann nie aus den Motiven der Gesetzentwürfe oder derartigen Verhandlungen hergeleitet werden. Namentlich ergibt sich aus der Ablehnung eines Antrages auf Aufnahme eines Rechtsatzes in das Gesetz nicht, daß der entgegengesetzte Satz nunmehr Rechtens ist, sondern nur daß der Rechtsatz im Gesetze nicht festgestellt ist. Er kann nichtsdestoweniger aus anderen Gründen Geltung haben.

7) Eine Anwendung macht l. 6 C. de legibus 1, 14. *Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri.* So auch l. 25 D. de leg. 1, 3. Ein Beispiel giebt l. 8. § 6 D. de transactionibus 2, 15.

Nicht richtig ist die Behauptung, daß man zur logischen Interpretation nur greifen dürfe, wenn die grammatische Interpretation Zweifel lasse. Jedes Interpretationsmittel ist vielmehr, soweit es die Sachlage fordert, zu verwerthen. Auch wenn die Worte unzweideutig sind, ergiebt nicht selten der Gesamthabitus des Gesetzes, daß dessen Sinn ein anderer ist, als nach den Worten scheint.<sup>8</sup>

Widerspruch zwischen dem so erkannten Inhalt und dem Worte führt zu einer Korrektur des Wortes im Geiste des Interpreten. Derselbe besteht vorzugsweise in Restriktion oder in Extension.<sup>9</sup>

a) Die restriktive Interpretation beschränkt. Sie schließt Dinge aus, welche das Gesetz nach seinem Wort zu erfassen scheint.

b) Die extensive Interpretation erweitert. Sie unterstellt dem Gesetz Dinge, welche der Wortsinne nicht zu erfassen scheint.<sup>10</sup>

Die Interpretation hat die Aufgabe, die Folgesätze aus den im Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sie der Gesetzgeber selbst beim Erlaß des Gesetzes nicht durchdacht haben sollte.

Aber der Interpret würde auf eine schlüpfrige Bahn gerathen und seine Aufgabe verkennen, wenn er dieselbe darin suchen wollte, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen vermeinten eigentlichen Gedanken hervorzuziehen, um so Fehler des Gedankens des Gesetzgebers zu corrigiren.<sup>11</sup>

8) Bgl. l. 13 § 2 D. de excusationibus 27, 1.

9) Beispiele sowohl von extensiver wie von restriktiver Interpretation finden sich in der l. 2 § 23 ff. D. ad S. C. Tertullianum 38, 17; dort beschäftigt sich Ulpian mit der Auslegung der Gesetzesbestimmung, wonach die Mutter, welche ihren unmündigen, vaterlosen Kindern Tutoren nicht erbittet, ihr Intestaterbrecht gegenüber diesen Kindern verliert.

10) Die extensive Interpretation zeigt, daß die Anwendung des *argumentum a contrario* im gegebenen Falle unstatthaft ist. Mittels des *argumentum a contrario* macht man den Schluß, daß eine Gesetzesfolge ausgeschlossen ist, wenn ein Moment fehlt, an welches das Gesetz die Folge knüpft. Wird z. B. das *furtum* bestimmt als *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*, so ergiebt es sich *argumento a contrario*, daß dolose Wegnahme von Mobilien zu anderen Zwecken z. B. behufs der Selbsthilfe nicht *furtum* ist. Mit Hilfe des *arg. a contrario* macht Ulpian libro 35 ad edictum l. 22 D. de legibus 1, 3 den Schluß: *Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat*. Sehr häufig heben Gesetze besonders zweifelhafte oder besonders wichtige Punkte hervor, ohne die Absicht zu hegen, verwandtes auszuschließen. Dann ist das *arg. a contrario* unzulässig, vielmehr wird eine extensive Interpretation Platz greifen. Natürlich ist die Entscheidung leicht zweifelhaft. Das H. G. B. bestimmt beispielsweise im Art. 50: „Wer in einem Laden oder offenen Magazin oder Waarenlager angestellt ist, gilt für ermächtigt daselbst Verkäufe oder Empfangnahmen vorzunehmen, welche in einem derartigen Laden, Magazin oder Waarenlager gewöhnlich geschehen.“ Bezieht sich dies nach extensiver Interpretation auch auf das Bureau eines Bankgeschäftes? Man muß wohl bejahen. Aber das Reichsoberhandelsgericht Entsch. Bd. 12 S. 33 sieht die Frage als zweifelhaft an.

11) Anders Windscheid § 22, welcher hierin die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung erblickt.

## § 36. Interpretation des corpus juris civilis.

Bei der Interpretation des corpus juris civilis muß uns gegenwärtig bleiben, daß dasselbe ein Mosaik von Bruchstücken litterarischer Produkte und von Gesetzen aus verschiedenen Jahrhunderten und Kulturepochen bildet.<sup>1</sup>

Insbefondere ist Stil und Darstellungsweise der Pandektenjuristen höchst verschieden, trotzdem daß gewiß allgemeine Charakterzüge allen gemeinsam sind.<sup>2</sup> Manche Juristen, wie Ulfenuss Varus lieben behagliche Breite, andere, wie Papinian, schreiben gedrungen bis zur Dunkelheit. Manche — wie Labeo,<sup>3</sup> Paulus — werfen gern ein paradoxes Wort hin und fordern hiermit die Aufmerksamkeit und das Nachdenken der Leser heraus. Andere gehen nie aus den Grenzen anmuthiger gefälliger Klarheit heraus, wie sie vor allen dem Gajus eigen war. Einige, wie Ulpian, halten sich an die traditionellen Lehrmeinungen und Sentenzen; andere, wie Celsus, sind reich an selbständigen Gedanken, die zuweilen von dem praktischen Rechte abbiegen.<sup>4</sup>

Wer die Aussprüche der Römer voll verstehen, wer in deren Gedanken tiefer eindringen will, muß sich mit den Eigenthümlichkeiten ihrer juristischen Schriftsteller vertraut machen.<sup>5</sup>

Häufig ist eine zweifache Interpretation — die duplex interpretatio — der Stellen des corpus juris vonnöthen. Wir haben in

1) Vgl. Savigny Bd. 1 S. 281, Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechtes 1857; siehe auch Thibaut civilistische Abhandlungen n. 6 „über das Verhältniß der einzelnen Theile des römischen Rechtes.“

2) Zur Würdigung des Sprachgebrauches im corpus juris civilis ist von Bedeutung das reichhaltige Werk von Brissonius, de verborum quae ad jus civile pertinent significatione 1. ed. Lugd. 1559, zuletzt und am besten: opera Heineccii Halis 1743. Systematischer angelegt, aber weniger unbefangen und weniger brauchbar ist Dirksen, manuale latinitatis fontium juris civilis 1837. Anfängern kann das Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes von Heumann, Jena 1846 und in späteren Auflagen, dienen:

3) In der l. 19 D. de serv. 8. 1 äußert Labeo, man könne sich eine Servitut für ein Grundstück vorbehalten „etsi non utilis sit“. Er meint damit, obgleich sie dem nichts nützt „der sie sich vorbehält“. Er spricht nicht besonders aus, daß sie jedenfalls dem herrschenden Grundstück von Nutzen sein müßte. Dies erachtet er als selbstverständlich; das soll sein Leser sich selbst dazu denken. Die Stelle wäre wohl nicht so oft mißverstanden worden, hätte man die Geistes-eigenthümlichkeit Labeos schärfer im Auge behalten.

4) So §. B. l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8 gegenüber § 5 J. de rer. div. 2. 1.

5) In dieser Hinsicht bietet eine Unterstützung das Werk von Hommel, Palaeogenesia librorum juris veterum, Leipzig 1767 ff. 3 Bde., wo die Pandektenbruchstücke der römischen Juristen unter deren Namen in alphabetischer Reihe geordnet sind.

erster Linie den Sinn zu ermitteln, in welchem ihr Autor, z. B. der Jurist Ulpian, die Stelle niederschrieb. Zu diesem Zwecke haben wir uns den Zusammenhang des Rechtes zur Zeit der Abfassung des Bruchstückes zu vergegenwärtigen. Betrachten wir dann dieselbe Stelle im Lichte der justinianischen Sammlung, so ergibt sich oft, daß sie, obgleich ihre Worte nicht geändert sind, gleichwohl in dem neuen Zusammenhang einen ganz anderen Sinn annehmen mußte.<sup>6</sup> Erst diese duplex interpretatio giebt uns den vollen Einblick in die Stelle und erschließt uns deren historische und praktische Bedeutung in befriedigender Weise.

Die Redaktoren des corpus juris civilis waren durch Justinian zu Weglassungen, Veränderungen und Zusätzen, zu Interpolationen, ermächtigt.<sup>7</sup> Solche Interpolationen machen sich meist am Stil bemerkbar. Lassen sie sich nachweisen, so giebt auch dies Fingerzeige für die volle Würdigung der Stelle.<sup>8</sup>

Daß volle Klarheit auf eine Lehre erst durch die Betrachtung aller sie behandelnden Stellen fällt, daß einseitiges Herausgreifen einzelner Aeußerungen leicht zu Mißdeutungen und zu irrthümlichen Interpretationen führen muß, bedarf kaum der Hervorhebung.<sup>9</sup>

Nicht selten finden sich Widersprüche im corpus juris civilis.

Diese Widersprüche sind zum Theil beabsichtigte. Sie sind darin begründet, daß Justinian noch nach dem Jahre 533 korrektorische Gesetze erließ, die in den Codex aufgenommen oder in den Novellen erhalten sind. Jüngere justinianische Gesetze dieser Art gehen natürlich den früheren vor.

Alle anderen Widersprüche sind nicht beabsichtigt. Derartige Widersprüche kommen theilweise in einem und demselben Rechtsbuche vor, insbesondere in den Pandekten. Sie finden sich auch zwischen Gesetzen der verschiedenen Rechtsbücher, z. B. der Institutionen und Pandekten, der Pandekten und des Codex. Diese drei Gesetzbücher

6) Die l. 31 D. de legibus 1, 3 giebt den Ausspruch Ulpian's libro 13 ad legem Juliam et Papiam wieder: princeps legibus solutus est. Dies bezog sich im Munde von Ulpian nur auf die lex Julia et Papia Poppaea, von der er eben handelte. In Justinian's Gesetz spricht die Stelle den Kaiser von jedem Gesetze los.

7) So namentlich bezüglich der Pandekten durch const. de auctore § 7, vgl. const. tanta § 10, bezüglich des codex vgl. die const. cordi nobis § 3.

8) Die Verfahrungsweise der Kompilatoren läßt sich besonders deutlich erkennen bei denjenigen in das corpus juris aufgenommenen Stellen, die uns in anderen Quellen, insbesondere in den Vaticana fragmenta in echter Gestalt erhalten sind.

9) Vgl. oben § 31 Anm. 1. Dort ergab sich das Verständniß der l. 38 D. de pactis 2, 14 aus l. 3 D. qui test. 28, 1.

sind, wie früher ausgeführt wurde,<sup>10</sup> als ein Gesetz anzusehen. Widersprüche solcher Art sind also nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie diejenigen, welche sich in demselben Rechtsbuch finden.

Justinian behauptet, Widersprüche existirten in seinen Rechtsbüchern nicht, wenn man nur in die Gründe der scheinbar verschiedenen Entscheidungen scharfsinnig einzudringen wisse.<sup>11</sup> Dies hat bis zu einem gewissen Maße seine Richtigkeit. Nicht alles, was sich scheinbar widerspricht, ist in der That Widerspruch. Beim tieferen Eindringen gewinnen wir nicht selten den Gesichtspunkt, unter welchem sich das scheinbar Entgegengesetzte vereinigt. Aber häufig ist eine derartige Vereinigung unthunlich. Eine Ausgleichung durch Unterscheidungen, die nicht in den Stellen liegen, wie sie so häufig geschah und noch immer geschieht, ist ein unwissenschaftliches und auch ein vergebliches Beginnen. Denn willkürliche Unterscheidungen lassen sich in Menge erfinden, und da sie in den zu erklärenden Stellen nicht fußen, so kann keine Erklärung die andere endgültig überwinden. Es ist auf diesem Wege eine Uebereinstimmung nie zu erreichen und das Resultat ist ein Gewirre von Meinungen und endlosen Kontroversen.<sup>12</sup>

In welcher Art man bei solchen Widersprüchen den maßgebenden Rechtsatz zu finden hat, ist Sache umsichtiger Erwägung im einzelnen Falle.

Zuweilen ist die eine Stelle insbesondere der Institutionen nur ein kurzes, wenig genaues Referat aus Pandekten oder Kodex. Dann muß sie der genaueren und ausführlichen Darstellung weichen.<sup>14</sup>

Vor allem wichtig ist die sogenannte historische Vereinigung.<sup>15</sup> Das römische Recht hat sich seit der Zeit des Augustus bis zur Zeit

10) Vgl. oben § 10.

11) In der const. deo auctore § 8 verordnet Justinian, daß sich in den Pandekten keine antinomia finden dürfe, in der const. tanta § 14 verkündet er, daß sich derartiges nicht finde: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.*

12) Vgl. oben § 28 Anm. 5 über die Versuche zur Vereinigung der l. 32 D. de legibus 1, 3 und der l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52.

13) Beispiele giebt Savigny S. 285 Anm. d. — Die Institutionen gehen vor, wenn sie durchdachte eigene Meinungen des Kaisers Justinians enthalten, die als solche Gesetzeskraft haben sollten. Etwaige Widersprüche in Pandekten oder Kodex sind dann als bloß historische Notizen aufzufassen. So bei § 33 J. de rer. div. 2, 1 vgl. mit l. 23 § 3 D. de R. V. 6, 1; siehe Thibaut a. a. O. S. 95.

14) Vgl. hierüber vorzugeweise Savigny a. a. O. S. 276.

der Severe in Folge der socialen und wirthschaftlichen Umgestaltung des römischen Wesens und der intensiven Thätigkeit der römischen Jurisprudenz weit mehr verändert, als auf den ersten Blick erscheint. Vielfach ist nun die Aeußerung des einen römischen Juristen unter dem Einfluß der älteren Anschauungsweise entstanden, die eines andern der Ausdruck der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung. Dies ist z. B. meist der Fall, wenn die eine Entscheidung in einer konkreten und realistischen Auffassung der Verhältnisse wurzelt, die andere eine mehr abstrakte und verfeinerte Betrachtungsweise erkennen läßt. Es ist dann der Entscheidung der Vorzug zu geben, die dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein entspricht. Die historische Vereinigung ist nicht so zu verstehen, als wenn stets die Meinung eines späteren Juristen den Vorzug vor derjenigen eines früheren hätte. Denn es kommt vor, daß spätere Juristen einem älteren, bereits überwundenen Standpunkte huldigen.<sup>15 16</sup>

Sind diese Gesichtspunkte zur Lösung des Widerspruchs nicht geeignet, so heben sich, wie man sagt, die Stellen auf. Die Entscheidung der bezüglichen Frage ist daher aus dem Wesen des Institutes und aus der Analogie zu gewinnen, gerade so, als wenn es an jeder Entscheidung in den Rechtsquellen fehlen würde.<sup>17</sup>

15) Gleichwohl ist das Alter der Schrift, aus welcher ein Excerpt entnommen ist, ein beachtenswerthes Moment. Wir besitzen hierüber eine gründliche und scharfsinnige Arbeit von Fitting: Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, Basel 1860.

16) Zu beachten ist auch, ob die Schrift, aus welcher ein Excerpt entnommen ist, den Zweck hat, theoretisch allgemeine Grundsätze zu entwickeln oder bestimmte Fälle — wie dies responsa, quaestiones thun — zu zergliedern und zu beleuchten. Geben wir ein Beispiel. In der l. 68 pr. D. de evict. 21, 2 entwickelt Papinian libro 14 responsorum gewisse Rechtsätze für den Fall „cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet“. Dieselben Sätze müssen nach richtiger Ansicht gelten, wenn der Gläubiger auch ohne Vereinbarung gemäß gesetzlicher Regel nicht für Eviction einsteht. Dies bekämpft von Moreau in seiner Abhandlung: Eviction des Pfandgläubigers S. 10 mit den Worten: „es wäre unerklärlich, warum Papinian den Fall der Vereinbarung besonders nennen würde, wenn er die für diesen Fall ausgesprochene Folge allgemein gelten lassen wollte“. Aber der Fall der Vereinbarung lag gerade vor, darauf fußte die Anfrage, ihn hatte Papinian zu begutachten. Deshalb knüpfte er an ihn an.

17) Ein derartiger Widerspruch findet sich z. B. in der l. 41 D. de pign. actione 13, 7 von Paulus und der l. 22 D. de pignoribus 20, 1 von Modestinus.

18) Viele legen auch darauf Gewicht, ob die eine der sich widersprechenden Stellen in demjenigen Titel steht, welcher der betreffenden Materie gewidmet ist, die andere aber — als s. g. lex fugitiva — in irgend einem anderen Titel. Denn die Aufnahme der letzteren in das corpus juris habe eher auf einem Versehen beruhen können, als die der ersteren. So u. A. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 122. Sehr viel Bedeutung hat indessen dieses äußerliche Moment nicht. Justinian hat eben jeden Spruch mit Gesetzeskraft bekleidet, ohne Rücksicht darauf, wo er rubricirt

## § 37. Authentische Interpretation.

Die authentische Interpretation ist Feststellung des Inhaltes eines Gesetzes durch eine Rechtsquelle.

Man unterscheidet zwei Arten, nämlich die usuelle authentische Interpretation durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch und die legale authentische Interpretation durch Gesetz. Beide Arten ordnen sich demselben Begriffe unter. Sie haben beide schlechthin zwingende Kraft ohne Rücksicht auf ihre Begründung. Aber ihr Charakter ist doch wesentlich verschieden. Denn bei der Anerkennung der usuellen authentischen Interpretation handelt es sich darum, die geltende Rechtsprechung zu sichern, indem man ein Zurückgehen auf den vermeintlich abweichenden ursprünglichen Sinn des interpretirten Gesetzes abweist. Die legale authentische Interpretation wird in der Regel erlassen, um einer Rechtsprechung gegenüber, welche dem Gesetzgeber mißfällt, eine andere Auffassung zur Geltung zu bringen oder wenigstens Streitigkeiten in der Rechtsprechung zu schlichten.<sup>1 2</sup>

Die Gesetzgebung muß der Natur der Sache nach die Ausbildung der gesetzgeberischen Gedanken und ihre Durchführung im einzelnen dem Richter überlassen. In der authentischen legalen Interpretation hat sie aber äußerstenfalls ein Mittel, die Rechtsprechung in die Bahnen zu zwingen, welche sie für die richtigen erachtet.<sup>3</sup>

Die legale authentische Interpretation muß die Form eines Gesetzes haben und sämtliche Voraussetzungen eines Gesetzes erfüllen.<sup>4</sup>

ist. Was die Kompilatoren bei Aufnahme einer Stelle dachten oder nicht dachten, wo ihr Versehen lag, läßt sich heute nicht mehr ermitteln und ist auch nicht entscheidend.

1) Bremer in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 n. 7, Coeppert — herausgegeben von Eck — in Jherings Jahrbuch Bd. 22 n. 1.

2) l. 37 D. de legibus 1, 3. Paulus libro 1 quaestionum . . . optima enim est legum interpres consuetudo.

3) Ein Beispiel giebt das Gesetz vom 31. Mai 1880 betreffend die authentische Erklärung und die Verlängerung des Gesetzes vom 21. Oktober 1878. Der Polizeipräsident von Berlin hatte auf Grund der Vollmachten des Gesetzes vom 21. Oktober 1878 socialdemokratische Mitglieder des Reichstages während der Session desselben aus Berlin ausgewiesen; es frug sich, ob er hierzu berechtigt war und ob die Abgeordneten, welche sich dem Verbot nicht gefügt hatten, der gesetzlichen Strafe verfallen seien. Die Gerichte hatten — jedoch noch nicht rechtskräftig — die Frage bejaht. Das Gesetz vom 31. Mai 1880 erläuterte aber die bezügliche Bestimmung des Gesetzes vom 21. Oktober 1878 dahin, daß sie auf Reichs- und Landtagsmitglieder keine Anwendung während der Session finde. Die Strafverfolgung erledigte sich hiermit. Solcher Eingriff in den regelmäßigen Gang der Rechtspflege ist freilich eine zweischneidige Waffe. Die gesetzgebende Gewalt wird sich ihrer aber nicht begeben.

4) Die authentische Deklaration eines Reichsgesetzes ist nur durch Reichsgesetz zulässig. Ein dem bürgerlichen Rechte angehöriges Landesgesetz kann nur durch Landesgesetz, nicht durch Reichsgesetz gültig deklarirt werden, da das Reich nach Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung nur die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht hat.

Außerungen der bei der Gesetzgebung theilhaftigen Personen über den Sinn eines von ihnen verfaßten oder berathenen Gesetzentwurfes bilden keine authentische Interpretation des daraufhin erlassenen Gesetzes. Das neue Gesetz muß sich den Charakter einer authentischen Interpretation entweder mit ausdrücklichen Worten oder sonst unzweideutig beilegen.<sup>5</sup> Im Zweifel ist eine authentische Interpretation nicht zu unterstellen. Wiederholt daher ein Gesetz den Inhalt eines früheren, indem es dasselbe zugleich derart redactionell abändert, daß es eine an das frühere Gesetz sich knüpfende Streitfrage entscheidet, so hat dies gesetzliche Kraft nur für die Zukunft, nicht für Fälle der Vergangenheit.

Da die authentische Interpretation den Sinn des interpretirten Gesetzes in bindender Weise feststellt, so hat sie rückwirkende Kraft. Der Richter muß nach Inkrafttreten des interpretirenden Gesetzes das interpretirte Gesetz in der legal festgestellten Weise auffassen, auch wenn er die authentische Deklaration für unrichtig hält.<sup>6</sup>

Die authentische Deklaration ist auch bei obschwebenden Prozessen zu beachten, mögen sie nun in erster oder in späterer Instanz anhängig sein. Ist aber eine Sache bereits durch rechtskräftiges Erkenntniß entschieden, so wirkt eine später in Kraft tretende authentische Interpretation auf dieselbe nicht mehr ein. Denn das rechtskräftige Urtheil macht Recht unter den Parteien, ohne daß seine Gründe noch einmal einer Prüfung unterliegen.<sup>7</sup>

5) Das Gesetz muß sich nicht ausdrücklich mit Worten als authentische Interpretation bezeichnen, vgl. R.G. Bd. 1 S. 365.

6) Nov. 19 praef. mit Rücksicht auf l. 11 C. de nat. lib. 5, 27 und nov. 12 cap. 4. Goepfert a. a. O. stellt zwar nicht in Abrede, daß das Dogma von der rückwirkenden Kraft authentischer Deklarationen in Deutschland in Folge der Uebung gelte, hält dasselbe aber aus inneren Gründen nicht für stichhaltig und will dasselbe für die Zukunft beseitigt wissen. Er führt aus, in jeder authentischen Interpretation fänden sich zwei Bestandtheile, nämlich einmal der Befehl, es solle etwas Rechtens sein, und zweitens die Aussage, derselbe Befehl sei auch schon in jenem älteren Gesetze enthalten. Nur der erste Theil sei wirklich Gesetz und zwar ein neues, der zweite enthalte eine Versicherung, eine Belehrung, er verlange nicht Gehorsam, sondern Glauben, er wende sich nicht an den Willen des Bürgers, den er beugen, sondern an den Verstand, den er überzeugen wolle. Glaube, Ueberzeugung seien aber der Macht des Gesetzes ihrer Natur nach entzogen, dem Richter könne daher die Prüfung nicht versagt werden, ob die Versicherung des Gesetzes richtig sei. Aber gerade um deswillen, weil Belehrung nicht die Aufgabe des Gesetzes ist und weil nicht angenommen werden darf, daß das Gesetz etwas seiner Aufgabe völlig Fremdes enthält, ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber etwas anderes wollte als befehlen, nämlich gebieten. Er erläßt eben das Gebot, das alte Gesetz so auszulegen, wie er es interpretirt wissen will.

7) Streitig ist, ob auf Grund einer authentischen Interpretation eine Zahlung zurückgefordert werden kann, die man leistete, weil man auf Grund des alten Gesetzes zu schulden glaubte; desgleichen ob ein Vergleich anfechtbar ist, welchen

## § 38. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache.

In dem bewegten, beständigem Wechsel unterliegenden Leben bilden sich stets neue Verhältnisse, welche der rechtlichen Entscheidung bedürftig sind, treten immer neue Fragen auf, die einer Lösung harren. Mögen die Gesetze noch so zahlreich sein und noch so kasuistisch in die Details eingehen, nie sind sie so vollständig, daß sie für jede Frage eine ausdrückliche Antwort bereit haben. Und doch darf sich der Richter nie der Entscheidung eines privaten Rechtshandels unter dem Vorgeben weigern, daß es ihm an einer Entscheidungsnorm fehle.<sup>1</sup>

Hier bewährt sich nun, daß das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen. Diese Selbstergänzung geschieht durch Analogie, d. h. durch Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse — similia — wegen Gleichheit des Grundes.<sup>2</sup> Nur was sich aus einem inneren Grunde — ratio — rechtfertigt, ist aber zur Analogie verwendbar, bloß historische Singularitäten sind nicht zur analogen Anwendung befähigt, sie sind todte Punkte des Rechtssystems.

Die neueren Schriftsteller unterscheiden Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie.

a) Die Gesetzesanalogie geht aus von einem bestimmten einzelnen Gesetze. Sie wendet den in ihm liegenden Rechtsatz wegen Gleichheit des Grundes auf nicht vom Gesetz geregelte Fälle an. Die Gesetzesanalogie berührt sich mit der extensiven Interpretation. Es handelt sich aber um eine andere Auffassung. Die extensive Interpretation geht von der Unterstellung aus, daß sie den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus der Gesamthaltung des Gesetzes ergibt, verwirklicht, die

man unter der Herrschaft des interpretierten Gesetzes schloß, indem man von einer anderen Rechtsauffassung ausging, als die spätere authentische Deklaration festsetzt. Die Anfechtbarkeit bejaht Wächter *W. Pr. R.* Bd. 2 S. 152 n. 3, Unger *Bd. 1* § 14 Anm. 15, dagegen verneint Windscheid *Bd. 1* § 33 Anm. 4 mit Recht. *Judicialia transacta, finita* werden nicht berührt, vgl. *l. 1* § 12 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17. Man darf den Willen des Gesetzgebers unterstellen, daß er diese Grenze nicht überschreiten wollte, auch wenn er sich durch eine authentische Deklaration im übrigen für die Rückziehung entscheidet.

1) Der code Napoléon giebt diesem Gedanken einen sehr präzisen Ausdruck in art. 4: *Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

2) *l. 12, l. 13 D. de legibus 1, 3.*

3) Vgl. oben § 33.

Gesetzesanalogie fußt nicht auf dem Willen des Gesetzes, sie macht neues Recht wegen der Gleichheit des Grundes.<sup>4</sup>

b) Die Rechtsanalogie operirt nicht mit einem einzelnen Gesetze. Sie wendet einen Komplex von Rechtsätzen, welche in systematischem Zusammenhange ein gewisses Rechtsgebiet beherrschen, auf ein anderes Rechtsgebiet wegen Gleichheit des Grundes an. Beispielsweise werden Sätze des Eigenthumsrechtes auf die Superficies übertragen, d. h. auf das dingliche Recht, auf fremdem Grundstück dauernd ein Gebäude zu haben.<sup>5</sup>

Zuweilen schreiben die Gesetze selbst die analoge Anwendung von Rechtsätzen des einen Rechtsgebietes auf ein anderes Rechtsgebiet vor.<sup>6</sup> In Rom geschah dies häufig durch Aufstellungen von Fiktionen. Hierher gehört folgendes Beispiel. Der in feindliche Gefangenschaft gerathene Römer galt bei den Römern als Sklave. Wenn er daher bei den Feinden starb, so war sein im römischen Reiche befindlicher Nachlaß als der eines Sklaven herrenloses Gut, nicht Erbschaft. Zur Beseitigung der hieraus entspringenden Härten wurde durch eine lex Cornelia die Fiktion aufgestellt, daß der in der Gefangenschaft verstorbene nicht in die feindliche Gewalt gekommen sei.<sup>7</sup> Auf Grund dessen wurden Sätze des Erbrechtes auf seinen Nachlaß anwendbar. Durch derartige Fiktionen fordert also das Gesetz, daß man bei einem gewissen Thatbestand Thatfachen hinzu- oder wegdenkt, damit die Rechtsätze, welche sich an den gedachten Thatbestand knüpfen würden, Anwendung finden. Die eigenthümliche Gedankenoperation hat also den Zweck, die analoge Anwendung von Rechtsätzen herbeizuführen.<sup>8</sup>

4) Die lex Aquilia z. B. gab Schadensansprüche wegen Beschädigung fremder körperlicher Sachen. Analoge Ansprüche gab man später dem Freien, dessen Körper verletzt war, und Dritten, wenn sie durch die Tödtung eines Freien verletzt waren. l. 5 § 3, l. 13 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Vgl. R.G. Bd. 9 S. 194.

6) Die Vormundschaftsordnung für die preußische Monarchie vom 5. Juli 1875 § 91 bestimmt z. B., daß ihre Vorschriften über die „Vormundschaft“ entsprechend auf die „Pflegschaft“ — Kuratel — anzuwenden seien.

7) l. 12 D. qui test. 28, 1, l. 22 pr. D. de captivis 49, 15 und später l. 18 D. de captivis 49, 15. Das nähere siehe bei Bachmann das jus postliminii und die lex Cornelia 1872 S. 84.

8) Von den gesetzlichen Fiktionen kann man unterscheiden dogmatische Fiktionen. Es sind dies solche, welche die Wissenschaft entwickelt hat, um die rechtlichen Thatfachen unter einheitlichen Gesichtspunkten systematisch zu verknüpfen. Hierher gehört z. B. der Satz, daß der Erbe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, wann er antritt, als vom Tode des Erblassers an succedirend gilt. Diese Fiktion ist eine wissenschaftliche. Sie beruht auf dem Gedanken, daß bei der Rechtsnachfolge die Endigung des Rechtes des einen mit dem Beginn des Rechtes des anderen zusammenfallen müsse. Ueber Fiktionen ist zu vergleichen Demelius, Rechtsfiktion, Weimar 1858, Sbering, Geist Bd. 3 Abth. 1 S. 293 ff., Bierling, Kritik Bd. 2 S. 85 ff.

Auch aus der Natur der Sache haben wir das Rechtssystem zu ergänzen. Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache.<sup>9</sup> Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist.<sup>10</sup>

Die Natur der Sache ist nicht zu verwechseln mit dem Naturrecht. Das Naturrecht stützt sich auf aprioristische Schlüsse. Es ist zur unmittelbaren Rechtsanwendung nicht geeignet.

## Fünftes Kapitel.

### Recht im subjektiven Sinne.

#### § 39. Begriff des Rechtes. Der Anspruch.

Recht im objektiven Sinne ist, wie früher ausgeführt wurde, die staatliche Ordnung der Lebensverhältnisse. Dem entsprechend ist Recht im subjektiven Sinne ein dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehender Antheil an den Lebensgütern.

Die herrschende Meinung stimmt hiermit nicht überein. Sie definiert das subjektive Recht als „Wollendürfen“, und setzt dessen Wesen in das Dürfen und Können.<sup>1</sup> Diese Auffassung trifft den Kern der Sache nicht. Der römische Sklave, welchem ein *Rescriptum*

9) Vgl. Bierling, Kritik Bd. 1 S. 82 ff.

10) Windscheid dagegen Bd. 1 § 23, 1<sup>c</sup> bezeichnet die Natur der Sache „als einen nicht mit Unrecht verschricenen Ausdruck“.

1) Hauptrepräsentant dieser Auffassung ist Windscheid Bd. 1 § 37, welchem wohl auch das Wort „Wollendürfen“ zuzuschreiben ist. Allein „reales Wollen von Seiten des Berechtigten, eine von ihm ausgehende Willensäußerung“ wird von Windscheid nicht erfordert. „Auch Willensunfähige können ohne Vertreter Rechte haben, und ein Willensfähiger kann Rechte haben, ohne es zu wissen.“ Anm. 2 a. a. O. Daher die Formulirung: „die Rechtsordnung hat von einem konkreten Willensinhalt ausgesprochen, daß er maßgebend sei.“ Wenn es aber auf reales Wollen nicht ankommen soll, und Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben, so würde Windscheid unseres Erachtens richtiger statt „Willensinhalt“ setzen „Subjekt“, womit freilich seine Theorie aufgegeben wäre. Auch für Brinz sind die Rechte „rechtliche Machtvollkommenheiten“. Aber auch er giebt seine Theorie im Grunde auf, wenn er erkennt, daß bei näherer Betrachtung gewisse Privatrechte und zwar die fundamentalsten von diesen zuvor und wesentlich etwas Anderes, nämlich die durch Wein und Dem ausgesprochene Verbindung der Sache mit einer bestimmten Person sind. Bd. 1 § 64 S. 210. Dies ist durchaus richtig, aber Brinz bildet dies nicht folgerichtig durch.

mit freier Verwaltung überlassen war, hatte weitgehende Befugnisse zu rechtlichen Verfügungen, und dennoch war er rechtlos, weil ihm ein selbständiger Antheil an den Lebensgütern fehlte. Andererseits hat der unheilbar Geistesfranke Rechte, denn es bleibt ihm sein Antheil an den Lebensgütern gewährleistet; von einem rechtlichen Wollendürfen kann aber bei ihm nicht die Rede sein.<sup>2</sup>

Die herrschende Ansicht führt folgerichtig zu einer Identificirung von Handlungsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit rechtlich zu verfügen, mit der Rechtsfähigkeit, indem sie die letztere auf die erstere gründet.<sup>3</sup> Sie zieht jedoch diese Konsequenz nicht und erkennt hiermit die Unhaltbarkeit ihres Begriffes vom Recht im subjektiven Sinne selbst indirekt an.<sup>3</sup>

Das rechtliche Haben, nicht das Wollendürfen ist der entscheidende Punkt.<sup>4</sup>

Aus dem Rechte im subjektiven Sinne entwickeln sich Ansprüche. Mit dem Ausdruck „Anspruch“ operirt die neuere Rechtswissenschaft oft und gern. Was aber darunter zu verstehen ist, darüber findet sich keineswegs Einverständnis.

Anspruch ist die Befugniß einer Person gegen eine andere auf eine Leistung bestimmter Art.<sup>5</sup> Der Anspruch individualisirt sich

2) Mit der Charakterisirung des Rechtes als Willensmacht stehen in enger Verbindung die Versuche der Neueren, die juristischen Personen aus der Reihe der Rechtssubjekte zu streichen: „Es läßt sich nun einmal nicht denken, sagt Brinz, Pandekten 1. Auflage Bd. 2 S. 984, daß unpersönliche Dinge — wie Staat, Gemeinde, Stiftung — Rechte haben. Ohne irgend ein Dürfen oder Können, Befugniß oder Macht, vermögen wir kein Recht zu denken: mit unmenschlichem Wesen ist das Dürfen und Können unvereinbar.“ Man muß aber umgekehrt schließen, da es evident ist, daß Staat, Gemeinde, Stiftungen Rechte haben, und da diese bloß gedachten Subjekte gleichwohl zu Handlungen nicht fähig sind, so liegt das Wesen des Rechtes nicht im „Thun- oder Handeldürfen“.

3) Vgl. namentlich Binding, Normen Bd. 2 S. 50; daher ist Brinz § 52 „die Rechtsfähigkeit“ „etwas von Handlungsfähigkeit“.

4) Gegen die herrschende Ansicht ist auch Ihering: Geist Bd. 3 Abth. 1 § 60 ff. Iherings Definition lautet — a. a. O. § 61 —: Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses. Er fügt jedoch hinzu, daß bei Privatrechten dem Berechtigten selber der Schutz des Privatrechtes anvertraut sein muß.

5) Brinz Bd. 1 S. 251 denkt einen Anspruch nicht ohne eine gewisse Person, gegen den er gerichtet ist. Anders Windscheid Bd. 1 § 43. Er nimmt Ansprüche an, die gegen „Jedermann“ gehen, „gegen Niemanden nicht“. Dies seien die dinglichen Ansprüche, welche nicht auf eine bestimmte Verpflichtungsperson beschränkt seien. Hiernach hätte jeder Eigenthümer einen Anspruch gegen jeden Weltbürger, daß dieser sein dingliches Recht nicht verleiße. Der Anspruch aber sei, behauptet Windscheid, befriedigt, solange der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden sei. Weil er befriedigt sei, verjähre er inzwischen nicht. Thon, Rechtsnorm S. 159 sucht Windscheids Auffassung zu widerlegen. Er behauptet, die Annahme eines derartigen Anspruches gegen jedermann sei ebenso müßig als irreführend. Dies ist zutreffend. Hervorzuheben ist aber, daß dieses Urtheil mit Zug nur fällen kann, wer — vgl. oben § 22 Anm. 5 — das dingliche Recht auffaßt als ein unmittelbares

durch seinen Inhalt.<sup>6</sup> Derselbe Anspruch kann auf verschiedenen Rechten im subjektiven Sinne beruhen. Wenn beispielsweise die vermietete Sache durch Schuld des Miethers beschädigt wird, so erhält der Vermieter Anspruch auf Schadensersatz; er kann diesen Anspruch sowohl auf den Mietkontrakt, als auf das Delikt der Sachbeschädigung gründen. Wird ferner dem Vermieter seine Sache nach Kündigung der Miethes nicht zurückgegeben, so hat er den Anspruch auf deren Rückgewähr; diesen Anspruch kann er sowohl auf den Mietkontrakt, als auf sein Eigentumsrecht stützen. Der Anspruch ist in beiden Fällen derselbe, das Recht, auf welches sich der Anspruch stützt, ist aber ein verschiedenes.<sup>7</sup>

#### § 40. Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut.<sup>1</sup>

Unter einem Rechtsverhältnisse ist zu verstehen eine rechtlich begründete Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Sachgütern.<sup>2 3</sup>

Herrschaftsrecht über die Sache. Nach dieser Betrachtungsweise bedarf es nicht der Unterstellung eines Anspruches gegen eine ungezählte Menge, die nichts von uns und unserem Recht wissen kann und niemals etwas davon wissen wird. Wer, wie Thon, das Wesen des dinglichen Rechtes in dem Normenbuche gegen den Genuß der Sache seitens dritter Personen sieht, muß schließlich zu Ansprüchen gegen jedermann kommen. Von diesem Standpunkte aus hat sie denn auch Bierling, Kritik Bd. 2 S. 176, wieder aufgenommen.

6) Vgl. hierzu die Ausführungen von Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 8 ff.

7) Ist dies richtig, so ist es unrichtig mit Windscheid Bd. 1 § 44 die römische *actio* mit unserem deutschen Anspruch zu identificiren. Denn die *actio* ist nicht Anspruch schlechthin, sondern der aus einem bestimmten Rechte sich ergebende Anspruch. Es ist ferner, was schon hier bemerkt werden mag, die Annahme verfehlt, daß es die „Ansprüche“ seien, welche verjähren. Wenn ein Fabrikarbeiter im Fabrikdienste durch Verschulden einer zur Leitung des Betriebes vom Fabrikherren schuldhafterweise angestellten, nachlässigen Person körperlich beschädigt ist, so hat der Beschädigte einen Schadensanspruch. Derselbe gründet sich einmal auf den Kontrakt mit dem Fabrikherren, dann aber auch auf das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Das Recht aus dem Reichshaftpflichtgesetz verjährt in zwei Jahren vom Tage des Unfalles ab; aber das Recht aus dem Kontrakt erst in dreißig Jahren. Der Anspruch auf Schadensersatz besteht auch nach der Verjährung des Reichshaftpflichtgesetzes fort. Die Verjährung betrifft, wie hieraus ersichtlich, bestimmte Klagerechte oder Rechte und nur folgerweise den Anspruch.

1) Die Grundlage der Lehre von den Rechtsverhältnissen hat Savigny Bd. 1 S. 6, 331 gelegt. Bierling, Kritik Bd. 2 S. 128, hat die Lehre scharf und klar beleuchtet.

2) Savigny a. a. O. S. 333 definiert das Rechtsverhältnis als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt. Wer aber in Gemäßheit der oben § 29 Anm. 5 dargelegten Auffassungen das Wesen des dinglichen Rechtes in einer unmittelbaren Beziehung der Person zur Sache findet, muß den Begriff des Rechtsverhältnisses in der Weise unseres Textes gestalten. Daß dies Bierling a. a. O. bekämpft, ist von seinem rechtsphilosophischen Standpunkte aus

Das Rechtsverhältniß kann bestehen in der gegenwärtigen festbemeffenen Verpflichtung einer Person zu einer Leistung, z. B. der Rückgabe einer Darlehenssumme. Häufig tragen aber Rechtsverhältnisse die Möglichkeit künftiger Schuldverbindlichkeiten in sich, die nach Zahl und Umfang noch nicht bemessbar sind. So ist es z. B. beim Abschluß einer Gesellschaft oder bei der Eröffnung eines Kredites bis zu einer gewissen Höhe.<sup>4</sup>

Thatsachen, z. B. die Geburt eines Kindes, sind keine Rechtsverhältnisse. Der Besitz jedoch, obgleich Thatsache, bildet ein rechtlich bestimmtes Verhältniß zu einer Sache und ist daher als Rechtsverhältniß aufzufassen.<sup>5</sup>

Rechtsinstitute sind Komplexe von Rechtsnormen, welche einen Kreis von Rechtsverhältnissen regeln, die im Leben zusammengehören. Ein Rechtsinstitut ist z. B. Eigenthum, väterliche Gewalt, Vormundschaft.<sup>6</sup>

#### § 41. Die Ausübung der Rechte.

Die Ausübung der Rechte besteht in dem Genusse des durch sie gewährten Gutes<sup>1</sup> wie in der Geltendmachung des Rechtes im Rechtswege.

Man darf seine Rechte haarscharf ausnutzen, sofern man sich in den Schranken der Rechtsordnung hält.<sup>2</sup> Dies folgt aus dem Wesen des Rechtes. Der Ausübung eines Rechtes steht es daher nicht im Wege, wenn sie tatsächliche Zustände aufhebt, aus welchen Dritte Nutzen zogen,<sup>3</sup> und auch nicht, wenn der Nachtheil des Dritten unver-

folgerecht, beweist aber nichts gegen die Auffassung vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus. Richtig Windscheid Bd. 1 § 37 Anm. 4.

3) Die Römer bezeichnen das Rechtsverhältniß als *jus*; l. 12 D. de justitia et jure 1, 1, Marcianus libro 1 institutionum: *Nonnunquam jus etiam pro necessitudine dicimus, veluti „est mihi jus cognationis vel adfinitatis.“*

4) Ueber „einfache“ und „zusammengesetzte“ Rechtsverhältnisse vgl. Bierling a. a. D. S. 38.

5) Der Begriff des Rechtsverhältnisses ist unter anderem wichtig in Folge des § 231 der C.P.D.: „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses... kann Klage erhoben werden.“ Vgl. ferner C.P.D. §§ 253, 852.

6) Normen, welche das gesammte Rechtssystem durchziehen, z. B. diejenige über die Schuld — culpa —, bilden kein Rechtsinstitut.

1) Es liegt z. B. die Ausübung eines Wegrechtes im Gehen, Fahren, Reiten, die Ausübung eines Nießbrauches in der Perception der Früchte; vgl. l. 6 ff. D. quemadmodum servitutes 8, 6. Anders Thon, Rechtsnorm S. 288.

2) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 11 ff.

3) l. 26 D. de damno infecto 39, 2 Ulpianus libro 81 ad edictum. *Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promississet damni*

hältnißmäßig größer als der Vortheil des Berechtigten ist. Eine derartige Ausübung ist keine Verschuldung<sup>4</sup> und ihre Folge kein Schaden im Rechtsinne<sup>5</sup> d. h. keine Rechtsverletzung.<sup>6</sup>

Solche Grundsätze lassen sich jedoch niemals in das äußerste Extrem hinein durchführen. Vetzlich ist das Recht dazu bestimmt den menschlichen Bedürfnissen zu dienen. Wer sein Recht ohne eigenes Interesse, bloß aus Bosheit ausnützt, entwürdigt und mißbraucht das Recht; er handelt dolos und wird in Folge dessen dem Beschädigten haftbar.

Dies ist ein allgemein geltender Satz. Aber freilich muß die Böswilligkeit unzweifelhaft fest stehen. Sie wird am leichtesten offenbar im Nachbarrechte; hier wird der Satz daher am ehesten praktisch. Der sogenannte Reicdbau ist nicht zu dulden, ebensowenig das Graben eines Brunnens, bloß damit der Brunnen des Nachbarn versiege.<sup>7</sup>

*infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia, eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet, quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur prohibetur.* Die Erklärung der Aeußerung von Proculus bei Pernice a. a. O. S. 12 ff. halte ich für unrichtig. Es ist nicht zutreffend, wie Pernice annimmt, daß die Berufung auf das eigene Recht des schädigenden wie absichtlich vermieden wird. Dieser Gesichtspunkt bestimmt vielmehr die Entscheidung. Um seinetwillen leugnet der Jurist ein *damnum* im Sinne der *damni infecti cautio*. Denn das Vermögen des Nachbarn ist nur thatsächlich, aber nicht im Rechtsinn gemindert. Vgl. Faustrecht in Ihering's Jahrbüchern Bd. 21 S. 68.

4) l. 55 D. de R. J. 50, 17 Gajus libro 2 de testamentis ad edictum urbanum: nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur. L. 3 § 2 D. de homine libero exhibendo 43, 29.

5) l. 151 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro 64 ad edictum. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

6) Beispielsweise ist der Pfandgläubiger befugt, die Pfandsache nach Fälligkeit der Forderung auch zu unquinstiger Zeit zu verkaufen, ungeachtet des Nachtheils, welcher nachstehenden Gläubigern oder dem Schuldner hieraus erwachsen kann. — Mit der Rechtsausübung kann eine Pflichtverletzung konkurriren, welche haftbar macht. Binding, die Normen Bd. 2 S. 291 ff. Der Pfandgläubiger veräußert z. B. nach Pfandrecht, verschleudert aber dabei die Sache dolos zum Nachtheil des Pfandschuldners. Der Verkauf ist dann zwar rechtsbeständig, aber der Gläubiger ist dem Verpfänder schadensersatzpflichtig.

7) l. 1 § 12 D. de aqua, 39, 3 Ulpianus libro 53 ad edictum. Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo locidens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorum faciendi id fecit. L. 38 D. de R. V. 6. l. Celsus libro 3 Digestorum „neque malitiam indulgendum est.“ Inkorrekt war die Formel älterer gemeinrechtlicher Juristen, daß man Anlagen „in aemulationem eius alterius“ nicht errichten dürfe. Aus ihr zog man zuweilen unberechtigte weitgehende Schlüsse, dagegen Hommel rhaps. obs. 216. Allein ohne Grund behauptet andererseits Wächter, W. R. M. Bd. 2 S. 194, daß es sich in den Fällen, in welchen im *corpus juris* eine Haftung wegen boshafter Ausübung eines Rechtes erwähnt wird, um „Ausnahmen“ handle, die nicht verallgemeinert werden dürften. Noch weniger ist es zulässig, auf dem Gebiete des Nachbarrechtes mit Ihering, Jahrbuch

Gewisse Rechte dürfen nur unter Schonung fremder Interessen ausgeübt werden. Namentlich hat der Servitutberechtigte die Pflicht zu schonendem Gebrauch — *civiliter uti*. — Er muß also unter mehreren möglichen Weisen der Ausübung seines Rechtes, z. B. seines Wegrechtes, diejenige wählen, welche den Grundeigentümer am wenigsten schädigt oder behindert, selbst wenn dies mit Unbequemlichkeiten für ihn selbst verbunden sein sollte.

§ 42. Kollision der Rechte.<sup>1</sup>

Häufig finden sich nebeneinander Rechte, welche sich thatächlich nicht vollständig nebeneinander verwirklichen lassen. Den hieraus sich ergebenden Widerstreit nennt man Kollision der Rechte.<sup>2</sup> Die kollidirenden Rechte können gleicher Art sein, z. B. mehrere Pfandrechte, oder ungleicher Art, z. B. Eigenthum und eine Wegservitut. Sie können dem Vermögensrechte angehören, aber auch dem Familienrechte. Beispielsweise kollidirte in Rom vielfach das Recht der väterlichen Gewalt über die verheirathete Tochter mit dem Rechte des Ehemannes. Nach dem jetzigen Rechte kann das Recht der Mutter und das des Vormundes bezüglich eines Mündels kollidiren.

Manche wollen von einer Kollision nicht reden, wenn die zusammen-treffenden Rechte von ungleicher Stärke sind.<sup>3</sup> Dies ist unrichtig. Wird z. B. ein Schuldner zahlungsunfähig und ein Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet, so kollidiren die bevorzugten Forderungen mit den einfachen Konkursforderungen. Denn alle diese Forderungen haben Anspruch auf Befriedigung aus der Masse; nur drängt die privilegirte die nichtprivilegirte zurück.

Wie sich die Kollision zusammentreffender Rechte löst, bestimmt sich nach der Art und Stärke des bezüglichen Rechtes. Allgemein

Vd. 6 S. 106 den „subjektiven Gesichtspunkt völlig zurückweisen und die Frage der Chifane ganz bei Seite zu lassen.“ Denn dieser ist nun einmal der Gesichtspunkt der Quellen. Vgl. Pernice a. a. O. Vd. 2 S. 13 Anm. 10. Ueber das Verbot der Chifane vgl. Remoldt in Gruchots Beiträgen Vd. 24 S. 677.

1) Thibaut, Versuche Vd. 2 — 2. Auflage — S. 242 ff. Lufeland, Geist des römischen Rechtes Th. II Abth. 2 S. 1 ff. Hierulff, S. 230. Wächter, W.Pr.R. Vd. 2 S. 587. Wächter, Pand. Vd. 1 § 96 Beilage II.

2) Die Kollision von Rechten setzt voraus, daß mehrere Rechte begründet sind, die thatächlich kollidiren. Es liegt also keine Kollision von Rechten vor, wenn das eine Recht durch sein Bestehen das Entstehen des anderen hindert. Es findet sich ferner dann keine wahre Kollision von Rechten, wenn nur ein Recht in Frage ist, wenn es aber zweifelhaft ist, wem dasselbe zusteht. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Erblasser etwas seinem Neffen Franz vermacht hat und zwei Neffen dieses Namens existiren, welche das Legat ansprechen, oder wenn mehrere, denen eine Forderung gesondert cedirt ist, darüber streiten, wem die Forderung zusteht.

3) So Hierulff S. 235, Arndts § 92 Anm. 3 Ziff. d., dagegen Wächter a. a. O.

anwendbare Grundsätze sind nicht aufzustellen. Die Eigenart der Rechte, welche gerade in dem Konflikte scharf hervortritt, entscheidet.

Ein leitendes Motiv für die Gesetzgebung und die Ausbildung des Rechtes ist, daß wer Gewinn erstrebt, dem zu weichen hat, welcher Schaden zu vermeiden sucht.<sup>4</sup> Hierin liegt z. B. der tiefere Grund, weshalb die Vermächtnißnehmer den Erbschaftsgläubigern nachstehen. Es können ferner Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners in dessen Konkurs nicht geltend gemacht werden, so daß sie im Konkursfall allen anderen Forderungen nachstehen.<sup>5 6</sup>

Von allgemeinerer Bedeutung ist, daß sich dingliche Rechte zu einander anders verhalten als Forderungen.

a) Dingliche Rechte an derselben Sache sind meist von ungleicher Stärke.

Die dinglichen Rechte an fremder Sache gehen dem Eigenthümerrechte innerhalb ihres Kreises grundsätzlich vor. Soweit jedoch dem Servitutberechtigten die Pflicht zum schonenden Gebrauche obliegt, behält der Eigenthümer in Kollisionssällen die Oberhand.

Mehrere dingliche Rechte an fremder Sache ferner ordnen sich untereinander regelmäßig nach einer festen Priorität. Sie ergibt sich überwiegend aus dem Alter der Rechte. Es gilt dies für Rechte gleicher Art, z. B. für Hypotheken, wie für Rechte ungleicher Art, z. B. im Fall der Kollision einer älteren Weidgerechtigkeit mit einer jüngeren Hypothek. Sind die Rechte von gleicher Kraft, so überwiegt nach römischem Rechte der thatsächliche Zustand — *in pari causa est potior causa possidentis*.<sup>7</sup>

b) Forderungsrechte haben in der Regel unter sich gleiche Stärke.

Insbesondere giebt das höhere Alter der einen Forderung keinen Vorzug vor der anderen. Der Vorzug — *privilegium exigendi* —

4) l. 41 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 26 ad edictum. In obscura melius est favori repetitioni, quam adventicio lucro. Pernice macht darauf aufmerksam, daß Ulpian in 26. Buche die Konditionen behandelte.

5) R.R.D. § 56 Ziff. 4. Vgl. Ziff. 3, wonach auch Geldstrafen im Konkurse des Schuldners nicht geltend zu machen sind.

6) Die häufig verteidigte Regel: *privilegiatus contra aequè privilegiatum non utitur privilegio* ist falsch. Der Minderjährige erhält z. B. Restitution gegen den Ablauf einer Verjährung, auch wenn sein Schuldner minderjährig ist. Die nur jenen Satz angeführte l. 11 § 6 D. de min. 4, 4 spricht gegen ihn. Es darf aber freilich die Restitution eines Minderjährigen gegen einen Minderjährigen nicht, um von dem einen Minderjährigen Schaden abzuwenden, dem anderen einen Schaden aufzuladen, vgl. l. 34 D. de min. Denn dies wäre gegen den Zweck der Restitution der Minderjährigen. Vgl. Wächter, Pand. a. a. D.

7) l. 10 D. de pignoriibus 20, 1.

welchen einige Forderungen im Konkurse des Schuldners haben, gründet sich auf ihren besonderen Charakter, nicht auf ihr Alter.

In der Regel entscheidet bei Forderungen das Vorkommen — Prävention. Hat beispielsweise derselbe Verkäufer dasselbe Pferd zu verschiedenen Zeiten verschiedenen verkauft, so hat nicht etwa der erste Käufer ein Vorzugsrecht vor dem zweiten. Eigenthümer wird vielmehr der Käufer, welchem das Pferd zuerst vom Verkäufer übergeben wurde. Wäre keinem freiwillig geleistet und würden beide klagen und ein obfiegliches Urtheil erhalten, so würde Eigenthümer, wer das Pferd zuerst dem Verkäufer vom Gerichtsvollzieher für sich wegnehmen ließ.<sup>8</sup>

Hat sich jedoch dieselbe Person für dieselbe Dienstzeit in ein dauerndes Dienstverhältniß bei verschiedenen Personen verdingen, so hat nach der Regel des gemeinen Rechtes der ältere Miether den Vorzug.<sup>9 10</sup>

Wird das Konkursverfahren über das Vermögen eines Gemeinschuldners eröffnet, so tritt an die Stelle der Prävention Befriedigung der Forderungen in Geld in verhältnißmäßigem Betrage — pro rata.

## Sechstes Kapitel.

### Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

#### A. Die Beziehung neuer Gesetze zur Vergangenheit.<sup>1</sup>

##### § 43. Ausschließung der Rückwirkung.

Neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, d. h. sie beziehen sich nicht auf das, was in der Vergangenheit

8) C.P.D. § 769.

9) Vgl. Seemannsordnung des Reiches vom 27. December 1872 § 26, § 29 Abs. 1. Als gemeines Recht ist namentlich auch anzusehen, daß dann, wenn sich Gesinde für dieselbe Zeit bei verschiedenen verdingt, ein Vorrecht hat, wer dem Gesinde zuerst den Miethspennig gab und es dadurch gedungen hat.

10) Vgl. l. 26 D. locati 19, 2 Ulpianus libro 2 disputationum. In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri. Der Sinn dieser Stelle ist freilich nur, wer mehreren Diensten versprochen hat, hat nach dem Kontrakt und der bona fides die früher versprochenen zuerst zu leisten. Der zweite kann sich nicht beschweren, wenn er warten muß. Der erste hat Schadensansprüche, wenn er zurückgesetzt wird. Ein Recht des früheren Miethers gegen den späteren ist hier nicht anerkannt.

1) F. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze 1818,

rechtlich begründet ist, sondern nur auf das, was in Zukunft rechtlich begründet werden soll.<sup>2</sup> Es ist dies eine Maxime für den Gesetzgeber bei Abfassung neuer Gesetze und eine Auslegungsregel für den Richter bei Anwendung erlassener Gesetze.

Der Gesetzgeber soll seinen Gesetzen ohne dringende Gründe keine rückwirkende Kraft geben. Dies ist eine Anforderung des geläuterten Rechtsgefühles. Denn das alte Gesetz gewährleistete, was seinen Anforderungen entsprechend begründet war. Auf diese Gewährleistung durften die Unterthanen vertrauen. Wird sie zurückgenommen, so erscheint dies den betroffenen als Unbill und erschüttert bei allen das Gefühl der Sicherheit des Rechtes. Um deswillen pflegten die römischen *leges* ausdrücklich die Rückwirkung auszuschließen.<sup>3</sup> Aber eine unübersteigliche Schranke der Gesetzgebung lag hierin in Rom nicht; auch die deutschen Verfassungen wissen von einer solchen Schranke nichts.<sup>4</sup> Es handelt sich um eine Maxime, über welche sich der Gesetzgeber aus Gründen hinwegsetzen kann. Er thut dies namentlich dann, wenn bestehende Rechte im Laufe der Zeit in schroffen Gegensatz gegen das öffentliche Bewußtsein treten, gemeinschädlich werden, als unbillig gelten. Beispiele bilden die Aufhebung der Leibeigenschaft, der Sklaverei.

Aus dem, was gewöhnlich geschieht, ergibt sich die Auslegungsregel: Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, es sei denn, daß sie sich eine solche besonders beilegen.<sup>5</sup>

Savigny, System Bd. 8, §. Lassalle, das System der erworbenen Rechte, Theil I: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze 1861, 2. fast unveränderte Auflage 1880. Die interessante Arbeit von H. Goepfert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, blieb leider unvollendet. Sie wurde aus dessen Nachlaß herausgegeben und ergänzt von Eck in Iherings Jahrbuch Bd. 22 S. 1 ff.

2) Das gleiche gilt grundsätzlich vom Gewohnheitsrechte und Gerichtsgebrauch. Bei dem Umstande, daß sich hier der Uebergang nicht schroff, sondern nur allmählig vollzieht, werden sich freilich nur selten hieraus praktische Konsequenzen ergeben. Wenn sich aber beispielsweise durch ein Gewohnheitsrecht gewisse Formen für einen gerichtlich zu vollziehenden Akt festgestellt hätten und ein Rechtsgeschäft zur Sprache käme, welches dieser Form entbehrt, das aber aus einer Zeit stammt, in welcher sich dieselbe noch nicht gewohnheitsrechtlich festgestellt hatte, so wäre das Rechtsgeschäft zweifelsohne gültig.

3) Cic. in Verr. I cap. 42 § 109. De jure vero civili si quis novi quid instituerit, is omnia, quae ante acta sunt, rata esse non patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi Voconiam, omnes praeterea de jure civili: hoc reperies in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur. Vgl. I. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. Goepfert a. a. O. S. 21.

4) In den Vereinigten Staaten von Nordamerika dagegen sind die Gesetze verfassungsmäßig nicht im Stande, ihren Vorschriften rückwirkende Kraft zu geben. Derartige Bestimmungen sind nichtig und werden von den Gerichten nicht beachtet. Goepfert a. a. O. S. 49 ff.

5) Vgl. die I. 7 C. de legibus 1, 14, über welche aber folgendes zu bemerken

1. Unberührt bleibt hiernach die Geltung von *Rechtsgeschäften*, wenn sie den gesetzlichen Formvorschriften zur Zeit ihrer Errichtung entsprachen, trotzdem daß neue Gesetze später andere Formen an die Stelle setzen. Dies gilt namentlich für Testamente, auch wenn die Aenderung vor dem Tode des Testators eintrat.<sup>6</sup> Umgekehrt bleibt eine Testamentsurkunde wirkungslos, welche den Formvorschriften der Zeit ihrer Errichtung nicht entsprach, auch wenn sie die Anforderungen, welche später erlassene Gesetze zur Zeit des Todes stellen, erfüllen würde. So ist es auch bei anderen Rechtsgeschäften.

2. Unberührt bleiben ferner unter der Herrschaft des alten Rechtes begründete Rechtsverhältnisse. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um *s. g. erworbene Rechte* handelt, d. h. durch eine specielle Erwerbhandlung erlangte Rechte oder um Rechte anderer Art.<sup>7</sup>

ist. Der Satz, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft hatten, wurde ursprünglich auf *constitutiones principum* nicht bezogen, weil diese nicht sowohl neue Rechtsnormen aussprachen, als den Sinn der alten entwickelten. Da sie nun aber später Gesetze eigentlicher Art wurden, verordnete Theodosius I. in der l. 1 C. Theod. de const. 1, 1 vom Jahre 393: *Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*. Eine Anwendung dieses Grundsatzes machte die l. 7 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 440. *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum est*. Die Kaiser schließen hier vorzugsweise die Anwendung neuer Gesetze auf anhängende Prozesse aus. Denn dies ist *negotium*, vgl. l. 3 C. eod. „*interlocutiones, quas in uno negotio judicantes protulimus*.“ So faßt die Verordnung auch Justinian auf, welcher in der l. tanta § 23 seinen *Digesten* Rückwirkung giebt und auf die l. 7 Cod. cit. anspielend äußert, sie fänden Anwendung: *in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive in judiciis adhuc pendent*. Einen allgemeinen abstrakten Lehrsatz dürfen wir hiernach in der l. 7 Cod. cit. nicht suchen.

6) Justinian wendet diesen Satz bei Gelegenheit einer Erschwerung der Testamentsformen in der l. 29 § 7 C. de testamentis 6, 23 an: „*quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?*“ ebenso in der nov. 66 cap. 1 § 4 und 5 „*absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti*.“ Windscheid freilich Bd. 1 § 32 Anm. 7 sieht in der Vorschrift Justinians eine Ausnahmebestimmung, nicht die Anwendung eines Principes.

7) Es ist herrschende Ansicht, daß nur „*erworbene*“ Rechte durch neue Gesetze unberührt bleiben. Was aber erworbene Rechte sind, darüber bestehen sehr erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Einige verlangen, wie im Text hervorgehoben ist, einen besonderen Erwerbstitel. Andere verstehen unter erworbenen Rechten solche Befugnisse, welche nicht auf der natürlichen Freiheit beruhen, oder allen Staatsbürgern oder gewissen Klassen derselben ohne weiteres auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften zustehen, sondern für die einzelnen durch einen besonderen Rechtsgrund erworben sind, vgl. Goepfert a. a. D. S. 86 und dort citirte. Die Beschränkung auf erworbene Rechte hat keine Begründung in den Quellen, welche sehr allgemein von *facta praeterita* reden. Gegen dieselbe habe ich mich bereits in meinem *Preuß. Privatrecht* Bd. 1 § 30 erklärt; sie wird nunmehr von Goepfert a. a. D. eingehend bekämpft. Die Auffassung der Rückwirkung auf erworbene Rechte zu beschränken, ist aus innern Gründen verwerflich. Man denke: nach früherem Gesetz endigte die väterliche Gewalt mit dem einundzwanzigsten Lebensjahre des Kindes; nach einem später eingeführten Gesetze endigt sie erst mit der getrennten Wirtschaft des Kindes. Sollen

Dies schließt folgende Rechtsätze in sich:

a) Die Frage, ob ein Rechtsverhältniß rechtlich begründet wurde, ist nach den Gesetzen der Zeit seiner Begründung zu beurtheilen.

b) Es ist unbestrittene Folge der Nichtrückwirkung neuer Gesetze, daß die Rechtswirkungen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes entwickelten, durch dasselbe unberührt bleiben. Dies also auch dann, wenn das neue Gesetz an das Rechtsverhältniß andere Wirkungen knüpft und wenn der Rechtsstreit über jene Rechtswirkungen erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes geführt wird.<sup>8</sup>

c) Es ist aber auch Konsequenz des Principes, was freilich manche nicht anerkennen, daß einmal begründete Rechtsverhältnisse trotz des Inkrafttretens neuer Gesetze diejenigen rechtlichen Wirkungen dauernd entwickeln, welche sich aus ihnen nach dem Gesetze ihrer Begründungszeit ergeben. Sie unterstehen also der Herrschaft des alten Gesetzes auch nach Inkrafttreten des neuen.<sup>9</sup> Nach gemeinem Rechte kann beispielsweise der Darlehensgeber ein ohne Zeitbestimmung gegebenes Darlehen jeder Zeit zurückfordern. Würde nun ein neues Gesetz erlassen, welches die Rückforderung von Darlehen nur nach einer Kündigungsfrist von drei Monaten zuließe, so würden hierdurch Darlehen nicht betroffen, die seinerzeit unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes gegeben wurden. Sie könnten jederzeit ohne vorgängige Kündigung zurückgefordert werden, auch wenn sie noch so lange nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes stehen blieben.

nun die Kinder, welche bei Eintritt des neuen Gesetzes einundzwanzig Jahre sind, aber noch keine gesonderte Wirthschaft haben, wieder Hauskinder werden? Ein erworbenes Recht im Sinne der herrschenden Theorie ist ihre Selbständigkeit nicht. Dennoch wäre es zweckwidrig und der vernünftigen Absicht des neuen Gesetzes nicht entsprechend, ihnen die Selbständigkeit wieder zu entziehen.

8) Savigny Vd. 8 S. 368 ff. schließt die Rückwirkung neuer Gesetze nur ausoweit sie den Erwerb der Rechte betreffen. Dagegen legt er denjenigen Gesetzen rückwirkende Kraft bei, welche das Dasein der Rechte zum Gegenstande haben, sei es das Sein oder Nichtsein, sei es das So oder Anderssein der Rechte. Allein die Grenze zwischen beiden Klassen von Gesetzen ist nichts weniger als klar und fest, vgl. hierüber Goepfert a. a. D. S. 91. Was aber wichtiger ist, diese so tief greifende Einschränkung des Principes der nichtrückwirkenden Kraft der Gesetze ist weder aus den Quellen, noch aus dem Wesen der Sache irgendwie zulänglich begründet.

9) Manche sagen nicht ohne Ansehen „die Aufhebung einer Fortwirkung ist keine Rückwirkung“, vgl. Brinz Vd. 1 § 21 S. 97 und bei Goepfert S. 152 Citirte. Sie wählen daher die Formel „Gesetze normiren nur künftiges“. Allein traditionelle, eingewurzelte Bezeichnungen, wie die von der Ausschließung der Rückwirkung der Gesetze, lassen sich nicht mehr verbannen. Man muß sie aus dem zu Grunde liegenden Gedanken erklären, selbst wenn sie nicht ganz zutreffend sein sollten.

Das neue Gesetz ist maßgebend, wenn Rechte zur Zeit seines Inkrafttretens erst in der Entstehung begriffen, aber noch nicht entstanden sind.<sup>10</sup> Daher ist eine laufende Verjährung in der Regel nicht nach dem Gesetze zu beurtheilen, welches bei ihrem Beginn galt, sondern nach dem während des Laufes der Verjährung in Kraft tretenden Gesetze.<sup>11 12</sup>

Ferner erhalten bloße Erwartungen keinen Schutz. Wenn A. der nächste gesetzliche Erbe eines noch lebenden Verwandten wäre und wenn sich das gesetzliche Erbrecht unmittelbar vor dem Tode eines Verwandten der Art änderte, daß B. zur Intestaterbfolge berufen würde, so hätte A. keinen Anspruch, denn als das neue Gesetz in Kraft trat, hatte er eine Erwartung der Erbschaft, aber kein Recht auf dieselbe.

Neue Prozeßgesetze heben ältere auf. Von einem Rechte, daß ein anhängiger Streit nach den Regeln des alten Prozesses zu Ende zu führen ist, kann keine Rede sein.

Besondere Uebergangsbestimmungen können dies alles natürlich modificiren.

#### § 44. Rückwirkende Gesetze.

Das Gesetz hat rückwirkende Kraft, wenn es dies als seinen Willen kundthut. Ein solcher Wille kann ausdrücklich erklärt werden.

10) Hiergegen führt Brinz Bd. 1 S. 98 den Ausdruck der l. 7 C. de legibus 1, 14 „pendentibus negotiis“ zu Felde. Es ist aber oben — Anm. 5 — nachgewiesen, daß hierdurch die Einwirkung neuer Gesetze auf schwebende Prozesse, nicht auf schwebende Geschäfte ausgeschlossen werden soll.

11) Auch R.G. Bd. 4 S. 35 nimmt an, daß eine noch im Laufe befindliche Verjährung nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen ist. Besondere Sätze müssen gelten, wenn ein neues Gesetz die Verjährungszeit abkürzt, z. B. 2 Jahre statt 5 Jahre setzt. Man nehme an, daß bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes eine Verjährung laufe, die bereits vor 3 oder 4 Jahren begann. a) Das neue Gesetz ist zwar grundsätzlich anwendbar, allein die kürzere Verjährungszeit kann hier erst von Inkrafttreten des neuen Gesetzes an gerechnet werden. Denn es kann nicht als Absicht des neuen Gesetzes gelten, dem in der Verjährung begriffenen Verhältniß kurzer Hand sofort ein Ende zu bereiten, was vielfach die Folge wäre, wenn man auch die Zeit vor seinem Inkrafttreten einrechnete. b) Auch das alte Verjährungsgesetz bleibt aber anwendbar für den Fall, daß mehr als 3 Jahre seit Beginn der Verjährung abgelaufen sind. Denn das neue Gesetz will die Verjährungsfrist möglichst verkürzen, feinenfalls verlängern. Dies würde aber geschehen, wenn, nachdem bereits mehr als 3 Jahre verfloßen sind, nur das neue Gesetz gälte und von dessen Inkrafttreten ab noch weitere 2 Jahre verfließen müßten, vgl. R.G. Bd. 1 S. 40. Verschiedene Ansichten siehe bei Vangerow Bd. 1 § 26.

12) Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung unterstehen dem Rechte der Zeit des Abschlusses, nicht des Eintritts der Bedingung in Folge der Rückziehung der Bedingung.

Dies geschieht unter anderem dadurch, daß sich das Gesetz als authentische Interpretation eines früheren bezeichnet.<sup>1</sup> Der Wille der Rückwirkung kann aber auch, ohne besonders ausgesprochen zu sein, aus dem Inhalte des Gesetzes erhellen.

Der Wille des Gesetzes entscheidet auch über das Maß der Rückwirkung. Da die Rückwirkung immer etwas außerordentliches ist, so reicht sie nicht weiter, als dies das Gesetz unzweideutig vorschreibt. Es ist eine Rückwirkung schwächeren und eine solche stärkeren Grades zu unterscheiden.

a) Die Rückwirkung ist schwächeren Grades, wenn das Gesetz in ältere Rechtsverhältnisse zwar der Art eingreift, daß sich aus ihnen von dessen Inkrafttreten an nur noch nach Maßgabe des neuen Rechtes Rechtswirkungen entwickeln, wenn es aber die bis zu seinem Inkrafttreten erwachsenen Rechtswirkungen unberührt läßt, so daß es in dieser Hinsicht bei dem bestehenden Rechtszustande verbleibt. Ein Beispiel giebt das justinianische Recht. Nach älterem Rechte war das gesetzliche Zinsmaximum 12%. Justinian setzte dasselbe im Jahre 528 für die Regel auf 6% herab.<sup>2</sup> Im Jahre 529 verordnete er, daß sich dies auch auf diejenigen Zinsverträge rückwirkend beziehe, die älter als sein Zinsgesetz waren, jedoch nur hinsichtlich der Zinsen, welche nach dessen Inkrafttreten verfielen. Zinsen, welche vor dieser Zeit erwachsen waren und die noch ausstanden, sollten nach Maßgabe des Rechtes ihrer Begründungszeit einlagbar bleiben.<sup>3</sup>

b) Im Fall der Rückwirkung stärkeren Grades erkennt das Gesetz auch die Rechtswirkungen nicht an, welche vor seinem Inkrafttreten aus älteren Rechtsverhältnissen erwachsen, vorausgesetzt, daß sie noch nachher Gegenstand richterlicher Beurtheilung werden. So kam es in Zeiten revolutionärer Bewegungen vor, daß gehässige bäuerliche Lasten der Art aufgehoben wurden, daß man auch die Vertreibung der vor dem Aufhebungsgesetze bereits verfallenen Prästationen untersagte.

Auch in solchen Fällen wird nicht leicht die Absicht bestehen, auf bereits durch Zahlung erledigtes zurückzukommen oder Leistungen die Anerkennung zu versagen, die verfallen und durch rechtskräftige Beurtheilung oder Vergleich festgestellt waren.<sup>4</sup>

1) Vgl. oben § 37 S. 82.

2) l. 26 C. de usuris 4, 32.

3) l. 27 C. eod.

4) Vgl. oben § 37 Anm. 7.

## B. Internationales Privatrecht.

§. 45. Allgemeine Grundsätze.<sup>1</sup>

Die gegenseitige Anerkennung der Staaten innerhalb des europäischen Kulturkreises hat zu einer gegenseitigen Anerkennung ihres Rechtes geführt.<sup>2</sup>

Allerdings ist der inländische Staat im Inlande souverän. Sein Wille ist für den inländischen Richter schlechthin maßgebend. Er hätte daher formell die Befähigung, vorzuschreiben, daß im Inlande nur nach inländischem Rechte geurtheilt werde, auch wenn ausländische Verhältnisse zur Entscheidung kommen.<sup>3</sup> Allein von dieser Gewalt macht er nur Gebrauch, soweit es sich um die Zurückweisung von solchen ausländischen Rechtsnormen handelt, die ihm als gemeinschädlich erscheinen, oder welche die unanfechtbaren Grundlagen seines Rechtes antasten. Beispielsweise erkennt das gemeine Recht ein Skavenverhältniß auch bei durchreisenden Ausländern nicht an.<sup>4</sup>

1) Die ältere Litteratur findet sich bei Savigny Bd. 8 S. 8 ff., die neuere bei Stobbe, deutsches Privatrecht Bd. 1 § 39 Anm. 1 angegeben. Vgl. namentlich Wächter im Archiv f. civ. Praxis Bd. 22 Heft 2 n. 2, Bd. 25 n. 1, 4 und 12; Savigny Bd. 8 S. 1 ff.; von Bar, das internationale Privat- und Strafrecht 1862; Bekker, über die Couponprozesse 1881.

2) Die Römer kannten nichts ähnliches. Sie bildeten für den Verkehr mit Angehörigen anderer Nationen, deren rechtliche Existenz sie anerkannten, wie bereits oben § 20 S. 45 bemerkt wurde, ein diesem Verkehr angepaßtes besonderes Recht — das *jus gentium*. Seit der Völkerverwanderung kam das System der persönlichen Rechte zur Geltung, d. h. es lebte jeder nach dem Rechte des Stammes, dem er durch seine Geburt angehörte, z. B. der salische Franke nach salischem, der Alemanne nach alemannischem, der Römer, die römische Kirche und ihre Geistlichen nach römischem Rechte, vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß Bd. 5 S. 282 ff. An die Stelle trat später die Territorialität der Rechte, siehe Stobbe in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 2. „Personalität und Territorialität des Rechtes.“ In ihr wurzelt die s. g. Statutenkollision. Eine eingehende Theorie derselben hat zuerst Bartolus ad tit. Cod. de summa trinitate 1, 1 n. 13—51 aufgestellt mit reicher Kasuistik und Entscheidung der Fälle, alles mit Stellen des *corpus juris* belegend.

3) Hieraus leitet Wächter a. a. D. folgende drei Sätze ab: a) wenn und soweit das Recht unseres Staates etwas über die Frage festsetzt, nach welchem Recht ein Rechtsverhältniß zu entscheiden ist, so ist dies für den Richter maßgebend. Der Satz ist zweifellos. b) Soweit das Recht unseres Staates eine solche Entscheidung nicht ausdrücklich giebt, muß man sie aus dem Geiste unseres Rechtes und aus seinen allgemeinen Principien entnehmen. Auch dies ist nicht zu beanstanden. c) Wenn es an einer solchen Entscheidung fehle, so hat der Richter im Zweifel das Recht seines Staates auch auf das internationale Verhältniß anzuwenden. Die Anwendung fremder Rechte ist daher die Ausnahme, welche auch nur in wenigen Fällen eintritt. Dieser Satz wäre der praktisch wichtige. Er ist aber nicht bewiesen und steht im Widerspruche mit dem Territorialitätsprincip, von dem das Recht seit dem Mittelalter ausgeht.

4) Geschäfte, welche nach dem Gesetze vom 24. Mai 1880 betreffend den Wucher strafbar wären, wenn sie innerhalb des deutschen Reiches geschlossen wären, sind innerhalb des deutschen Reiches nicht einlagbar, auch wenn sie an und für sich nach fremdem Rechte zu beurtheilen wären.

Für die Regel gilt im Gebiete des gemeinen Rechtes, wie im ganzen europäischen Völkerkreise, das Princip der Territorialität,<sup>5</sup> d. h. das Geltungsgebiet der Rechte beschränkt sich auf Verhältnisse, welche dem Inlande angehören. Dies entspricht dem Wesen der Sache — der aequitas — und dem gemeinsamen Nutzen. Denn im Auslande herrscht das ausländische Recht; nach ihm hat sich der dortige Unterthan zu richten und bestimmen sich die dortigen Verhältnisse. Kommen nun derartige Rechtsverhältnisse bei uns im Inlande zur richterlichen Beurtheilung, so würde die Anwendung unseres Rechtes als Zufall und Willkür, nicht als wahre Gerechtigkeit erscheinen. Wenn wir aber demzufolge dem Auslande sein Recht gewähren, so kommt dies nach der Reciprocität, die sich naturgemäß herstellt, auch unseren Staatsangehörigen im Auslande zu Gute.

In diesem Sinne sprechen wir von einem internationalen Privatrechte. Dasselbe erlangt, soweit es im einzelnen Staate gilt, formal seine Kraft durch den Willen dieses Staates, aber sein Inhalt ist in den Hauptzügen durch die Uebereinstimmung der Kulturnationen gebildet. Man spricht auch von einer räumlichen Kollision der Rechte. Wenn es nämlich zweifelhaft ist, welches von mehreren Rechten auf ein Rechtsverhältniß in Folge des internationalen Privatrechtes anwendbar ist, so pflegt jede Partei die Geltung des ihm günstigeren Rechtes anzurufen. So entsteht ein Widerstreit, eine Kollision, welche aber nur eine scheinbare ist. Denn für das räumliche Anwendungsgebiet eines jeden Rechtes besteht grundsätzlich eine Grenze, die nur ermittelt werden muß.

Die Grenzbestimmung ist Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis. Die Praxis hat sie in vielen und wichtigen Beziehungen im Laufe der Jahrhunderte endgültig getroffen. Zahlreiche Punkte sind aber noch mehr oder weniger offen. Hier ist die Praxis des Reichsgerichtes von besonderer Bedeutung, welche den deutschen Gerichtsgebrauch fixirt.

Die Schwierigkeit der grundsätzlichen Lösung liegt in folgendem. Die Aufgabe ist die räumliche Abgrenzung des Geltungsbereiches der

5) Es gilt dies sowohl für verschiedene Rechte innerhalb desselben Staates, als für verschiedene Rechte verschiedener Staaten. Nach der C.P.O. § 265 besteht jedoch der Unterschied, daß der inländische Richter das in seinem Staate, aber in einem anderen Rechtsgebiete geltende Gesetzesrecht von Amtswegen kennen muß, § 8. des gemeinrechtlichen preussische Richter das Recht des Gebietes des allgemeinen Landesrechtes. Die in einem anderen Staate geltenden Rechte werden dagegen wie Wohnheitsrecht behandelt, vgl. oben § 28 S. 61. Der Richter muß sie nicht von Amtswegen kennen, darf sie aber von Amtswegen erforschen. Das Reichsgericht hat sämtliche im deutschen Reiche bestehenden Rechte von Amtswegen zu kennen.

Gesetze. Die Rechtsverhältnisse, welche betroffen werden, sind jedoch nichts räumliches, sie haben nur räumliche Beziehungen, nach denen die Abgrenzung erfolgt. Diese Beziehungen sind oft mannichfache. Es gilt dann die entscheidende räumliche Beziehung zu finden.<sup>6</sup> Man unterscheidet zu diesem Behufe seit Alters:<sup>7</sup>

1. Statuta personalia, d. h. Rechtsnormen bezüglich der Personen als solcher. Sie betreffen die Einwohner ihres Geltungsbereiches.

2. Statuta realia, d. h. die Rechtsnormen über Immobilien. Sie betreffen diejenigen Immobilien, welche in ihrem territorialen Geltungsbereiche liegen. Entsprechend erachtet man auch die Rechtsnormen über Mobilien für die in ihrem Geltungsbereiche befindlichen Mobilien als maßgebend.

3. Die ältere Theorie bezeichnete als statuta mixta solche Rechtsnormen, welche weder das Personenrecht noch das Sachenrecht betreffen, z. B. die Forderungsrechte. Sie gelangte aber zu allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen hinsichtlich des Geltungsbereiches dieser Rechtsnormen nicht. Auf diesem Gebiete besteht noch jetzt zum großen Theile Kontroverse.

#### § 46. Personalstatuten. Domicil.

Personalstatuten, d. h. Rechtsnormen, welche die Personen als solche betreffen, beherrschen die Einwohner ihres Geltungsbereiches. Es ist also das Domicil, nicht, wie manche annehmen, das Staatsbürgerrecht in dieser Hinsicht das Entscheidende.<sup>1</sup>

1. Domicil — Wohnsitz — ist der ständige Aufenthaltsort<sup>2</sup> Derselbe fordert:

6) Savigny stellt a. a. D. S. 107 ff. folgende Formel auf. Die Aufgabe gehe dahin, daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört, worin dasselbe seinen Sitz hat. Diese Formel hat vielfach Beifall gefunden, z. B. bei Windscheid § 34 Anm. 3; sie ist auch in der Praxis, insbesondere in den Entscheidungen des Reichsgerichtes beliebt. Aber für zutreffend und die Lösung fördernd ist diese Formel nicht zu halten. Denn Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen sind nichts körperliches und nur das körperliche hat einen Sitz im Raume. Es liegt also bestenfalls nur ein Bild vor. Der Darstellung der leitenden Grundsätze wird hiermit nicht gedient. Vgl. mein preuß. Privatrecht § 26 Anm. 6, siehe auch Brinz Bd. 1 S. 102 Anm. 8, Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 S. 163.

7) Dieser Schematismus gehört dem 16. Jahrhundert an, vgl. Wächter a. a. D. Bd. 24 S. 228; früher unterschied man einfacher, ob das Statut de personis oder de rebus oder de solennitate actus disponire.

1) R. G. Bd. 8 S. 146. Den Bürger nennen die Römer civis, den Einwohner incola; das Bürgerrecht bezeichnet origo, den Wohnsitz domicilium. — Ausländische Gesetzgebungen, auch das österreichische und königlich sächsische Gesetzbuch, legen das Gewicht auf das Staatsbürgerrecht, vgl. Stobbe I § 30 S. 210.

2) Ueber den Begriff des Domicils siehe Kieruff S. 122, Savigny Bd. 8

a) den Willen, einen Ort zum ständigen Aufenthalte zu wählen und dadurch zum Mittelpunkte seiner Lebensverhältnisse zu machen; Aufenthalt, welcher als bloß vorübergehend gedacht ist, z. B. als „Studirender“ oder zum Besuch, begründet kein Domicil, auch wenn sich der Aufenthalt fort und fort verlängert;

b) die Bethätigung des Willens durch entsprechende Handlungen, dahin gehört beispielsweise Beschaffung einer Wohnung. Auf die Dauer des Aufenthaltes kommt es nicht an. Der Geschäftsreisende, welcher Jahr aus Jahr ein auf Reisen ist und nur kurze Zeit in Berlin ausruht, hat dort sein Domicil, wenn er dasselbe dort gewählt hat und seine Absicht entsprechend bethätigt.

Man kann seinen Wohnort auch da haben, wo man ein Wohnrecht nicht hat. Denn man kann erwarten, daß die Obrigkeit von dem Rechte der Ausweisung keinen Gebrauch macht.<sup>4</sup>

In der Regel verliert man sein bisheriges Domicil erst mit dem Erwerbe eines neuen. Immerhin kommt Aufgabe des Domiciles ohne Wahl eines neuen vor.<sup>5</sup> Für das internationale Privatrecht gilt jedoch das aufgegebenes Domicil wie ein fortbestehendes bis zur Begründung eines neuen.

Unter Umständen ist das Domicil ein nothwendiges — necessarium —, d. h. es wird nicht durch den Willen des Betreffenden, sondern unmittelbar durch das Gesetz festgestellt. Beamte ins-

§. 58, Pernice Labeo Bd. 1 S. 98, l. 7 § 1 C. de incolis 10. 40 Diocletianus. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur. ubi quis laenam rerumque se fortunarum summam constituit, unde rursus non sit discensus: si nihil avocet, unde, cum profectus est, peregrinari videtur. quo si rediit peregrinari jam destitit. Aehnlich schon Alfenuß Varus in der l. 203 D. de V. S. 50, 16. — Das Domicil begründet den allgemeinen Gerichtsstand einer Person. C.P.D. § 13. In dieser Beziehung trifft die C.P.D. §§ 14 ff. Bestimmungen über das Domicil.

3) l. 2 C. de incolis 10. 40. Wer zehn Jahre am Studienort Studirend halber blieb, galt nach einer Verordnung Hadrians als dort niedergelassen. Dies ist nicht gemeinrechtlich.

4) R.G. Bd. 8 S. 146 ff. Dagegen will Bar a. a. O. S. 73 ff., S. 82 ff. das Wohnrecht, nicht den Wohnsitz entscheiden lassen.

5) Es scheint, daß manche römische Juristen nur eine Translation des Domicils, keine Aufgabe desselben ohne Wahl eines neuen zuließen, vgl. l. 20 D. ad municip. 50, 1. Paulus libro 24 quaestionum. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione. l. 1 C. de incolis 10, 40. Anders Alpien libro 2 ad edictum l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1: difficile est sine domicilio esse quemquam: puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat. Alpiens Auffassung war keine glückliche. Nur die Wahl des Domicils kann sogleich dem einzelnen freigegeben werden, nicht die Frage, ob er ein Domicil haben will.

besondere haben ihr nothwendiges Domicil an ihrem Amtssitze, Ehefrauen theilen nothwendig das Domicil ihres Ehemannes.<sup>6 7</sup>

Es ist möglich, ein Domicil zugleich an verschiedenen Orten zu haben.<sup>8</sup> Für das internationale Privatrecht bleibt aber das zuerst erwähnte Domicil entscheidend.

2. Zu den Personalstatuten sind folgende Kategorien von Rechtsnormen zu rechnen:

a) die über die Handlungsfähigkeit einer Person; daher bestimmt sich namentlich die Dauer der Minderjährigkeit sowie der Umfang der Beschränkungen der Minderjährigen nach dem Rechte ihres Domicils.<sup>9</sup>

b) Das Gleiche gilt, obgleich dies manche bestreiten, bezüglich der persönlichen Stellung, der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Menschen, z. B. seines Namens, Stand.<sup>10</sup>

c) Auch die Familienrechte gehören hierher. Doch treten in dieser Hinsicht mancherlei Komplikationen ein. Die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe bestimmt sich für jeden Verlobten nach dem Orte seines Domicils; für die Eheschließung genügt die Form des Ortes der Vollziehung. Das erste Ehedomicil, d. h. das Domicil des Ehemannes, bestimmt dauernd die Vermögensverhältnisse der Ehegatten; dies also auch im Falle späterer Verlegung des Ehedomicils, da nicht anzunehmen ist, daß das Recht des neuen Domicilortes in die einmal be-

6) l. 23 § 1, l. 38 § 3 D. ad municip. 50, l. Savigny a. a. O. S. 101 ff.

7) Eheliche Kinder theilen den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgegeben haben. So bestimmt C.P.D. § 17 bezüglich des Gerichtsstandes, es gilt dies allgemein. Die Kinder können, wenn sie großjährig sind, einen anderen Wohnsitz wählen, vgl. l. 3, l. 4, l. 6 § 1, l. 17 § 11 D. ad mun. 50, l.

8) l. 5, l. 6 § 2, l. 27 § 2 D. h. t. 50, l.

9) Eine Modifikation findet sich im Art. 84 der W.D. Sie ist nicht auf das Wechselrecht zu beschränken.

10) Den Satz verwirft Stobbe a. a. O. Bd. 1 § 30 unter II. Er erleidet freilich mannigfache Beschränkungen. Es ist namentlich richtig, wie R.G. Bd. 2 S. 145 ff. ausführt, daß die Rechtsnormen des Privatsfürstenrechtes des hohen Adels nicht territorialer, sondern personaler Natur und für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse der Standesherrn maßgebend sind, ohne Rücksicht auf ihren jeweiligen Wohnort, selbst wenn derselbe außerhalb Deutschlands sein sollte. Zweifelhast ist jedoch der hieraus vom Reichsgericht in jenem Erkenntnisse gezogene Schluß. Wenn ein Mitglied eines solchen Geschlechtes im Auslande domicilirt oder eingebürgert ist und dort eine Ehe schließt, die nach deutschem Privatsfürstenrecht nicht standesgemäß ist, im Auslande aber als vollgültig angesehen wird, so hält das Reichsgericht die Auerkennung des Titels und Wappens des fürstlichen Geschlechtes gegenüber der Frau und folgerecht auch gegenüber den Nachkommen aus solcher Ehe für zulässig. Unterstellen wir, diese Kinder sind Franzosen oder Russen, sie haben nach ihrem Heimathsrechte Namen, Titel und Wappen ihres legitimen Vaters. Sollten sie in Deutschland ihres Namens beraubt sein? Nur das ist zweifellos, daß sie dem deutschen hochadeligen Geschlechte nicht zugehören.

gründeten ehelichen Güterverhältnisse eingreifen will.<sup>11</sup> Dagegen richten sich die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten nach ihrem jeweiligen Ehedomicil, d. h. dem Wohnsitze, den der Mann erwählt; hiernach bestimmt sich auch das Ehescheidungsrecht.<sup>12</sup>

d) Die neuere gemeinrechtliche Wissenschaft und Praxis nimmt auch an, daß sich das Erbrecht nach dem letzten Domicil des Erblassers richtet.<sup>13</sup> Dies gilt unter anderem für die Frage, welches gesetzliche Erbrecht eintritt hinsichtlich der Existenz und des Umfangs der Pflichttheilsrechte<sup>14</sup> von Blutsverwandten und von Ehegatten, hinsichtlich der Fähigkeit die Erbschaft zu erwerben und der Geltung von Erbverzichten, der Weise des Erwerbes des Nachlasses. Für die Form des etwaigen Testaments genügt die des Errichtungsortes.

#### § 47. Ortsrecht der belegenen Sache.

1. Seit alter Zeit gilt, daß Rechtsverhältnisse an Immobilien, d. h. Grundstücken, sich nach dem Rechte des Territoriums richten, in welchem sie liegen. Nach diesem Rechte bestimmt sich beispielsweise der Umfang des Eigenthumsrechtes, sowie die Existenz und der Umfang von Nachbarrechten und von dinglichen Rechten, z. B. von Wege-rechten, Jagdrechten, Pfandrechten. Dies Recht gilt auch für die Formen der Veräußerung und der dinglichen Belastung von Grundstücken. Das Ortsrecht der belegenen Sache entscheidet z. B., ob der Eigenthumsübergang des Grundstückes durch Tradition, wie nach gemeinem Rechte, oder durch eine Erklärung beim Grundbuchrichter — Auflassung — wie nach preussischem Rechte, oder etwa durch einfachen Vertrag, wie nach französischem Rechte, vollzogen wird.

Die Frage, ob jemand die persönliche Fähigkeit hat, Grundstücke zu erwerben oder zu veräußern, ist in der Regel, da es sich um per-

11) Die Frage ist eine sehr bestrittene, vgl. Leichmann über Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes, Basel 1879. Wenn man früher die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes durch die Unterstellung eines stillschweigenden Vertrages der Kupturnoten zu begründen suchte, sich dem Rechte des ersten Ehedomicils zu unterwerfen, so war diese Stütze freilich eine sehr gebrechliche. Unzählbare Personen verehelichten sich z. B. in Berlin und nehmen dort ihr erstes Ehedomicil, ohne zu wissen, daß ihr Güterrecht, wenn sie keinen Vertrag abschließen, das der Joachimites wird, und ohne zu ahnen, welche Bestimmungen gemäß derselben gelten. Es bedarf aber auch dieser Stütze nicht. Die Frage kann derzeit als für die Praxis erledigt gelten durch N.G. Bd. 6 S. 223, wonach auch entgegenstehender partikularer Gerichtsgebrauch nicht berücksichtigt wird.

12) N.G. Bd. 9 S. 192.

13) Hierfür war namentlich die Ausführung Savignys a. a. D. S. 295 ff. von Gewicht.

14) N.G. Bd. 8 S. 146.

sönliche Rechtsbeziehungen handelt, nach den Personalstatuten des beteiligten zu beantworten.<sup>1</sup> Will z. B. ein zweiundzwanzigjähriger Oesterreicher sein in Deutschland belegenes Grundstück veräußern, so bedarf er der Zustimmung seines Vormundes. Denn er ist als Oesterreicher minderjährig und bevormundet bis zum vierundzwanzigsten Jahre, und es kommt ihm nicht zu Gute, daß er mit dem einundzwanzigsten Jahre großjährig würde, wenn er ein Deutscher wäre. Dagegen greifen die Immobilienstatuten ein, wenn sie die Fähigkeit zum Erwerb und zur Veräußerung von Grundstücken von besonderen Erfordernissen abhängig machen. Es bestimmt sich z. B. die Fähigkeit einer ausländischen juristischen Person, Grundeigenthum in Preußen zu erwerben, nach dem Ortsrechte der belegenen Sache.

Die ältere Theorie ging überwiegend davon aus, daß sich nur das Mobilienvermögen nach dem letzten Domicil des Erblassers vererbe, dagegen das Immobilienvermögen nach dem Ortsrechte der belegenen Sache. Die neuere Theorie und Praxis hat diese Auffassung verlassen. Man succedirt in die Erbschaft als eine Einheit, eine Zerreißung der Erbsuccession nach den Bestandtheilen des Nachlasses widerspricht der Idee des Erbrechtes und ist unzumuthig. Anders wenn die Grundstücke einem besonderen Erbrechte unterliegen, als Lehen, Fideikommiße, Stammgüter.

2. Ältere Theorien wollten die Mobilien nach dem Ortsrechte des Domiciles ihres Besitzers beurtheilen. Man rechtfertigte dies durch den Satz „*mobilia ossibus inhaerent*“.<sup>2</sup>

Die jetzt herrschende Ansicht ist, daß sich Rechtsverhältnisse, welche Mobilien unmittelbar zum Gegenstande haben, nach dem Rechte des Ortes bestimmen, an dem sie sich befinden.<sup>3</sup> Sind sie jedoch ständig auf Reisen begriffen, z. B. Flußfrachtschiffe, so ist das Domicil ihres Besitzers maßgebend.

#### § 48. Andere Regeln des internationalen Privatrechtes. Forderungsrechte.

1. Altes Rechtens ist die Regel *locus regit actum*, d. h. die Formen, welche für ein Geschäft am Orte seiner Errichtung erfordert

1) Vgl. Savigny S. 181 ff. Die entgegengesetzte Ansicht, wie sie z. B. Stobbe § 30 Anm. 5 vertheidigt, ist unrichtig.

2) Vgl. oben § 26.

3) So Wächter a. a. O. Bd. 25 S. 385 ff., Savigny S. 171 ff., das R.G. Bd. 8 S. 113.

sind, reichen für dasselbe aus, auch wenn es an einem anderen Orte wirksam werden soll.<sup>1</sup> Dies gilt für Geschäfte unter Lebenden, z. B. für Schenkungen, Eheschließungen, wie für Geschäfte von Todeswegen, insbesondere für Testamente. Es genügen aber auch die Formen desjenigen Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist.<sup>2</sup>

2. Streitig ist, welches Ortsrecht bezüglich der Kontraktionsobligationen, abgesehen von der Form des Vertragsschlusses, anzuwenden ist.

Die Obligationen sind weniger als irgend ein anderes Rechtsverhältniß an ein bestimmtes Territorium gebunden, ihm von Rechtswegen zugehörig — denn es handelt sich um Leistungen, welche nicht selten unbeschadet ihres Wesens an ganz verschiedenen Orten erfüllt werden können.

Hieraus erklärt es sich, daß man in Fällen, in welchen das Recht verschiedener Territorien in Frage kommen kann, den Willen der Kontrahenten in erster Linie für maßgebend erachtet. Die Obligation unterliegt also in erster Linie dem Ortsrechte, dessen Anwendung die Kontrahenten wollen oder welches sie als selbstverständlich anwendbar bei dem Geschäftsschlusse voraussetzen.<sup>3</sup>

Ist ein besonderer Wille der Kontrahenten nicht ersichtlich, so ist unter den verschiedenen räumlichen Beziehungen der Obligation die maßgebende aufzusuchen. Hierbei ist nicht, wie viele thun, auf den Entstehungsort der Obligation zurückzugehen. Dieser kann ganz zufällig, ja den Parteien unbekannt sein, z. B. auf einer Vergnügungsreise im Eisenbahnwagen. Ebenso wenig ist, wie andere meinen, der Wohnsitz des Schuldners oder gar des Gläubigers entscheidend. Er unterliegt beliebigem Wechsel und ist an sich für die Obligation gleichgültig. Eine nicht bloß äußerliche, sondern der Obligation immanente räumliche Beziehung liegt im Erfüllungsorte, d. h. dem Orte, wo die Obligation kontraktmäßig zu erfüllen ist. Das Ortsrecht des Er-

1) Schon Bartolus ad Cod. de summa trinitate n. 14.

2) R.G. Bd. 1 S. 322.

3) R.G. Bd. 9 S. 327. R.D.V.G. Bd. 12 S. 55. Savigny S. 110 erkennt den Einfluß freiwilliger Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht in sehr ausgedehntem Maße an. Da der Wohnsitz, nach welchem sich das gesammte persönliche Recht richtet, durch völlig freie Wahl eines jeden bestimmt werde, so könne auch für einzelne Rechtsverhältnisse die freie Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht keinem Zweifel unterliegen. Diese Schlussfolgerung mag bedenklich sein. Aber der Gerichtsgebrauch hat im Obligationenrecht den Einfluß solcher freiwilliger Unterwerfung der Betheiligten aus guten Gründen anerkannt.

füllungsortes ist daher für die Kontraktobligationen in zweiter Linie maßgebend.<sup>4</sup>

Es kann übrigens dasselbe Obligationsverhältniß nach verschiedenen Richtungen hin verschiedenen Ortsrechten unterliegen. Die Schwierigkeiten, welche hieraus erwachsen, zu lösen, ist Sache der Einsicht des Richters.<sup>5</sup>

Nach welchen Gesetzen die Verjährung eines Forderungsrechtes zu beurtheilen ist, ist vorzugsweise streitig. Manche wollten die Verjährungsgesetze des Ortes der Klage anwenden, was zu höchst unbilligen Resultaten führt, da der Ort, wo geklagt werden muß, oft von zufälligen Umständen abhängt. Man begründete diese Ansicht durch die Behauptung, daß die Verjährung ein prozessualisches Institut sei, was nicht richtig ist. Neuerdings hat sich die Praxis dahin entschieden, daß für die Verjährung der Forderungsrechte das örtliche Recht maßgebend sei, welchem die Obligation überhaupt unterliegt; denn die Verjährung bildet ein materiellechtliches Institut.<sup>6</sup>

3. Nach dem Rechte des Ortes, wo eine schuldhafte Handlung begangen ist, bestimmt sich die Frage, ob und inwieweit eine privatrechtliche Haftbarkeit — eine Deliktobligation — aus ihr entspringt.

4) Für den Erfüllungsort ist namentlich Savigny a. a. O. S. 205 eingetreten. Er begründete die Anwendung des Rechtes des Erfüllungsortes vorzugsweise durch die vermuthete freiwillige Unterwerfung der Kontrahenten unter dieses Recht. Hiergegen polemisirt Bekker, die Couponprozesse. Seine Polemik ist zum Theil begründet, seine allgemeinen Erörterungen sind vielfach zutreffend, seine Resultate aber, wonach der Erfüllungsort nur in beschränkter Weise berücksichtigt werden soll, sind unhaltbar. Mit sicherem juristischen Blick hat Savigny die Bedeutung des Erfüllungsortes für die Obligation erkannt. Sind die Deduktionen, mit denen er den Satz begründet, nicht ausreichend, so sind dieselben zu ergänzen, wie wir dies im Texte versucht haben; die Ansicht Savignys fällt nicht mit ihrer Begründung. — Die Reichsgerichte haben die subsidiäre Geltung des Rechtes des Erfüllungsortes anerkannt und dieselbe auch Bekker gegenüber aufrecht erhalten, R.D.H.G. Bd. 9 S. 7 ff., Bd. 23 S. 209, R.G. Bd. 6 S. 126. Nach Windscheid Bd. 1 § 35 Ziff. 3 wird der Punkt des Raumes, welchem obligatorische Rechtsverhältnisse angehören, bestimmt durch den Wohnsitz der Parteien, und zwar müsse der Gläubiger das Recht des Wohnsitzes des Schuldners acceptiren, wenn dieser auf dem Rechte seines Wohnsitzes bestehe, umgekehrt aber auch das Recht seines eigenen Wohnsitzes, wenn es dem Schuldner passe, auf dieses zu greifen. Doch ist ihm dies nur das Hauptprincip, neben welchem noch verschiedene Nebenprincipien stehen. Die Uebereinstimmung jenes Principis mit der Praxis ist nicht behauptet, die praktische Brauchbarkeit nicht geprüft.

5) Klar ist es, daß der Umfang der Verpflichtung des Bürgen, namentlich die Frage, ob ihm die Einrede der Vorausklage zusteht, sich nach dem Orte richtet, wo er zu erfüllen hat, nicht nach demjenigen, an welchem der Hauptschuldner zu erfüllen hat, R.G. Bd. 9 S. 185. Zweifel erregte vorzugsweise das unklare und unrichtige Dogma der Einheit der Obligation des Bürgen und Hauptschuldners, worüber später das nähere.

6) R.G. Bd. 9 S. 226. Ueber die Litteratur der Frage vgl. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880 S. 195 ff.

Nach dem Orte, wo sich gewisse Thatfachen vollziehen, ist zu bestimmen, ob aus ihnen gesetzliche Verpflichtungen erwachsen.<sup>7</sup>

## Zweiter Abschnitt.

### Das Rechtssubjekt.

#### § 49. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

Rechtsfähig oder Rechtssubjekt oder Person ist, wer Rechte haben kann,<sup>1 2</sup> wer also eines selbständigen Antheiles an den Lebensgütern fähig ist.<sup>3</sup> Nicht erfordert ist die Fähigkeit zu rechtlich anerkannten Handlungen. Daher hebt sich die Handlungsfähigkeit scharf von der Rechtsfähigkeit ab.

Handlungsfähig ist, wer durch seinen Willen Rechtsveränderungen bewirken und sich namentlich durch eigene Handlungen berechtigen und verpflichten kann. Die Handlungsfähigkeit kann einem Rechtssubjekte völlig fehlen; dies ist bei Kindern und Geisteskranken der Fall. Sie kann aber auch eine bloß beschränkte sein. Eine beschränkte Handlungsfähigkeit haben Minderjährige und Verschwender.

Die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit bestimmt sich nach zwingenden Rechtsnormen. Man kann sich daher durch Privatübereinkunft seiner Handlungsfähigkeit nicht ganz oder theilweise begeben. Es ist namentlich rechtlich wirkungslos, wenn man sich freiwillig unter eine Vormundschaft stellt.<sup>4</sup>

Es bestehen zwei Kategorien von Rechtssubjekten. Die eine bilden die natürlichen Personen d. h. die Menschen; die andere

7) R.G. Bd. 7 S. 378.

1) Unter persona verstehen die Römer sehr oft Menschen als solche, also auch Sklaven l. 86 § 2, D. de legatis I. l. 215 D. de V. S. 50, 16. Aber in einem specielleren Sinne dient der Ausdruck zur Bezeichnung des rechtsfähigen Menschen l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1. Daher sagt Theodos. II Novellen XVII 1 § 2 „servos quasi nec personam habentes“, und Theophilus zum pr. J. de stip. serv. 3, 17 nennt die Sklaven *ἀπρόσωποι*. Was außer dem Menschen Rechtsfähigkeit hat, von dem sagt l. 22 D. de fidejussoribus cit. „personae vice fungitur“.

2) Status ist die einem bestimmten Menschen oder einer bestimmten Personenklasse zukommende Rechtsstellung, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 96.

3) oben § 39.

4) R.G. Bd. 4 S. 162.

die juristischen Personen d. h. menschliche Institutionen mit selbständiger Rechtsfähigkeit.<sup>5</sup>

Sind subjektlose Rechte möglich? Hierüber streitet man lebhaft.<sup>6</sup> Häufig gebühren Rechte nicht den gegenwärtigen Personen, werden vielmehr künftigen vorbehalten, z. B. einem Embryo oder auch — was durch Vermächtnisse möglich ist — einem künftig zu Koncipirenden, der vielleicht erst in ferner Zukunft erscheinen kann. In solchen Fällen kann man mit einem gewissen Anschein sagen, die Rechte sind subjektlos, weil sie sich nicht an gegenwärtige Existenzen knüpfen. In Wirklichkeit handelt sich aber nicht um eine bloße Negation, sondern um die Beziehung des Rechtes zu einer künftigen erhofften Person. Diese allerdings zunächst nur vorgestellte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rechtssubjekt. Die Römer suchen in Fällen dieser Art möglichst durch Fiktion eine gegenwärtige konkrete Person zu bilden, auf welche sie das Recht beziehen. Insbesondere betrachteten sie den Embryo, soweit ihm Rechte zugeschrieben werden, wie eine bereits bestehende Person.

5) Bekker in Iherings Jahrbuch Bd. 12 n. 1 zur Lehre vom Rechtssubjekt verhält sich kritisch zum Begriff des Rechtssubjektes und will sich mit den Begriffen „Genießer“ und „Verfüger“ genügen lassen. Wo ein Genießer und ein Verfüger da sei, gewährt Bekker Klagerechte. Genießer können nach ihm auch Sachen sein, insbesondere Thiere, falls etwas für sie testamentarisch ausgesetzt und außerdem ein Verfüger bestellt ist. So will Bekker Klagen zulassen „im Namen“ von Hunden und Pferden, von Mauern und Thürmen. Ihn schreckt nicht, daß der Richter, der namens des Hühnerhundes Tiras und der englischen Stute Bellona die ersten Klagen in die Hand befäme, verwundert dreinschauen würde. Mit Recht bemerkt Bierling Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 77 ff. gegen Bekker, daß nicht der thatächliche Genießer klagberechtigt sein kann, sondern nur, wem zu genießen zusteht, wer also Subjekt des betreffenden Genußrechtes ist. So kommt man nothwendig auf das Rechtssubjekt zurück. Der Kern der Lehre Bekkers wäre hiernach, wenn er sich auch selbst hiergegen verwahrt, daß man durch private Verfügungen beliebige Dinge zu Rechtssubjekten machen könnte. Dies ist aber unrichtig. Die Rechtsfähigkeit ist juris publici. Sie steht nur bestimmten Kategorien zu, die das Recht anerkennt. Hunden und Pferden, Mauern und Thürmen ist sie vom Rechte nicht zugestanden.

6) Windscheid Bd. 1 § 49 Anm. 3 bejaht die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subjekt. Dagegen hält Ihering Jahrbuch Bd. 10 S. 390 den Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existiren, für eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten, so unbestreitbar, daß er eine besondere Widerlegung nicht nötig findet. Es möchte denn auch aller Feinheit und Kunst Windscheids nicht gelingen sein, begrifflich das subjektlose Recht zu begründen. Vgl. auch Zitelmann juristische Personen S. 33.

## Erstes Kapitel.

## Von den natürlichen Personen.

## A. Die Existenz der natürlichen Person.

## § 50. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt durch seinen Tod.

1. Rechtsfähig ist die menschliche Geburt, wenn sie lebendig, lebensfähig und menschlicher Gestalt zur Welt kommt.

a) Nothwendig ist Leben nach Vollendung der Geburt, d. h. nach der vollständigen Trennung von der Mutter.<sup>1</sup> Das Geborene ist rechtsfähig, auch wenn es während des Geburtsaktes verstümmelt wurde, aber nach demselben noch lebte.<sup>2</sup> Manche römische Juristen forderten, daß das Kind nach der Geburt geschrien habe, indem sie naiverweise das regelmäßige erste Lebenszeichen als nothwendiges Zeichen des Lebens erachteten. Die Sabinianer bekämpften jedoch diese Auffassung, die auch Justinian verwarf.

Das Deutsche Strafgesetzbuch betrachtet das Kind als Menschen, sowie es den Schoß der Mutter auch nur zum Theil verlassen hat und in die Außenwelt getreten ist. Denn das Strafgesetzbuch bezeichnet es als Kindesmord, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tödtet. Im Sinne des Strafrechtes ist es auch nicht nothwendig, daß das Kind bereits außerhalb des Mutterleibes athmete; es genügt, daß es bei seinem Hervortreten lebte.<sup>3</sup>

b) Das Kind muß vital oder lebensfähig — *partus perfectus* — sein, d. h. es muß mindestens nothdürftig ausgetragen sein, was nur angenommen wird, wenn es sich wenigstens 6 Monate im Mutterleibe befand. Andernfalls findet sich nur ein Abortus, welcher nicht als rechtsfähig gilt, wenn er auch eine kurze Zeit nach der Trennung von der Mutter lebte.<sup>4</sup>

1) l. 3 C. de postumis 6, 29 . . . si vivus perfecte natus est.

2) l. 12 § 1 D. de liberis et postumis 28, 2.

3) Strafgesetzbuch § 217, R.G. in Strafsachen Bd. 1 S. 446.

4) Früher forderte die herrschende Ansicht Vitalität nach dem im Texte dargelegten Begriffe. Diese Ansicht bekämpfte Savigny Bd. 2 S. 385 Beilage III; er fand so allgemeine Zustimmung, daß manchen die Streitfrage als erledigt galt. Aber Wächter trat wieder in gewissem Maße für die ältere Ansicht ein in den Leip-

In dem Sinne lebensfähig muß aber das Kind nicht sein, daß es mit einer zu längerem Leben befähigenden körperlichen Organisation ausgestattet ist.

c) Mißgeburten, die nicht das Wesen des Menschen haben, sind keine Rechtssubjekte. Mißbildete Menschen dagegen sind rechtsfähig; Glieder zuviel oder zuwenig kommen daher für die Frage der Rechtsfähigkeit nicht in Betracht.<sup>56</sup>

2. Verstirbt das Kind unmittelbar nach seiner Geburt, so werden hierdurch die rechtlichen Veränderungen nicht zunichte, welche durch seinen Eintritt in die Reihe der Rechtssubjekte entstanden. Hat z. B.

ziger Programmen de partu vivo non vitali progr. I—V Lipsae 1863—1866. von denen Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 n. 1 einen Auszug giebt. Seitdem haben sich die Meisten für Wächter erklärt. Es handelt sich um zwei Fragen: a) Ist eine unreife Geburt, die einen Augenblick lebte, Rechtssubjekt gewesen? Dies behaft Savigny und verneint Wächter. Es kommt hierbei vorzugsweise auf die Auslegung der l. 2 C. de postumis 6, 29 von Diocletian und Maximilian an: Uxor abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum juris evidentissimi est, vgl. § 1 J. de exhered. lib. 2, 13. Savigny versteht unter abortus eine todtgeborene Frühgeburt, Wächter aber mit Recht jede Frühgeburt, mag sie lebend oder todt zur Welt kommen. Dies entspricht dem römischen Sprachgebrauch, vgl. auch Gellius noctes atticae lib. 3 cap. 16. Nur bei dieser Auffassung hat das Reskript einen befriedigenden Sinn, denn wenn das Kind todtgeboren wäre, so käme es darauf nicht an, ob es Abortus war oder nicht. Es wäre schon um deswillen kein Rechtssubjekt, vgl. l. 129 D. de V. S. 50, 16. b) Es fragt sich weiter, ob, wie die ältere Ansicht annahm, die Geburt als unreif, oder nicht lebensfähig, oder Abortus anzusehen ist, welche nicht sechs Monate im Mutterleibe ausgetragen war. Auch dies entspricht den Quellen. In l. 12 D. de statu hominum 1, 5 berichtet Paulus libro 19 responsorum: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Dies heißt gewiß nicht: mit dem siebenten Monate kommt ein „lebendes“ Kind zur Welt, wie Savigny erklärt, sondern, wie Wächter annimmt, ein „lebensfähiges“ oder „reifes“ Kind. Also ist zu schließen, ein früher geborenes ist Abort, wenn es auch kurze Zeit lebte. Dieser Schluß wird sehr unterstützt durch die Ausführung von Paulus sent. II 9 § 1 und § 5, wonach der Mutter beim jus liberorum nur zugerechnet wird ein Kind „pleni temporis“ „septimo mense natus“. Savigny S. 208 führt aus, es liege kein Grund vor anzunehmen, daß, was hiernach für die Begünstigung der Mutter galt, auch für die Rechtsfähigkeit des Kindes gegolten habe. Dies ist aber allerdings der Fall. Denn wenn das Geborene Rechtssubjekt war, so wäre nicht zu begreifen, warum es nicht wie andere verstorbene Kinder der Mutter angerechnet werden sollte. Die Anrechnung zu Gunsten der Mutter geschah sogar leichter als die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt. Vgl. l. 135 D. de V. S. 50, 16.

5) l. 14 D. de statu hominum 1, 5 Paulus libro 4 sententiarum: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem. qui membrorum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. Vgl. l. 38 D. de V. S. 50, 16. Pernice, Laevo Bd. 1 S. 204.

6) Zusammengezwungene Zwillinge bilden zwei Personen. Beide sind rechtsfähig und handlungsfähig. Thatsächlich aber ist die Ausübung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten vielfach an die Mitwirkung des Zwillinges gebunden.

eine beim Tode ihres Mannes schwangere Wittwe einen Sohn geboren, welcher kurze Zeit nach der Geburt verstirbt, so wird die väterliche Erbschaft, welche dem Nachgeborenen angefallen ist, nicht etwa weiter den Erben des Vaters, z. B. dessen Geschwistern, deferirt. Vielmehr wird nunmehr in Folge des Todes des Kindes dessen Erbschaft eröffnet, in der sich der Nachlaß des Vaters befindet. Hierzu werden oft andere Personen berufen sein, wie wenn es sich um die Erbschaft des Vaters handelte. Es wird namentlich die Mutter Erbin ihres Kindes werden, während sie nicht oder nicht in gleichem Maße Erbin ihres Mannes geworden wäre.<sup>7</sup>

3. Da die Rechtsfähigkeit erst mit der Geburt beginnt, so scheint es folgerichtig, den Embryo im Mutterleibe als bloßen Theil der Mutter anzusehen.<sup>8</sup>

Dies wäre aber hart und unnatürlich. Daher haben schon die 12 Tafeln dem Embryo einen Antheil an der väterlichen Erbschaft vorbehalten, welche sich während seiner Existenz im Mutterleibe eröffnete.<sup>9</sup> Ferner gilt der Embryo als verwandt mit Blutsverwandten, die starben, während er im Mutterleibe ist, trotzdem daß der römische Begriff der Blutsverwandtschaft gleichzeitige Existenz voraussetzt.<sup>10</sup> Es kann auch dem Embryo ein Kurator ernannt werden.<sup>11</sup> Er hat wie private, so auch öffentliche Rechte. Um dies zu erklären, fingirten die römischen Juristen, daß der Embryo bereits Mensch sei. Die neueren drücken das durch den Spruch aus „nasciturus pro nato habetur.“<sup>12</sup>

7) l. 2, l. 3 in fine C. de postumis 6. 29.

8) l. 9 § 1 D. ad legem Falcidiam 35. 2 Papinianus libro 19 quaestionum . . . partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. l. 1 § 1 D. de inspiciendo ventre 25. 4 . . . partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum

9) l. 3 § 9, l. 6, l. 7 D. de suis et legitimis 38. 16, l. 3 pr. D. si pars hereditatis 5, 4, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 196 ff.

10) l. 3 D. de bon. poss. 37. 11.

11) Eine Verschiedenheit besteht in der Auffassung der l. 19 § 2 D. de test. tit. 26, 2 und der l. 28 D. de neg. gest. 3. 5.

12) Andere hierhergehörige Sätze führt auf l. 26 D. de statu hominum l. 5. In Zusammenhang steht auch der Satz, daß sich der Stand ehelicher Kinder nach dem des Vaters zur Zeit der Konzeption richtet. l. 7 § 1 D. de senat. l. 9. Der Stand unehelicher Kinder richtet sich nach dem der Mutter zur Zeit der Geburt. Sie haben im Rechtsinne keinen Vater, keine Konzeption.

12) l. 26 D. de statu hominum l. 5 Julianus libro 69 Digestorum. Es ist dies eine dogmatische Fiktion, nicht anders wie der Satz hereditas personam defuncti sustinet, d. h. der Erblasser gilt als noch fortexistirend, solange seine Erbschaft noch nicht angetreten ist. Daß man übrigens die Fiktion nicht bloß zum Zwecke der Annahme der Persönlichkeit des Embryo schuf, sondern auch für die

Doch diese Fiktion gilt nur für den Fall, daß der Embryo später lebendig geboren und Rechtssubjekt wird. Tritt also Todtgeburt oder Abortus ein, so können Dritte, z. B. die Mutter des Embryo, aus dieser Fiktion Rechte für sich nicht herleiten.<sup>13</sup>

4. Wer Rechte darauf stützt, daß ein Rechtssubjekt existirte, hat dessen Existenz nachzuweisen. Ebenso muß den Tod einer Person nachweisen, wer auf denselben Rechte stützt.<sup>14</sup> Kommt es ferner auf das Datum der Geburt oder des Todes eines Menschen für die Begründung eines Rechtes an, so hat auch dies zu erweisen, wer das Recht behauptet. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn ein Recht davon abhängig ist, daß die eine von zwei Personen früher geboren oder gestorben ist, als die andere.

Sind zwei Personen verstorben, ohne daß sich feststellen läßt, welche von beiden die andere überlebte, so steht folgerecht das Verhältniß so, als wären beide gleichzeitig verstorben. Hatten sie also gegenseitig Erbrechte, so gilt keines dieser gegenseitigen Erbrechte als realisirt.<sup>15</sup>

In der römischen Gerichtspraxis stellten sich für Personen, die

Verhältnisse von Sklavenkindern verwerthete, geht aus der l. 26 cit. hervor. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 446, siehe auch Goepfert, organische Erzeugnisse S. 172.

13) l. 231 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro singulari ad S. C. Tertullianum. Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur. aliis autem non prodest, nisi natus.

14) Ueber Leben und Tod eines Menschen kann ein Eid nach C.P.D. § 410 zugeschoben werden, sofern es sich um eine Thatsache handelt, welche der Delat wahrgenommen hat oder hätte wahrnehmen können. Hierüber und über einen etwaigen Ueberzeugungseid vgl. R.G. Bd. 8 S. 173.

15) l. 8, l. 9 § 3, l. 16, l. 17, l. 18 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 32 § 14 D. de don. int. vir. et uxorem 24, 1, l. 26 D. de mortis causa don. 39, 6. Wie verhält es sich, wenn jemand zwei unmündige Kinder hinterläßt, und dem letztversterbenden den Titius substituirt, falls beide Kinder in der Unmündigkeit versterben, so daß es aber ungewiß ist, welches Kind zuletzt verstarb? Die folgerechte Antwort scheint, daß Titius in solchem Falle nichts erhält, da er nicht nachweisen kann, auf wessen Nachlaß er Anspruch hat; so l. 35 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Die Absicht des Erblassers kann aber gewesen sein, daß Titius beide Erbschaften erhalten solle, wenn beide Kinder in der Unmündigkeit versterben. Dies nämlich dann, wenn sie gegenseitig Universalserben in Folge einer wechselseitigen Substitution oder nach Intestaterbrecht gewesen wären. Substituirt der Erblasser unter solchen Umständen den Titius dem jüngstversterbenden, so geschieht dies, weil er eben nur an den Fall denkt, daß beide Kinder zu verschiedenen Zeiten sterben. Es kam ihm in Wahrheit bei seiner Anordnung nicht darauf an, wer früher sterben werde, sondern darauf, daß beide in der Unmündigkeit sterben. Nach der Absicht des Erblassers muß Titius daher in solchem Falle beide Erbschaften erhalten, auch wenn ungewiß ist, welches Kind zuerst starb. So l. 9 pr. D. de rebus dubiis 34, 5.

in einer Gefahr, z. B. Schiffbruch, Kriegsgefahr, umfamen — i. g. Kommerorienten — Vermuthungen bezüglich des Ueberlebens fest, wenn dasselbe nicht zu ermitteln war. Sind nämlich Eltern mit unmündigen Kindern in einer Gefahr umgekommen, so gelten die Eltern als überlebend, sind aber Eltern und mündige Kinder in derselben Gefahr verstorben, so gelten die Kinder als überlebend.<sup>16</sup> Die Gefahr muß dieselbe sein. Stirbt daher die Mutter im Wochenbette und das Kind bald nach der Geburt, so ist die Präsumtion unanwendbar; denn die Gefahr für Mutter und Kind war eine verschiedene.<sup>17 18</sup>

5. Die Frage der Existenz eines Menschen hat allgemeine Bedeutung; sie ist für die mannigfachsten Beziehungen des öffentlichen und privaten Rechtes wichtig.

Deshalb bildete sich die öffentliche Beurkundung der Geburtsfälle und der Sterbefälle aus. Bis in die neueste Zeit geschah sie vorzugsweise durch die Geistlichen, wenn auch unter Staatsaufsicht. Seit dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 ist sie ausschließlich Staatssache und geschieht durch die Standesbeamten mittels Eintragung in die von ihnen geführten Bücher. Die Angaben dieser Bücher sind zunächst maßgebend. Den Betheiligten steht aber frei, die Existenz eines Menschen darzuthun, über welchen die Bücher der Standesbeamten nichts enthalten, und die Nichtexistenz oder den Tod dessen nachzuweisen, welcher nach den Büchern als lebend erscheint. Hierzu stehen alle Beweismittel offen.

6. In Rom endete die Persönlichkeit nicht bloß durch den Tod sondern auch durch *capitis deminutio*. Dieselbe war *maxima*, wenn sie auf dem Verlust der Freiheit, *media*, wenn sie auf dem Verlust des

16) I. 9 § 4, I. 22, I. 23 D. de rebus dubiis 34. 5, I. 26 pr. D. de pactis dotalibus 23, 4. Die Präsumtion ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung präsumtiv der Willensmeinung des Testators widerspricht, dessen Erbe festzustellen ist. Dies ist namentlich anzunehmen, wenn der Testator die Herausgabe seiner Erbschaft an einen Dritten für den Fall anordnet, daß sein Erbe ohne Kinder versterben werde, und wenn dieser Erbe mit seinem mündigen Sohne in einer Gefahr umfam, ohne daß zu ermitteln ist, wer den anderen überlebte. I. 18 § 7 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

17) Mühlenthaler im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 412 will die Präsumtion zu Gunsten der Mündigen auch zur Anwendung bringen, wenn es sich nicht um Ascendenten und Descendenten handelt, also stets, wenn Mündige und Unmündige in einer Gefahr versterben. Dies ist willkürlich und hat keinen Anklang gefunden.

18) Arndts § 27 Anm. 1 scheidet davon ab, daß die mehreren in einer Gefahr versterben. Die von ihm angeführte I. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 be weist aber nichts für ihn.

Bürgerrechtes, *minima*, wenn sie auf dem Verlust der bisherigen Familienstellung beruhte.<sup>19</sup>

Das gemeinsame war, daß die bisherige Persönlichkeit für das Privatrecht als vernichtet galt.<sup>20</sup> Bei der *capitis deminutio media* erhielt aber der deminuirte eine neue Persönlichkeit, wenn auch schlechterer Art als bisher; bei der *minima* gewann der deminuirte häufig sogar eine vortheilhaftere Rechtsstellung, als er vordem besaß. Insbesondere gilt dies im Fall der Emancipation.

Manche leugnen, daß die *capitis deminutio* in allen Fällen Vernichtung der Persönlichkeit sei. Sie halten dies für unvereinbar damit, daß der deminuirte bei *media* und *minima* Person bleibt. Und doch ist es eine ganz naturwüchsige Auffassung, daß ein Mensch, welcher in neuer Familienstellung mit neuem Namen auftritt, als ein anderer gilt als früher.

Für das gemeine Recht hat die Lehre der *capitis deminutio* keine Bedeutung. Der Verlust der Freiheit findet sich nicht mehr; der Verlust des Bürgerrechtes berührt die Privatrechte nicht; die *capitis deminutio minima* hatte schon im jüngsten römischen Rechte materielle Rechtswirkungen nicht mehr und ist daher dem gemeinen Rechte fremd geblieben.

#### § 51. Lebenspräsumtion. Todeserklärung.<sup>1</sup>

Die ältere gemeinrechtliche Doktrin stellte für Fälle, in welchen Leben oder Tod eines Menschen ungewiß ist, eine *Lebenspräsumtion* auf.<sup>2</sup> Die Glossatoren setzten sie im Anschluß an Aeußerungen römischer Quellen auf 100 Jahre;<sup>3</sup> in Deutschland verkürzte man die Präsumtion mit dem siebzehnten Jahrhundert, gestützt auf den 90. Psalm,

19) l. 11 D. de cap. min. 4, 5.

20) Gaj. Inst. III §§ 135, 151, l. 56 D. de usufructu 7, 1. Vergl. Scheurl Beiträge Bd. 1 S. 235, Pernice Labeo Bd. 1 S. 172. Andere Ansichten vertreten Savigny Bd. 2, S. 60 ff., Cohn Beiträge Bd. 1 Heft 2 S. 44.

1) Eine mustergültige Bearbeitung dieser Lehren ist die von Brunß Verschollenheit in Bickers Jahrbuch Bd. 1 n. 5.

2) Dem römischen Rechte waren derartige Präsumtionen nicht bekannt. Die freie Beweisstheorie, welche in Rom nicht bloß theoretisch anerkannt, sondern auch praktisch geübt wurde, ließ das Bedürfnis solcher Präsumtionen nicht empfinden. Reichle doch je nach Umständen aus, daß „consentientis fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem,“ vgl. Brunß a. a. D. S. 92 ff.

3) Glosse *liquerit* zu l. 2 § 4 D. quem admodum aperiantur test. 29, 3: *nonne quilibet praesumitur vivere etiam usque ad centum annos, nisi probetur mortuus?* vgl. l. 56 D. de usufr. 7, 1. Wann die „fama“ zum Beweis des Todes genüge, erörtert bereits die Glosse und weiter Bartolus zur l. 2 § 4 cit.

auf 70 Jahre.<sup>4</sup> Die neuere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis hat jedoch die Präsumtion für das Leben nicht festgehalten.<sup>5</sup>

Ein Präsumtion für den Tod entsteht durch gerichtliche Todeserklärung in Folge der Verschollenheit. Verschollen sind Menschen, von deren Leben oder Tod in ihrem letzten Domicil ungewöhnlich lange Zeit keine Kunde einlief.

Die Behandlung der Verschollenheit in Deutschland war in älterer Zeit überwiegend die, daß die Präsumtiverben des Verschollenen auf Antrag in dessen Habe eingewiesen wurden, aber gegen Kaution für den Fall seiner Rückkehr. Verfloß dann eine gewisse Zeit, ohne daß der Verschollene zurückkehrte, so erklärte man ihn gerichtlich für todt und stellte die Kaution zurück. Der Nachlaß kam nach diesem System an die Präsumtiverben der Zeit der Einweisung — *successio ex tunc* — und nicht an die Personen, welche etwa zur Zeit der Todeserklärung nächste Erben gewesen wären — *successio ex nunc*. In Folge des Einflusses des römischen Rechtes behandelte man später das Verhältniß der eingewiesenen Präsumtiverben nur als anomale Vormundschaft. Und derzeit tritt in Deutschland bis zur Todeserklärung meist nur die gewöhnliche Kuratel über Abwesende ein.<sup>6</sup>

Lange Dauer der Verschollenheit berechtigt die Interessenten zum Antrage auf Todeserklärung.

1. Man unterscheidet zwei Systeme, nämlich das s. g. sächsische und das s. g. schlesische.<sup>7</sup>

a) Nach dem sächsischen Systeme ist der Antrag auf Todeserklärung zulässig, wenn der Verschollene das siebenzigste Lebensjahr vollendet hätte.

Viele betrachten dieses System als das gemeinrechtliche, jedoch ohne durchschlagende Gründe.

b) Nach dem schlesischen Systeme muß die Verjährungszeit seit der letzten Kunde abgelaufen sein. Und zwar fordert

4) Zuerst nahm Menochius de probat. II. 8 auf den 90. Psalm Bezug, Bruns a. a. D. S. 125. Wie dies dann für die Praxis maßgebend wurde, siehe bei Bruns S. 148 ff.

5) Die Lebenspräsumtion, welche die ältere Doktrin aufgestellt hatte, an welche sich der Gerichtsgebrauch angeschlossen, wurde durch die neuere Doktrin bekämpft, in deren Gefolge sich ein neuer Gerichtsgebrauch bildete. Der Angriff von Cropp insbesondere in Heise und Cropp juristische Abhandlungen Bd. 2 n. 5, hat entschiedenen Einfluß auf die Praxis gehabt, vgl. die Ausführungen von Bruns a. a. D. S. 195 und bei Roth deutsches Privatrecht Bd. 1 § 61 S. 367. Die Lebenspräsumtion halten jedoch fast Bruns a. a. D. S. 193, Stobbe § 38 Anm. 22, Windscheid § 53 Anm. 2. Sie ist in mehr oder minder weitem Umfang in Partikularrechten sanktioniert.

6) Bruns a. a. D. S. 133, Stobbe Bd. 1 § 38.

7) Bruns a. a. D. S. 140 ff.

man ursprünglich 30 Jahre. Neuere deutsche Gesetze begnügen sich mit 10 Jahren.<sup>8</sup>

Zum Antrage auf Todeserklärung sind die Blutsverwandten, der Ehegatte des Verstorbenen, sein Vertragserbe, der Abwesenheitskurator und der Fiskus befugt.

Das zuständige Gericht ist dasjenige des letzten Domiciles des Erblassers. Das Gericht ist nicht auf die Angaben des Antragstellers verwiesen, es hat von Amtswegen Schritte zur Aufhellung des Thatbestandes zu thun. Namentlich erläßt es Ediktalien, durch welche der Verschollene aufgefordert wird, Nachricht von sich zu geben.

2. Die gerichtliche Todeserklärung wirkt nicht bloß zu Gunsten der Partei, welche das Verfahren betrieben hat. Sie stellt den Tod für und gegen alle fest. Hätte z. B. der Intestaterbe die Verschollenheitserklärung betrieben, und es fände sich nach derselben ein Testament, so würde der Testamentserbe befugt sein, die Erbschaft für sich in Anspruch zu nehmen.

Die Todeserklärung greift in die Familienstellung des Verschollenen wie in dessen Vermögensverhältnisse ein. Die väterliche Gewalt gilt als erloschen. Auch die Ehe des Verschollenen ist als gelöst anzusehen, mag nun der zurückgebliebene Ehegatte oder ein Dritter die Todeserklärung betrieben haben.<sup>9</sup>

3. Streitfrage ist beim sächsischen Systeme, ob der Verschollene als todt gilt vom Augenblicke der Rechtskraft des Verschollenheitserkenntnisses oder rückwärts hin von der Vollendung des 70. Lebensjahres. Es fragt sich also, ob das Todeserkenntniß

8) Vgl. Bruns a. a. D. S. 154. Dies System findet sich zuerst in einem Reskripte des Kaisers Mathias an den Rath der Stadt Görlitz von 1616.

9) Für den Staat gilt der gerichtlich für todt erklärte als todt, auch in Ehesachen. Wie käme der Standesbeamte oder der Richter dazu, anderen Beweis des Todes des Ehegatten zu fordern, nachdem die gerichtliche Todeserklärung den Tod festgestellt hat. Welches Gewicht das kirchliche Ehegericht auf die gerichtliche Todeserklärung legen will, ist dessen Sache, berührt aber derzeit das Recht nicht mehr. So auch Scheurl Eherecht S. 270, Stobbe Bd. 1 § 38 Anm. 34. Dagegen u. a. P. Hinrichs Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes S. 119 Anm. 8, Sicherer Personenstand S. 218 ff., Roth D.P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 137 Roth führt folgendes aus: „Die Bestimmung des Reichsgesetzes v. 6. Februar 1875 § 34: Niemand darf eine neue Ehe schließen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst, für ungültig oder für nichtig erklärt ist, schließt, wo nicht das Landesgesetz ausdrücklich das Gegentheil bestimmt, die Einwirkung der Todeserklärung auf den Bestand der Ehe aus.“ Doch das Reichsgesetz spricht sich darüber nicht aus, wann eine Ehe aufgelöst ist, und entscheidet namentlich nicht, unter welchen Umständen der Tod des Ehegatten als erwiesen gilt. Ließe aber das Reichsgesetz diese Fragen, wie Roth annimmt, nicht offen, dann fielen auch eine ausdrückliche Bestimmung des Landesgesetzes ihm gegenüber nicht in das Gewicht.

konstitutiv oder deklaratorisch wirkt, oder, wie man auch in Bezug auf diese Frage sagt, ex nunc oder ex tunc.

Die deklaratorische Natur der gerichtlichen Todeserklärung würde sich rechtfertigen, wenn das Ueberschreiten des 70. Lebensjahres eine Präsumtion des Todes bildete. Aber eine Präsumtion bestand nach der älteren Doktrin nur für das Leben bis zum 70. Jahre; von da ab war die Frage der Existenz des Verschollenen eine offene. Es ist nicht zu leugnen, daß man das Ueberschreiten des 70. Lebensjahres zeitweise auch als Todespräsumtion verwerthete und den Verschollenen von da ab pro mortuo erklärte. Aber daß dies feste Wurzeln schlug, ist nicht bewiesen; die Entwicklung ging vielmehr dahin, daß zwar der Antrag auf Todeserklärung erst nach Vollendung des 70. Lebensjahres des Verschollenen zulässig ist, daß aber die Todespräsumtion erst auf Grund des gerichtlichen Verfahrens mit dem Urtheil eintritt.<sup>11</sup>

4. Das gerichtliche Erkenntniß begründet nur die Präsumtion des Todes des Verschollenen. Diese Präsumtion verliert ihre Kraft, sowie der wahre Thatbestand aufgestellt wird. Es bedarf hierzu keines neuen Erkenntnisses.

Der für todt erklärte kann daher, wenn er sich als lebend legitimirt, das ihm gehörige von denjenigen fordern, in deren Hand es ist. Es ist ihm eine Universalklage nach Analogie der Erbschaftsklage gegen diejenigen nicht zu verweigern, welche sein Vermögen als seine Erben in Besitz nahmen.<sup>12</sup>

Erweist sich der für todt erklärte als lebend, so ergiebt sich damit auch der Fortbestand seiner Ehe mit dem zurückgebliebenen Ehegatten. Hatte dieser sich aber in Folge der Todeserklärung wieder verheirathet, so war die neue Ehe wenigstens nach protestantischem Eherechte gültig. Mit ihrem Abschlusse löste sich seine Ehe mit dem Verschollenen; denn niemand kann in einer Doppelsehe stehen. Die Rückkehr des für todt erklärten kann hieran nichts ändern.

10) Bruns a. a. D. S. 176.

11) Für die bloß deklaratorische Natur der gerichtlichen Todeserklärung sind freilich die meisten Schriftsteller, insbesondere Bruns a. a. D. S. 199, Stobbe Bd. 1 § 38 Anm. 42, Windscheid Bd. 1 § 53. Die Gegenansicht vertrat Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. 1 S. 342. Er fand vielfach Anklang auch in der Praxis, vgl. Bruns a. a. D. S. 199, Roth D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 119 ff.

12) Der unredliche Besizer hat hiernach zu restituiren, was er in Besitz nahm, der redliche Präsumtiwerbe haftet auf die Bereicherung, vgl. Roth D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 140 ff.

## B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der natürlichen Personen.

## § 52. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene.

Die oberste Eintheilung der Menschen in Rom war diejenige in Freie und in Sklaven.<sup>1</sup> Sklaven galten als Sachen. Das gemeine Recht kennt keine Sklaverei.<sup>2</sup>

Des weiteren theilte man die Menschen ein in gewaltfreie — *sui juris* — und in gewaltuntergebene — *alieni juris*.<sup>3</sup> In der älteren römischen Zeit beruhte hierauf die Gliederung der bürgerlichen Gesellschaft. Der Hausvater bildete mit den Seinen, d. h. mit der Frau in manu, mit den Hauskindern in der patria potestas, mit den Sklaven in der dominica potestas und mit Freien in sklavenähnlichem Dienstzustande — *mancipium* — einen besonderen Staat im Staate. Im justinianischen Rechte, in dem sich die Gewalt nur noch auf Sklaven und auf Hauskinder bezog, ist dies sehr abgeschwächt. Im gemeinen Rechte sind nur noch die Hauskinder in der Gewalt des Hausvaters bis zu ihrer wirthschaftlichen Selbständigkeit. Diese Gewalt hat mehr den Charakter einer väterlichen Vormundschaft als denjenigen eines Herrenrechtes.

Die Hauskinder erwarben nach altrömischem Rechte allen ihren Erwerb ihrem Vater.<sup>4</sup> Nach justinianischem Rechte erwerben sie alles für sich, was sie nicht a patre oder ex re patris erwerben.

Hauskinder können Verpflichtungen selbständig übernehmen, sofern sie großjährig sind,<sup>5</sup> aber zur Aufnahme von Darlehen bedürfen sie

1) pr. J. de jure personarum 1, 3. Gaj. Inst. I § 9.

2) l. 32 de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Ueber die Milderungen vgl. Adolf Schmidt die Persönlichkeit des Sklaven 1868, Pernice Labeo Bd. 1 S. 113.

3) pr. J. de his, qui sui vel alieni juris 1, 8. Gaj. Inst. I § 48.

4) Vom Rechtsstandpunkte aus war der Hausvater ausschließlicher unumschränkter Eigenthümer des Vermögens, welches er und seine Untergebenen durch Arbeit, Erbschaften, Glücksfälle erwarben. Daneben lief eine volksthümliche Auffassung, welcher besonders Paulus Ausdruck giebt, wonach dieses Vermögen dem Vater und seinen Kindern gemeinsam war. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses wurde durch diese Auffassung an und für sich nicht berührt. Es ist nicht richtig, von einem „fiduciarischen“ Eigenthume des Vaters zu sprechen. Dies ist ebensowenig zutreffend wie die Annahme eines bloß fiduciarischen Eigenthums des Mannes an der Dos, obgleich dieselbe nach volksthümlicher Betrachtung der Frau gehörte. Es läuft eben, wie oft im römischen Rechte, neben der juristischen eine naturalistische Vorstellung her. Damit steht nicht im Widerspruch, daß dieselbe zu einzelnen positiven Rechtsbestimmungen führte; vgl. l. 7 pr. D. de bonis damnat. 48, 20. l. 11 D. de lib. et post. 28, 2, Pernice Labeo Bd. 1 S. 109.

5) Für das klassische römische Recht steht die Verpflichtungsfähigkeit der mündigen Hauskinder fest l. 39 D. de obl. et act. 44, 7, l. 141 § 2 D. de V. O.

in Folge des S. C. Macedonianum der väterlichen Genehmigung. Großjährige Hauskinder sind selbständig prozeßfähig.<sup>6</sup>

### § 53. Die Altersstufen. Römisches Recht.<sup>1</sup>

Nur allmählig erwirbt der heranwachsende die Einsicht, wie auch die Reife des Charakters, welche zur rechtlichen Verfügung erforderlich ist. Dabei ist die Entwicklung der Individuen eine verschiedene, da der eine früh reift, der andere zurückbleibt. Billigkeit scheint die Berücksichtigung der individuellen Entwicklung zu fordern. Das praktische Bedürfnis und die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs drängen auf Durchschnittszahlen. Die Durchschnittszahl muß das maßgebende werden; die Berücksichtigung des Individuellen läßt sich aber nie ganz ausschließen.

1. Die entscheidende Altersgrenze war nach altem römischem Rechte die Pubertät.

Männer galten ursprünglich als *puberes* — Mündige — mit Annahme der *toga virilis*, wobei die Sitte, die Meinung der Familie, die individuelle bürgerliche und geistige Reife bezüglich des Zeitpunktes in das Gewicht fielen. Die *Prokulejaner* und nach ihnen Justinian entschieden sich für die feste Altersgrenze des vollendeten 14. Jahres. Weiber wurden von jeher mit vollendetem 12. Jahre mündig.<sup>2</sup> Man unterschied unter den *impuberes*:

45, 1. Ob sie im älteren Rechte anerkannt war, ist bestritten und zweifelhaft, vgl. dagegen *Mandry Familiengüterrecht* Bd. 1 S. 340, dafür *Fernice Labeo* Bd. 1 S. 105. In der klassischen Kaiserzeit konnten die Hauskinder aus ihren Schulden verklagt und verurtheilt werden. Es fragt sich aber, ob das Urtheil gegen sie vollstreckbar war. Vermögen hatten sie keines, die Möglichkeit der Exekution gegen ihre Person stellen viele in Abrede, — insbesondere *Mandry Familiengüterrecht* Bd. 1 S. 103 — wegen der Kollision mit dem väterlichen Rechte. Das richtige ist folgendes: dem Gläubiger stand gegen das verurtheilte Hauskind die Personal-*exekution* offen, der Hausvater konnte aber *interveniren*. Er hatte namentlich gegen den Gläubiger das *interdictum de liberis exhibendis*, vgl. l. 1 § 2 D. de liberis exhibendis 43, 30. Harte Väter verderbter Söhne intervenirten oft nicht; waren vielmehr zufrieden, wenn ihr Hauskind in der Schuldrechtspflicht bleiben mußte. Aus einer solchen Situation ging wahrscheinlich der *Vatermord* des *Macedo* hervor, welcher zum Verbot der Darlehne an Hauskinder ohne väterliche Genehmigung führte. Vgl. l. 1 D. de S. C. Macedon. 14, 6.

6) C. P. D. § 51 Abs. 2. In Rom fehlte dem Hauskinde grundsätzlich das Klagerrecht, das Bedürfnis führte aber zu zahlreichen Ausnahmen. Zuerst gewährte der Prätor den Hauskindern Klagen wegen ihnen angethaner Injurien, sofern der Vater abwesend und unvertreten war; l. 17 § 10 D. de injuriis 47, 10; vgl. *Lenel edictum* S. 324. Andere Fälle erwähnt l. 18 § 1 D. de jud. 5, 1, l. 19 D. depositi 16, 3, l. 9 D. de obl. et act. 44, 7, l. 17 D. de reb. cred. 12, 1, vgl. *Fernice Labeo* Ab. 1 S. 160.

1) Eine gründliche Darstellung giebt *Fernice Labeo* Bd. 1 S. 206.

2) In der klassischen Kaiserzeit entwickelten sich drei verschiedene Ansichten. Ulp.

a) die *infantes*, Kinder, Personen bis zum vollendeten 7. Jahre. Sie sind unfähig, sich durch eigene Handlungen zu berechtigen oder zu verpflichten. Singulärerweise können sie Besitz durch Tradition erwerben.<sup>3</sup>

b) die *impuberes infantia majores*. Sie sind im Stande, sich durch eigene Handlungen zu berechtigen. Veräußern und sich durch Geschäfte verpflichten können sie nur unter Autorität ihres Tutors.

Alle *impuberes* werden aber *re* verpflichtet, durch Ereignisse die ohne den Willen des betreffenden obligatorische Verpflichtungen erzeugen.

Die *impuberes* sind unfähig der Ehe und der Errichtung eines Testaments.

c) Für die Frage, ob sich Unmündige durch Delikte verbinden, kommt das Maß ihrer Einsicht in Betracht. Denn ohne Zurechnung besteht keine Verschuldung, ohne Verschuldung kein Delikt. Dieser Gedanke war freilich dem alten römischen Rechte fremd. Die zwölf Tafeln belegten den unmündigen Dieb mit Strafe, wenn auch mit einer leichteren als den Mündigen. Seit der hadrianischen Zeit aber erklärte man für deliktfähig nur *pubertati proximi*, d. h. Unmündige, welche sich der Pubertät näherten und im gegebenen Falle Einsicht in die Strafbarkeit ihrer Handlung hatten.<sup>4</sup>

2. Minderjährige — *minores XXV annis* — wurden in Rom erst nach dem zweiten punischen Kriege von anderen Mündigen unter-

fragm. XI § 21: *Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculejani autem eum, qui XIV annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum.* Die Mittelmeinung des Priscus wurde die herrschende; Justinian aber verwarf sie, *pr. J. quibus modis tutela finitur* 1, 22.

3) Ursprünglich galt als *infans* nur, wer nicht sprechen konnte; auf Einsicht in die Worte kam es nicht an, vgl. *Gaj. Inst. III § 109*. In der klassischen Kaiserzeit galt dies noch beim Testamentserwerb *l. 9 D. de a. vel o. her. 29, 2* Paulus libro 2 ad Sabinum. *Pupillus, si dari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intelligat . . . cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest.* Dies war damals zur Ausnahme aus Billigkeit geworden. Als die regelmäßige Grenze galt bereits das siebente Lebensjahr. *l. 1 § 2 D. de adm. et peric. tut. 26, 7* — Ulpianus. — Ueber den Besitzwerb der *infantes* ist in der Lehre des Besitzes zu sprechen.

4) Zur Zeit des Labeo unterschied man nach den Delikten. Unmündige hafteten wegen Diebstahls und aus der *lex Aquilia* wegen Sachbeschädigung; wegen Beihilfe zum Diebstahl und *dolus* hafteten sie nicht, *l. 5 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9, 2. l. 23 D. de furtis 47, 2, l. 13 § 1 D. de dolo 4, 3*. Das neue Princip hat namentlich Julian vertreten *l. 4 § 26 D. de doli mali exc. 44, 4*; das alte, wonach man die Art des Deliktes unterschied, wurde damit nicht ganz verdrängt. Es ließ sich mit dem neuen bis zu einem gewissen Grad vereinigen. Die Entwicklung hat Pernice a. a. O. 216 aufgehehlt.

schieden. In jener Zeit bedrohte die *lex Plaetoria* die Uebervortheilung Minderjähriger mit Strafe, verstattete auch den Minderjährigen, sich einen Kurator zur Verwaltung ihres Vermögens zu erbitten.<sup>5</sup> Diejem ersten Schritte folgten andere, tiefer greifende:

a) der Prätor versprach den Minderjährigen in *integrum restitutio* — Wiederherstellung in den früheren Stand — falls sie durch Leichtsinn oder Unerfahrenheit einen Rechtsnachtheil erlitten hätten.<sup>6</sup> Ihre Rechtshandlungen waren also an sich gültig, aber der Prätor entzog denselben, wenn jene Voraussetzungen zutrafen, auf Antrag die Geltung.

b) Seit Mark Aurel nöthigte man die Minderjährigen indirekt aber nachdrücklich dazu, sich selbst zur Verwaltung ihres Vermögens Kuratoren zu erbitten.<sup>7</sup> Die Kuratoren nahmen das Vermögen des Minderjährigen an sich und wahrten es damit thatsächlich. Die Fähigkeit der Minderjährigen, zu veräußern und sich durch Verträge zu verpflichten, wurde durch ihre Stellung unter Kuratel nicht berührt.<sup>8</sup> Aber es blieb ihnen die Restitution offen, wenn sie verletzt waren.

c) Diokletian erklärte schließlich die Minderjährigen unter Kuratel für veräußerungsunfähig, da sie entmündigten Verschwendern gleichzuhalten seien. Darin liegt, daß sie sich auch durch Verträge nicht zu vermögensrechtlichen Leistungen verbinden können, sofern sie durch deren Abschluß nicht ihre pekuniäre Lage verbessern.<sup>10</sup>

5) Die *lex Plaetoria* wurde zur Zeit des Plautus erlassen. *Pseudolus* l. 3. 69: *lex me perdit quinavicenaria: metuunt credere omnes*. Ueber den Inhalt vgl. Rudorff *Rechtsgeschichte* Bd. 1 § 40, aber auch Thering *Geist* Bd. 3 Abth. 1. 3. Aufl. S. 120 und Pernice *Labes* Bd. 1 S. 227, insbesondere über den platorischen Kurator.

6) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4.

7) pr. J. de curatoribus 1, 23. § 2 J. eod. *inviti adulescentes curatorem non accipiunt, praeterquam in litem*. l. 13 § 2 D. de tut. et cur. 26. 5. 1. 2 § 5 D. qui petant tutores 26, 6. Kuratoren waren gleichwohl Regel l. 1 § 3 D. de min. 4, 4. Dies namentlich um deswillen, weil die Tutoren das von ihnen verwaltete Mündelvermögen nicht an den Minderjährigen selbst, sondern nur an einen Kurator desselben herauszugeben hatten.

8) l. 101 D. de V. O. 45, 1. *Modestinus libro 4 de praescriptionibus*. *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*.

9) l. 3 C. de in integrum restitutione 2, 21. *Si curator habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est, si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis*.

10) Die früher herrschende Ansicht ging dahin, daß wie die Veräußerungen, so auch die Verpflichtungen des Minderjährigen ohne Vormund nichtig waren. Neuerdings aber wollen viele die in Ann. 8 und 9 abgedruckten Stellen, nämlich l. 101 D. de V. O. und l. 3 C. de in integrum restitutione durch die Annahme

Nunmehr bestand ein Unterschied in der Handlungsfähigkeit unbewormundeter und bewormundeter Minderjähriger. Minderjährige ohne Kuratoren waren veräußerungs- und verpflichtungsfähig, konnten aber restituirt werden. Minderjährige mit Kuratoren konnten durch ihre Willensakte nicht veräußern noch auch sich verbinden, bedurften daher gegen dieselben keiner Restitution.

Alle mündigen Minderjährigen waren ehefähig und testamentfähig ohne Unterschied, ob sie unter Kuratoren standen oder nicht.

#### § 54. Altersstufen. Gemeines Recht.

Einen folgerechten Abschluß hatte die Lehre von der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen im römischen Rechte nicht gefunden. Sie erhielt denselben im gemeinen Rechte.

Die Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 31 § 1 verordnete: daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollten. In dieser Gleichstellung fand die Praxis den Willen des Gesetzgebers, daß die Minderjährigen überhaupt hinsichtlich des Verkehrsrechtes nicht anders behandelt werden sollten wie Pupillen. Dies wurde auch auf solche Minderjährige angewendet, die nicht unter Vormundschaft, sondern unter väterlicher Gewalt standen oder einen Vorstand entgegen dem Willen des Gesetzes nicht hatten.<sup>1</sup>

In Folge dessen war die Dauer der Minderjährigkeit bis zum vollendeten 25. Lebensjahre wenig zweckmäßig. Das Reichsgesetz vom

vereinigen, daß die Minderjährigen zwar zum selbständigen Abschluß von Veräußerungsgeschäften unfähig seien, nicht aber zur selbständigen Eingehung von Verpflichtungen anderer Art. Wie unzweckmäßig und unpraktisch dies wäre, hat Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 347 gezeigt. Aber die Vereinigung wird auch der l. 3 cit. nicht gerecht. Denn in diesem Reskripte entscheidet der Kaiser zwar zunächst nur, daß der Kaufvertrag, um den es sich im gegebenen Falle handelt, ungültig sei; aber er stützt diese Entscheidung auf den Grundsatz, daß Minderjährige, welche einen Kurator haben, interdiciten Verschwendern gleichzuhalten seien. Dies ist die im Reskript enthaltene Rechtsnorm. Aus ihr folgt, daß der bewormundete Minderjährige regelrecht ebensowenig selbständig verpflichtungsfähig wie veräußerungsfähig ist. Was die l. 101 cit. angeht, so ist sie unter der Herrschaft eines ganz anderen Rechtszustandes geschrieben, als derjenige ist, den das Reskript Diokletians feststellt. Es kann sich also nur fragen, wie sie in der Compilation mit der l. 3 C. cit. zu vereinigen ist. Von diesem Standpunkte aus hat es aber kein Bedenken, wie Ihering a. a. O. thut, das Hauptgewicht auf das Wort „possunt“ zu legen. Minderjährige können sich verpflichten, d. h. unter denselben Umständen wie entmündigte Verschwender, wenn sie dadurch ihre Lage verbessern. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Marejoll in Lindes Zeitschrift, Bangerow Bd. 1 § 291 Anm. 2, Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 696 ff., Huische in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 311.

1) Vgl. R.D.S.G. Bd. 6 S. 360.

17. Februar 1875 setzte die Grenze in das vollendete 21. Lebensjahr. Der jetzige Rechtszustand ist hiernach folgender:

1. Kinder — infantes, d. h. Personen, die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind in Gemäßheit des römischen Rechtes unfähig, sich zu berechtigen und sich zu verpflichten.

2. Zwischen Unmündigen und anderen Minderjährigen besteht bezüglich des Verkehrsrechtes ein Unterschied nicht. Die Minderjährigen beider Kategorien sind also unfähig, ihr Vermögen selbständig durch Rechtsgeschäfte zu vermindern, sie sind nicht prozeßfähig.<sup>2</sup>

Bezüglich der einseitigen letztwilligen Verfügungen hat dagegen die Praxis die Unterschiede des römischen Rechtes festgehalten. Unmündige sind zu ihrer Vornahme unfähig, mündige Minderjährige fähig.

Die Ehemündigkeit trat gemeinrechtlich in Folge des römischen und kanonischen Rechtes mit der Mündigkeit ein. Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 hat jedoch die Ehemündigkeit bei Männern auf das vollendete 20., und bei Weibern auf das vollendete 16. Jahr gesetzt. Dispensation ist vorbehalten und ermöglicht die Berücksichtigung besonderer Fälle.

Wegen strafbarer Handlungen, welche ein Minderjähriger vor dem vollendeten achtzehnten Lebensjahre beging, tritt öffentliche Strafe nicht ein, wenn er die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit nöthige Einsicht nicht besaß.<sup>3</sup> Folgerecht muß er sich hierauf auch berufen können, wenn er civilrechtlich wegen seiner vor dem vollendeten achtzehnten Jahre begangenen Delikte auf Schadenersatz belangt wird.

3. Minderjährige können auf ihren Antrag für großjährig erklärt werden, wenn dies ihrer Individualität und den Umständen entsprechend scheint.<sup>4</sup>

Die Großjährigkeitserklärung — *venia aetatis* — geschieht in Rom durch den Regenten; in Deutschland geschieht sie durch das zuständige Vormundschaftsgericht. Die Großjährigkeit tritt durch Zustimmung des gerichtlichen Beschlusses an den bisher Minderjährigen ein.<sup>5</sup> Erfordert ist bei Männern Vollendung des zwanzigsten, bei Weibern des achtzehnten Jahres.<sup>6</sup>

2) C. P. D. § 51 Abs. 1.

3) Strafgesetzbuch § 56.

4) Tit. Cod. de his qui veniam aetatis 2, 44.

5) R. D. S. G. Bd. 6 S. 318.

6) I. 2 C. h. t. 2, 44.

Die Bevormundung hört mit der Großjährigkeitserklärung auf; der für großjährig erklärte ist veräußerungs- und verpflichtungsfähig;<sup>7</sup> die Veräußerung seiner Immobilien bleibt aber an die gerichtliche Genehmigung gebunden.<sup>8</sup>

### § 55. Rechtsstellung der Frauen.

Der Mensch gehört dem männlichen oder dem weiblichen Geschlechte an. Zwitter, d. h. Personen, die zugleich Mann und Weib sind, giebt es nicht. Nur der Anschein eines Doppelgeschlechtes kann bestehen. Je nach seiner physischen Beschaffenheit ist der anscheinende Zwitter Mann oder Weib.<sup>1</sup>

Der Mann gehört dem öffentlichen Leben an, der Beruf der Frau weist sie auf das Haus. Zahlreiche öffentliche Rechte und Pflichten, die dem Manne zukommen, hat daher die Frau nicht. Damit steht in Verbindung, daß Frauen zur Führung einer Vormundschaft nicht verpflichtet und in der Regel auch nicht befugt sind; nur die Mutter wird zur Vormundschaft über Kinder und Enkel zugelassen. Der Mangel politischer Rechte war ferner der Grund der Unfähigkeit der Frauen zum Zeugniß bei Testamenten. Selbst die Verbote, wonach Frauen nicht intercediren dürfen, insbesondere das S. C. Vellejanum, werden von den Römern darauf zurückgeführt, daß Frauen dem öffentlichen Leben fern stehen, denn die Intercessionen, d. h. der Eintritt in die Schulden dritter, um diesen Kredit zu verschaffen, galten in Rom als bedingt durch die öffentliche Stellung des Mannes und durch die Beziehungen, welche diese veranlaßte.<sup>2</sup>

Viel weiter noch hatte das ältere römische Recht die Frauen zurückgesetzt, vorzugsweise um die Vermögen dem Mannesstamme — den Agnaten — zu erhalten. Dies war in der klassischen Kaiserzeit abgeschwächt, aber noch nicht beseitigt. Noch standen die Frauen regelmäßig unter Tutel.<sup>3</sup> Ferner beerbten die Agnatinnen in der Erbklasse

7) Die restitutio in integrum ist ausgeschlossen l. 1 C. h. t. 2, 44.

8) l. 3 C. h. t. 2, 44.

1) l. 10 D. de statu hominum 1, 5 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Quae-ritur hermaphroditum, quem comparamus? Et magis puto ejus sexus aesti-mandum, qui in eo praevallet.

2) l. 2 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Feminae 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.

3) Die Tutel über die Frauen stellt Kell Institutionen S. 243 dar.

der Agnaten nur ihre Geschwister, während sie von den entferntesten Agnaten beerbt wurden.<sup>4</sup> Die Uebergang von Töchtern im Testamente des Vaters hatte nicht die Bedeutung, wie die von Söhnen.<sup>5</sup> Im justinianischen Rechte aber besteht Gleichberechtigung der Geschlechter, soweit nicht die Ausschließung der Frau vom öffentlichen Leben eine Verschiedenheit bedingt. Die Frauentutel insbesondere ist verschwunden.<sup>6</sup> Im Erbrechte sind Frauen und Männer gleichgestellt.<sup>7</sup>

Dies wurde gemeines Recht. In neuerer Zeit sind aber auch die Intercessionsbeschränkungen der Frauen in den bei weitem meisten Theilen Deutschlands aufgehoben.

### § 56. Geistesranke.

Im älteren römischen Rechte bestanden wichtige Unterschiede zwischen den furiosi, den offenbarem Wahnsinn verfallenen, und den dementes, Geistesranke anderer Art. Dieser Unterschied besteht im justinianischen Rechte nicht mehr. Nur das negative Moment der Trübung der Vernunft kommt in Betracht, nicht die Form der Geistesranke.<sup>1</sup>

Die Geistesranke erhalten einen Kurator. Nach Reichsrecht ist vorher eine Entmündigung nöthig. Sie geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes ohne förmliches Prozeßverfahren auf Antrag des Ehemannes, des Hausvaters, des Vormundes oder von Verwandten des zu entmündigenden, sowie des Staatsanwaltes beim vorgelegten Landgerichte. Gegen den Beschluß des Amtsgerichtes steht beim Landgerichte eine Klage offen, die den Charakter einer actio

4) Gaj. Inst. III § 14.

5) Gaj. Inst. II §§ 123 ff.

6) Die Tutel über die Frauen scheint noch zur Zeit der Abfassung der Vaticana fragmenta bestanden zu haben. Vgl. Vat. fragm. § 1, §§ 325 ff. Zur Zeit der Abfassung des römisch-byrischen Rechtsbuchs bestand sie nicht mehr. Vgl. Bruns und Sachau: Zweiter Theil S. 5 Londoner Handschrift § 5.

7) §§ 3 ff. J. de legitima adgnatorum successione 3, 2 § 5 J. de exheredatione liberorum 2, 13.

1) Die zwölf Tafeln stellten die furiosi unter die potestas ihrer Agnaten und Gentilen. Hieraus entwickelte sich später eine von Rechts wegen mit dem Ausbruch des Wahnsinnes eintretende cura. Andere Geistesranke erhielten einen Kurator vom Magistrat. Solche Geistesranke nannte man dementes, mente capti, insanifolui Ausdrücke, welche gleichbedeutend sind. Bestimmungen, welche für die dementes getroffen waren, betrafen die furiosi nicht direkt, sondern höchstens wegen Gleichheit des Grundes und ebenso umgekehrt; vgl. l. 25 C. de nuptiis 5, 4. Im justinianischen Rechte stehen furiosi und dementes gleich. Vgl. Pernice Labes Bd. 1 S. 234.

popularis hat. Ueber sie wird in den Formen des Prozesses verhandelt.<sup>2</sup>

Geisteskranke sind handlungsunfähig, mögen sie nun bereits entmündigt sein oder nicht. Ihre Handlungen gelten als ein Spiel der Naturgewalten, da sie der Direktion der Vernunft nicht unterstehen. Geisteskranke können daher durch Rechtsgeschäfte, die sie persönlich schließen, nicht erwerben; sie werden nicht Besitzer, auch wenn sie Objekte körperlich ergreifen, da ihnen der Besitzwille fehlt.<sup>3</sup> Sie können sich nicht durch Rechtsgeschäfte verbinden und nicht kontraktwidrig handeln.<sup>4</sup> Durch Delikte werden sie weder civilrechtlich noch kriminalrechtlich haftbar, weil sie ihnen nicht zurechenbar sind, ein Satz verfeinerter Rechtsanschauung, welcher freilich in Rom nur allmählig durchdrang.<sup>5</sup> Soweit Verpflichtungen ohne Willen entstehen — re — werden auch Geisteskranke verpflichtet.<sup>6</sup>

Der Geisteskranke, welcher lichte Augenblicke — lucida intervalla — hat, ist während derselben handlungsfähig, auch wenn er entmündigt ist und einen Kurator hat.<sup>7</sup>

Hieraus ist zu folgern, daß Geisteskranke, die partiell krank, aber von der fixen Idee abgesehen bei Vernunft sind, insoweit handlungsfähig sind, als ihre Vernunft reicht.

2) C.P.D. §§ 593 ff. Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 42 ff.

3) Hieraus erklärt sich wohl die l. 26 D. de manumissionibus 40, 1 Javolenus libro 4 ex posterioribus Labeonis. Servum furiosum omni genere manumissum ad libertatem perduci putat posse Labeo. Pernice Labeo Bd. 1 S. 236 Anm. 12 erscheint der Zweifel Labeos rathselhaft, da es bei keiner Freilassungsform auf den Willen des Sklaven ankomme. Labeo hatte aber die unförmliche Freilassung, das morari in libertate im Auge. Der Zweifel beruhte darauf, daß der Herr seinen Sklaven in den Besitz der Freiheit setzte; daher mußte sich fragen, ob zum Erwerb eines solchen Besitzes Willensfähigkeit des Sklaven erfordert.

4) Wer sein Leben versichert, nach den Bedingungen der Versicherung aber seinen Anspruch im Falle des „Selbstmordes“ oder der „Selbsttödtung“ verwirkt, behält seinen Anspruch auf die Versicherungssumme, wenn er sich in unzurechnungsfähigem Zustande tödtet. Denn nur der äußeren Erscheinung nach liegt Selbstentleibung vor, in Wahrheit aber steht der sich tödtende unter dem Eindruck von Zmpulsen, denen er keinen Widerstand entgegenzusetzen vermag, so daß ihnen, nicht ihm selbst die Entleibung zuzuschreiben ist. Vgl. R.D.S.G. Bd. 18 S. 211, R.G. Bd. 4 S. 157.

5) l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2 Ulpianus libro 18 ad edictum. Et ideo quaerimus, si furiosus damnū dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnū dederit Aquilia cessat aut si tegula ceciderit. l. 3 § 11 D. de S. C. Siliano 29, 5, l. 3 § 1 D. de injuriis 47, 10. Die Kriminalpraxis konnte sich vom Nützlichkeitstandpunkt aus mit diesem Princip schwer befreunden l. 13 § 1 D. de officio praesidis 1, 18. Andere Stellen sieh bei Pernice a. a. O. S. 239.

6) l. 46 D. de obl. et act. 44, 7; vgl. l. 16 § 1 D. qui test. facere 28, 1.

7) l. 2 C. de contrahenda emtione 4, 38, l. 9 C. qui facere testamentum 6, 22.

## § 57. Verschwender.

Verschwender — prodigi — können entmündigt werden. Es ist hierbei vorausgesetzt:

a) leichtsinniges Verthun des Vermögens, so daß Verarmung zu befürchten steht. Ziellose und leichtsinnige Vergeudung bloß der Einkünfte des Vermögens rechtfertigt die Entmündigung nicht. Wer zu ernstern Zwecken, wenn auch gewagterweise, sein Vermögen verzehrt, z. B. behufs einer geplanten Erfindung, ist nicht Verschwender.<sup>1</sup>

b) Die Verschwendung muß sich als ein eingewurzelter Hang darstellen. Eine vorübergehende verschwenderische Laune rechtfertigt die Entmündigung nicht, wenn deren Folgen auch noch so schädlich sind. Manche wollen, daß die verschwenderische Lebensweise in einer krankhaften Geistesbeschaffenheit oder in abnormer Willensschwäche wurzelt. Dies ist aber nicht erfordert.<sup>2</sup>

Die Entmündigung geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes auf Antrag von Verwandten oder des Ehegatten oder des Vormundes. Gegen den Beschluß ist Klage beim Landgericht zulässig.<sup>3</sup>

Nicht der verschwenderische Charakter beschränkt die Handlungsfähigkeit, sondern der Beschluß der Entmündigung. Auch diejenigen verschwenderischen Handlungen bleiben unanfechtbar, welche den Antrag der Entmündigung hervorriefen und den Beschluß motivirten.

Die Entmündigung — bonis interdicere — wegen Verschwendung beruhte in Rom auf Gewohnheitsrecht.<sup>4</sup> Dies lehnte sich daran

1) l. 12 § 5 D. de tutoribus 26, 5 . . . sic tractare bona ad se pertinentia ut, nisi subveniatur deducantur in egestatem. l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10. Paul. sent. III 4 a § 7.

2) R.G. Bd. 7 S. 343.

3) C.P.D. §§ 621 ff. Ueber die Antragberechtigten vgl. C.P.D. § 595. Der Staatsanwalt gehört nicht zu den Antragberechtigten. Das Reichsgesetz verstatet, daß landesgesetzlich auch andere Personen den Antrag stellen dürfen, als die von ihm benannten. Daher z. B. Gemeindevorsteher R.G. Bd. 7 S. 346 ff. — Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit C.P.D. § 623 Abs. 2. Nach gemeinem Rechte beginnen auch die Wirkungen der Entmündigung mit diesem Augenblick. Die Entmündigung ist zwar nach C.P.D. § 627 öffentlich bekannt zu machen. Aber die Wirkung der Entmündigung knüpft sich gemeinrechtlich hieran nicht. — Durch einstweilige richterliche Verfügungen können dem der Verschwendung beschuldigten schon vor dem Beschluß Beschränkungen aufgelegt werden.

4) l. 1 D. de curat. furios. 27, 10 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Lege XII tabularum prodigo interdicetur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Unhaltbar ist die Erklärung Ubbelohdes, — die Handlungsfähigkeit des Prodigus in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 672 —, wonach die zwölf Tafeln im Anschluß „an früheres Gewohnheitsrecht“ die Entmündigung

an, daß man den Verschwender wie einen Wahnsinnigen behandelte.<sup>5</sup> Hiernach erachtete man ursprünglich die interdicirten Verschwender in derselben Weise für handlungsunfähig wie die Geisteskranken.<sup>6</sup> In der Folge trat aber gemäß der Natur der Sache ein Differenzirung ein. Die entmündigten Verschwender sind nur unfähig zu Rechtsgeschäften, welche ihr Vermögen mindern, sie sind nicht unfähig zum Erwerb.<sup>7</sup> Dabei sah man auf den Gesamtcharakter des Geschäftes. Daher können sie vortheilhafte Erbschaften antreten, trotzdem daß sie hierdurch in die Erbschaftsschulden eintreten, sie können selbst Forderungen noviren, wenn diese Novation für sie nützlich ist.<sup>9</sup> Selbstverständlich ist, daß Verschwender sich durch Delikte verpflichten.

Verschwender sind unfähig zu letztwilligen Verfügungen.<sup>10</sup>

Die Aufhebung der Entmündigung der Verschwender geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes, wenn sich der Hang zur Verschwendung verloren hat. Gegen den Beschluß ist Klage beim Landgerichte zulässig.<sup>11</sup>

der Verschwender festgestellt hätten. Woher sollten die späteren Römer die Quellen der Bestimmungen der 12 Tafeln kennen. Waren nicht die meisten ihrer Bestimmungen vorher Gewohnheitsrecht? Die Interdiction der Verschwender war den 12 Tafeln fremd, lehnte sich aber an sie an. Sie war lege, sofern man sie aus dem Gesetze herauslas. So muß auch Ulp. fragm. XII § 2, XX, 13. l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2 aufgefaßt werden. Deutlicher als Ulpian läßt Paulus sent. III 4a § 7 den Gang der Entwicklung erkennen. *Moribus per praetorem bonis interdicatur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdicto.* Vgl. Cicero de senectute 7, 22. . . *nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdicti solet.* Später interdicirten die Prätores auch wenn man nicht die Erbgüter, sondern anderes Vermögen verschwendete. Ubbelohde a. a. O. glaubt, in diesem Falle seien die Verschwender nicht nach Civilrecht, sondern nur nach prätorischem Rechte handlungsunfähig gewesen. Dies ist unrichtig. Man stellte die interdicirten Verschwender den Geisteskranken gleich und betrachtete sie daher analog als civilrechtlich handlungsunfähig.

5) l. 1 pr. D. de cur. furiosi 27, 10 verbis „exemplo furiosi“, l. 12 § 2 in fine D. de tut. et cur. 26, 5.

6) Eine Reminiscenz enthält l. 40 D. de R. J. 50, 17 Pomponius libro 34 ad Sabinum. *Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*

7) l. 6 D. de V. O. 45, 1.

8) l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

9) l. 3 D. de novationibus 46, 2 Pomponius libro 1 ad Sabinum. *Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.*

10) l. 18 pr. D. qui testamenta facere 28, 1. Auch zum Testamentszeugniß ist der Interdicirte unfähig l. 18 § 1 D. cit., § 6 J. de test. ord. 2. 10.

11) C. P. D. § 625. Dagegen l. 1 pr. D. de cur. furios. 27, 10. Ulpianus libro 1 ad Sabinum . . . *tamdiu erunt ambo in curatione quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit ipso jure desinunt esse in postestate curatorum.* Eine derartige Endigung der Interdiction von Rechtswegen mit der Besserung des Verschwenders war der gemeinrechtlichen Praxis fremd. In Folge der C. P. D. ist die Bestimmung jedenfalls antiquirt.

§ 58. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung.<sup>1</sup>

Bürgerliche Ehre — *existimatio* — ist die Achtung, welche der Staat einer Person dadurch zollt, daß er sie in Rechten und Pflichten den anderen Bürgern gleichstellt. Diese Ehre kann durch Auszeichnungen gesteigert, oder bei mangelnder Achtung gemindert werden. Zurücksetzung des Einzelnen in seiner Rechtsstellung unter das gewöhnliche Maß ist Ehrenminderung; derartige Zurücksetzungen liegen vorzugsweise auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes.

Eine gesetzliche Ehrenminderung bildete die Intestabilität. Sie traf nach Zwölfstafelrecht denjenigen, welcher, bei einem Rechtsgeschäfte als Solennitätszeuge zugezogen, sich später des gerichtlichen Zeugnisses weigerte.<sup>2</sup> Der *intestabilis* wurde zeugnißunfähig, er konnte auch kein Zeugniß fordern und wurde daher als testamentunfähig angesehen. Die Intestabilität trifft im justinianischen Rechte noch verurtheilte *Passquillanten*. Dem heutigen Rechte ist sie fremd.

Außerdem kannten die Römer vorzugsweise zwei Arten von Ehrenminderung, nämlich einmal die *Infamie* — von neueren *infamia juris* genannt — und die *Unrührigkeit*, *turpitude* — welche neuere als *infamia facti* bezeichnen.

1. Die *Infamie* beruht auf einem rechtlich fixirten Ehrenkodex. Sie ist ein für allemal schablonenhaft bestimmt.

Man schreibt die *Infamie* der Gewohnheit zu. Doch die Gewohnheit allein fixirt so zahlreiche Detailbestimmungen nicht derart in das einzelne hinein. Das richtige ist vielmehr, daß gewisse Thatbestände in römischen Einzelgesetzen und Edikten als Ausschließungsgründe von Ehrenrechten bezeichnet waren und daß dies dann gewohnheitsmäßig von einer Verordnung in die andere überging.<sup>4</sup> Auch der Prätor zählte

1) Marezoll, *bürgerliche Ehre 1824*, Kieruff S. 95, Savigny Bd. 2 S. 170.

2) l. 5 § 1 D. de extraordinariis cognitionibus 50, 13 *Callistratus* libro 1 de cognitionibus: *Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*. Die Konjunktion der bürgerlichen Ehre war Folge des Unterganges der Persönlichkeit durch Verlust der Freiheit. Nach heutigem Rechte kann eine Vernichtung der Ehre nicht mehr vorkommen. Nur eine Minderung der Ehre ist heutzutage möglich.

3) Gell. XV, 13. *ex isdem tabulis id quoque est: qui se sieri testatier libripense fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*. l. 20 D. qui testam. fac. poss. 28, 1, l. 18 § 1 D. eod., § 6 J. de testam. ord. 2, 10. Vgl. Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 240.

4) Cicero pro Cluentio cap. 43 § 120. Erhalten hat sich in den Bruchstücken der *lex Julia municipalis* von Julius Caesar aus dem Jahre 709 — vgl. *Brunns fontes* ed. IV p. 101 — die Bestimmung, welche die Ausschließung von Ehrenämtern wegen *Infamie* regelte.

die bezüglichlichen Fälle in seinem Edikte auf. Insbesondere geschah dies, um den Infamen die Befugniß zu entziehen, für dritte bei ihm zu postuliren, d. h. Anträge in fremdem Namen zu stellen.<sup>5</sup> Durch die Aufnahme in das prätorische Edikt stellten sich die Fälle der Infamie dauernd fest.<sup>6</sup>

Der Idee nach knüpft sich jede Ehrenminderung an niedrige Gesinnung, sollte also von der Würdigung des Falles abhängen. Bei der Infamie ist aber alles äußerlich und typisch geregelt. Dies erscheint hart und unbillig. Immerhin hat die Institution der Aufrechterhaltung äußerer Ehrbarkeit in Rom Dienste geleistet, insbesondere auch die Solidität im geschäftlichen Leben Roms gefördert.

Die neueren unterscheiden mittelbare Infamie — *infamia mediata* — und unmittelbare Infamie — *infamia immediata*.

a) Die mittelbare Infamie war Folge gewisser Verurtheilungen im Strafverfahren und aus Civilklagen.

Vor allem war sie Folge der Verurtheilung in einem *judicium publicum*, d. h. wegen eines durch Volksgesetz verpönten Vergehens.<sup>7</sup>

Infam machte ferner die Verurtheilung in eigenem Namen wegen vier wichtiger Privatdelikte, nämlich Raub, Diebstahl, Injurie und Betrug, ebenso Verurtheilung in dem außerordentlichen Strafverfahren — *judicium extraordinarium* — wegen solcher Vergehen. Auch privater Abkauf der Strafe machte infam.<sup>8</sup>

Endlich wurde infam, wer es wegen Gesellschaft, Tutel, Mandat, Depositum, und nach klassischem Rechte im Falle einer *Fiducia* zur Verurtheilung kommen ließ. Dies bezog sich aber nur

5) Karlowa, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 220 ff., hat nachgewiesen, daß die Fälle der Infamie im prätorischen Edikte zweimal erwähnt waren, einmal bei Gelegenheit der Postulationsbeschränkungen, dann bei der Frage der Fähigkeit zur Bestellung eines *cognitor*. Vgl. das Ediktsbruchstück *Vat. fragm.* § 320. Das Edikt über die Postulationsbeschränkungen der Infamen restituirt zutreffend *Lenel, edictum perpetuum* S. 62 ff.; vgl. daselbst S. 73.

6) In der Kaiserzeit wurden die Worte des prätorischen Ediktes das maßgebende. Vgl. l. 2 D. de obsequiis 37, 15 Julianus libro 14 Digestorum . . . licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiant infamiae notam.

7) l. 4 § 4 D. de his qui not 3, 2. l. 1 § 6 D. de postulando 3, 1, l. 1, l. 7 D. de publico iudicio 48, 1. Das Edikt hatte nur der Verurtheilung im *judicium publicum* wegen *calumnia*, d. h. wissentlich falscher Anklage und wegen *praevaricatio*, d. h. absichtlichem Verrath der Anklage gedacht. In der Kaiserzeit knüpfte man die Infamie an jede Verurtheilung aus einem *judicium publicum*. Ursprünglich verstand man hierunter das Verfahren vor den Geschworenen, der *quaestio publica*, später das Verfahren bei dem nach Maßgabe der *lex* urtheilenden Magistrat, welcher an die Stelle des Geschworenengerichtes als Richter getreten war.

8) l. 4 §§ 5 ff. D. h. t. 3, 2, l. 14 D. eod. Vgl. Savigny S. 176, Marezoll S. 134 ff.

auf die *actio directa*, und nur ausnahmsweise im Falle eines Treubruches des Mandanten auf die *actio mandati contraria*.<sup>9</sup>

Wurde der Beklagte im Civilprozeß durch einen Procurator vertreten, so trat keine Infamie ein. Der Procurator wurde nicht infam, weil er nur als Vertreter verurtheilt war, und der vertretene nicht, weil das Urtheil nicht auf seinen Namen ging, sondern auf den des Procurators.<sup>10</sup>

b) Häufig knüpfte sich die Infamie unmittelbar an die Existenz gewisser Thatfachen, ohne daß ein richterliches Urtheil über das Dasein dieser Thatfachen erfordert war. Wurden die Thatfachen in Abrede gestellt, an welche die Infamie geknüpft war, und hierüber gerichtlich entschieden, so konstatarie das Erkenntniß die bestehende Infamie, dieselbe war aber nicht Folge des Erkenntnisses.<sup>11</sup>

Mittelbare Infamie entstand unter anderem durch schimpfliche Entlassung aus dem Heere;<sup>12</sup> ferner infamirten zahlreiche geschlechtliche Verfehlungen, insbesondere gleichzeitiges doppeltes Verlöbniß, Bigamie,<sup>13</sup> Verletzung des Trauerjahres durch die Wittwe,<sup>14</sup> gewerbmäßige Unzucht und gewerbmäßige Kuppelei; endlich infamirte Auftreten als Schauspieler.<sup>15</sup> Nach vorjustinianischem Rechte machte auch Konkurs infam.<sup>16</sup>

Die einmal verwirkte Infamie war lebenslänglich. Nur der Senat, sowie der Kaiser hatten das Begnadigungsrecht — *in integrum restitutio*.<sup>17</sup>

Die Infamie schloß von Ehrenämtern aus.<sup>18</sup> Sie bildete ein

9) Gaj. Inst. IV § 182, l. 6 § 5, l. 7 D. h. t. 3, 2.

10) l. 6 § 2 D. h. t. 3, 2.

11) Unmittelbar infam war die im Ehebruch ergriffene Frau. Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam l. 43 § 12 D. de ritu nuptiarum 23, 2 führt aus: si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem adhuc tamen notam illi obesse debere quia verum est, eam in adulterio deprehensam: quia factum lex. non sententiam notaverit.

12) l. 2 D. h. t. 3, 2.

13) l. 13 § 2 D. h. t. 3, 2.

14) l. 8 ff. D. h. t. 3, 2.

15) l. 2 § 5 D. h. t. 3, 2.

16) Gaj. Inst. II § 154, IV § 102 lex Julia municipalis 115 ff. Anders im Falle der *cessio bonorum* l. 11 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11.

17) l. 1 § 9, § 10 D. de postulando 3, 1. In der Lebenslänglichkeith der Infamie lag etwas hartes, ja grausames.

18) Cicero pro Cluentio cap. 42, l. 6 § 3, l. 12 D. de decur. 50, 2. l. 1 C. de infamibus 10, 59.

Hinderniß für die Ehe mit unbescholtenen.<sup>19</sup> Sie begründete das Postulationsverbot. Durch die Notariatsordnung von 1512 wurden Infame auch für unfähig zum Notariat erklärt.<sup>20</sup>

2. Neben der Infamie kommt die turpitude vor, d. h. die auf einem schimpflichen Lebenswandel beruhende sociale Mißachtung. Sie bemißt sich nach individuellen Momenten. Mit der Besserung der Sitten und der Rehabilitirung in der Gesellschaft hört sie auf. Ueber sie befindet das richterliche Ermessen.

Die Erbeseinsetzung einer persona turpis berechtigt die Geschwister des Erblassers, welche dessen nächste gesetzliche Erben wären und denen das Pflichttheil nicht hinterlassen ist, zur Anfechtung des Testaments, weil der Schimpf der Uebergehung durch die Bevorzugung eines solchen Erben gesteigert scheint.<sup>21</sup> Dies ist die einzige, gesetzlich besonders normirte Folge der turpitude.

Die Infamie wurde in Deutschland zweifellos recipirt. Die Reichsgesetze setzten ihre Geltung voraus, und bestimmten neue Fälle und Folgen.<sup>22</sup> Doch erstreckte sich die Reception nicht auf alle Fälle der Infamie. In Folge der Verurtheilung aus Kontraktklagen trat z. B. in Deutschland nie Infamie ein.<sup>23</sup>

Nach dem deutschen Strafgesetzbuche ist die Infamie beseitigt, soweit sie sich bis dahin erhalten hatte.<sup>24</sup> Das Strafgesetzbuch ordnet auf Grund germanischer Rechtsideen den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte in einer Weise, welche mit der römischen Infamie unvereinbar ist. Der Verlust der Ehrenrechte ist nach ihm eine Strafe, welche durch das strafrichterliche Urtheil besonders ausgesprochen sein muß. Dies ist bei bestimmten Vergehen zulässig, bei einigen geboten.<sup>25</sup> In der Regel ist der Ehrenverlust auf Zeit auszusprechen. Die Folgen sind vorzugsweise Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und zur Aus-

19) Vgl. über dieses Eheverbot Savigny Bd. 2 Beilage VII S. 517 ff.

20) Not.D. § 2.

21) l. 27 C. de inofficioso testamento 3, 28 — Constantinus.

22) Zahlreiche Reichsgesetze, welche die Infamie erwähnen, citirt Savigny Bd. 2 S. 227.

23) Denn die Praxis erforderte, daß in dem Urtheil der „überwiesenen Treulosigkeit“ ausdrücklich Erwähnung geschehen sein müsse, wenn die Infamie eintreten sollte, Glück Bd. 5 S. 196, und dies geschah nicht. Andere erachteten geradezu die Infamie wegen Verurtheilung aus Kontrakten als beseitigt.

24) Für die Unanwendbarkeit der Infamie im heutigen Rechte erklärte sich schon früher namentlich Savigny Bd. 2 S. 228.

25) Strafgesetzbuch § 32. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte muß erkannt werden bei Meineid, schwerer Kuppelei und gewerbmäßigem Wucher, Strafgesetzbuch §§ 161, 181 und 302 d.

übung anderer politischer Rechte, Unfähigkeit zum Zeugniß bei Aufnahme von Urkunden, zur Vormundschaft und Zurücksetzungen im Gesellschaftsrechte.<sup>26</sup> Daneben ist die römische Infamie als Folge einer Strafverurtheilung jedenfalls unzulässig; denn die Straffolgen der Strafurtheile regelt das Strafgesetzbuch ausschließlich. Die römische Infamie ist aber richtiger Ansicht nach überhaupt beseitigt. Denn es liegt im Sinne des Strafgesetzbuches, daß die Entziehung bürgerlicher Ehrenrechte nur noch durch strafrichterliches Erkenntniß möglich ist.<sup>27</sup>

Dagegen blieb die turpitudō als bloß thatfächliche Ehrenminderung unberührt.

Die Unterschiede in der Rechtsfähigkeit wegen des religiösen Bekenntnisses, welche in der römischen christlichen Kaiserzeit zur Geltung kamen, wurden in Deutschland nicht festgehalten und neuerdings ausdrücklich beseitigt.<sup>28</sup>

## Zweites Kapitel.

### Die juristischen Personen.<sup>1</sup>

#### A. Allgemeines. Die Arten.

##### § 59. Verhältniß der juristischen zur natürlichen Person.

Außer den Menschen haben Rechtsfähigkeit die juristischen Personen, d. h. allgemeinen Zwecken dienende Institutionen. Dahin gehören Korporationen, d. h. Verbindungen mehrerer zu einer Einheit behufs Verfolgung dauernder Zwecke, Anstalten, d. h.

26) Strafgesetzbuch § 34. Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878 § 6. Reichsgesetz über die Wirthschafts- und Erwerbsgenossenschaften v. 4. Juli 1868 § 38. Reichsgewerbeordnung §§ 83 und 86. Gesetz über die eingeschriebenen Pflanzstätten v. 7. April 1876 § 21.

27) Mandry, civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 112. Windscheid § 56.

28) Reichsgesetz v. 3. Juli 1869. Mandry a. a. O. S. 71. Windscheid § 55 Anm. 3. Das Ehrerecht ist zum Theil konfessionell geblieben.

1) Aus der Litteratur über die juristischen Personen heben wir hervor Sagny Bd. 2 S. 235, welcher die ältere Litteratur anführt, Demelius über fingirte Persönlichkeit in Iherings Jahrbüchern Bd. 4 n. 2, Brinz, Pandekten I. Auflage 2. Abth. S. 979 ff., Salkowski, zur Lehre von den juristischen Personen 1863. Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle 1871, Zitelmann, Begriff und Wesen der j. u. juristischen Personen 1873, Volze, der Begriff der juristischen Person 1879. Ein reiches Material hat verarbeitet Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht. Vor allem ist hier wichtig Bd. 3 „die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland.“

öffentliche Einrichtungen, und Stiftungen, d. h. selbständige Vermögen zu nützlichen Zwecken. Im vorigen Jahrhundert sprach man von moralischen Personen, indem man den Ausdruck moralisch für alles transcendente, über das natürliche hinausgehende gebrauchte.

Schon die Postglossatoren bezeichnen die juristischen Personen als fingirte.<sup>2</sup> Die Idee der Fiktion zieht sich seit Jahrhunderten durch die Litteratur und hat auch in der neueren Zeit die angesehensten Vertreter.<sup>3</sup> Der ursprüngliche Begriff der Persönlichkeit, führt man aus, fällt mit dem Begriffe des Menschen zusammen. Denn alles Recht sei vorhanden um der sittlichen, dem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen. Diese ursprüngliche Identität der Begriffe regelte die Formel: jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch sei rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit sei indessen ausgedehnt worden auf künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte. Ein solches Subjekt sei eine juristische Person, d. h. eine bloß zu juristischen Zwecken geschaffene Person. Wie jede andere Fiktion habe auch diese ihren Grund in irgend einem Nutzen. Nur in ihm wurzele dies gesetzliche Ausnahmerecht.

Lange Zeit suchte man in dem Gedanken der Fiktion die Grundlage der Theorie der juristischen Personen. Neuerdings hat man ihn benutzt, um diese Theorie aus den Angeln zu heben und die Existenz der juristischen Person selbst zu verneinen. Erkenne man, sagt Brinz, daß die juristischen Personen bloß fingirte Wesen seien, so heiße dies im Grunde, sie seien nicht existirende. Was nicht existire, könne keine Rechte haben. Zudem könne fingirtes nicht wollen; ohne wollen und ohne dürfen aber bestehe kein Recht und sei Rechtsfähigkeit undenkbar. Das reale, was hinter der juristischen Person stehe, sei ein „Zweckvermögen“, nämlich ein Vermögen, was niemandem gehöre, aber zu gewissen Zwecken diene, daher trotzdem, daß es res nullius sei, als res juris und im Rechte befangen zu etwas gehöre.<sup>4</sup> In diesem Vermögen fänden sich Eigenthum ohne Eigenthümer, Forderungen ohne Gläubiger, Schulden ohne Schuldner — subjektlose Rechte.<sup>5</sup>

In Wirklichkeit ist die juristische Person zwar eine Vorstellung, etwas gedachtes, aber sie ist keine Fiktion und keineswegs etwas nichtexistirendes. Vorstellung und Fiktion sind nicht identisch. Denn

2) Vgl. Gierke a. a. D. Bd. 3 S. 362.

3) Savigny Bd. 2 S. 2 S. 236, Kierulff S. 129.

4) Brinz a. a. D. §§ 60 ff.

5) Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 238.

die Fiktion denkt etwas einem Thatbestand hinzu oder von ihm hinweg, was nicht ist; sie tritt in Widerspruch mit der Realität der Dinge. Die Vorstellung der juristischen Person unterstellt dagegen das wirkliche einem ihm entsprechenden Begriff. Der Begriff einer Gemeinde z. B. knüpft sich an Land und Leute, die in einem gewissen Verhältnisse stehen. Die Idee entspricht der Realität der Dinge. Sie ist kein Erzeugniß der Phantasie, wie man vermeint hat, sondern des Verstandes; sie hat Allgemeingültigkeit.

Es tritt uns die juristische Person auch in der Geschichte nicht als durch Fiktion künstlich geschaffen entgegen, sondern urwüchsig als eine ursprüngliche Erscheinung.<sup>6</sup>

In Rom insbesondere bestanden seit Urzeiten juristische Personen neben den natürlichen. Private Persönlichkeit hatte die römische Volksgemeinde; analog wohnte sie den römischen Gemeinden inne. Außerdem bestanden Korporationen, die zum Theil ihren Ursprung auf Numa und auf Servius Tullius zurückführten und zweifellos das Wesen dessen hatten, was man heutzutage juristische Person nennt.<sup>7</sup>

Es ist richtig, daß alles Recht um der Menschen willen da ist.<sup>8</sup> Aber hiermit ist nicht ausgesprochen, daß sich die Privatrechte ihrem Begriffe nach an die einzelnen Menschen knüpfen müssen. Die Vertheilung der Sachgüter unter die Individuen ist eine zweckmäßige, auf höheren Kulturstufen unentbehrliche Form der gesellschaftlichen Organisation. Aber das Individualeigenthum hat nothwendig in seiner Einseitigkeit Härten im Gefolge. Die Ergänzung liegt darin, daß neben den natürlichen Personen gewisse Personengesamtheiten, Anstalten, Stiftungen die Fähigkeit privatrechtlicher Güter haben und in Folge dessen Vermögen allgemeinen Zwecken dienstbar machen. Dies tritt aber nicht erst in Folge einer späteren Erfindung ein. Die in

6) Dies ist auch das Resultat der Untersuchungen von Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 281. Gierke, *Genossenschaftsrecht* Bd. 3 S. 104, hat ihn nicht widerlegt. Dafür, daß die Römer die juristische Persönlichkeit auf eine Fiktion gegründet hatten, kann man nichts anführen als die l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 von Florentinus libro 8 institutionum. *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas.* Florentin erklärt hier die Rechtsfähigkeit der hereditas jacens damit, daß sie an Stelle eines rechtsfähigen Menschen stehe, wie dies auch bei juristischen Personen der Fall sei. Er will vergegenwärtigen, daß es außer den natürlichen auch vorgestellte Personen gebe. Es ist schwer begreiflich, wie man aus einer solchen Parallele eines juristischen Schriftstellers weittragende Schlüsse ziehen und eine derartige Aeußerung zur Grundlage des Systems machen kann.

7) Vgl. Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 254.

8) l. 2 D. de statu hominum 1, 5 von Hermogenianus libro 1 juris epitomaram: *hominum causa omne jus constitutum est.* Diese Aeußerung zieht insbesondere Savigny a. a. D. S. 2 an.

der Gesellschaft wirkenden Kräfte führen unmittelbar zur Anerkennung juristischer Personen.

Ist hiernach die juristische Persönlichkeit keine Fiktion, so fällt die Prämisse der Auffassung von Brinz und sie erledigt sich.<sup>9</sup>

Allerdings fehlt der juristischen Person ein natürlicher Wille. Dies wird von den römischen Juristen scharf hervorgehoben. Doch dieser Mangel berührt nicht ihre Existenz, sondern nur ihre Handlungsfähigkeit.

Die Römer haben die aus der natürlichen Willensunfähigkeit der juristischen Personen sich ergebenden Schwierigkeiten nicht, wie manche unterstellen, bereits durch den Satz beseitigt, daß die Organe der juristischen Person deren Willen aussprechen. Man behalt sich in Rom vielmehr mühsam von Fall zu Fall.<sup>10</sup> Jenen Rechtsatz hat erst das gemeine Recht ausgebildet. Man mag hierin eine Fiktion sehen. Sie bedingt aber keinenfalls die Existenz der juristischen Person, sondern ermöglicht nur ihr ungehemmtes Wirken.

#### § 60. Personengesamtheiten.

Die älteste Art der juristischen Personen in Rom waren die Personengesamtheiten — universitates personarum. Wir bezeichnen dieselben, einem verbreiteten Sprachgebrauche folgend, als Korporationen, wenn auch in Rom diese Benennung nur für Privatkorporationen verwendet wurde.

Das Vorbild aller Korporationen war die römische Volksgemeinde. Sie war, soweit die geschichtliche Erinnerung reicht, Vermögenssubjekt und schloß als solches Kontrakte mit den Bürgern. Allerdings stand ihr Vermögens- und Verkehrsrecht unter eigenen Ordnungen und nicht unter den Normen des Civilrechtes.<sup>1</sup> So mochte man dies Recht im jus publicum mitbegreifen. Doch der Sache nach handelte es sich

9) Was man Zweckvermögen nennt, deckt sich nicht mit dem Thatbestande des gegebenen Rechtes. Es bestehen juristische Personen, die Vermögen nicht besitzen. Eine Universität z. B., die aus staatlichen Mitteln erhalten wird, kann mit Korporationsrechten ausgestattet sein, ohne irgendwelches Vermögen zu besitzen. Trotzdem hat sie Vermögensfähigkeit und kann durch Vermächtnisse oder Schenkungen Vermögen erwerben. Dagegen sagt freilich Demelius a. a. D. S. 121: „was vor der Existenz eines Vermögens besteht, ist nur das ganz außerhalb des Privatrechtes liegende“, „sie sind erst juristische Personen dadurch, daß sie und sobald sie in Vermögensbeziehungen treten“.

10) Vgl. unten § 66.

1) Ueber das Vermögens- und Verkehrsrecht des republikanischen Staates vgl. Geyrovský *leges contractus* 1882 und vor allem Pernice *Parerga II* in der *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, neue Folge Bd. 5.

nicht um Hoheitsrechte des Staates, sondern um Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art. Die besondere Ordnung darf uns nicht hieran irre machen. Es ist ein charakteristischer Zug der Römer, daß sie verwandte Rechtsbeziehungen oft in verschiedener, ja entgegengesetzter Weise regelten und die mannigfachsten Gestaltungen versuchten. Da der Staat an das den Bürgern gesetzte formelle und strikte Civilrecht nicht gebunden war, bildete man für ihn ein freieres Verkehrsrecht. Erst die kaiserliche Kasse — der Fiskus — trat unter die Normen des ordentlichen Privatrechtes, welches inzwischen unvergleichlich frei und vielseitig ausgebildet war.

Seit der späteren Kaiserzeit nannte man den Staat als Vermögenssubjekt Fiskus, ein Ausdruck, der in das neuere Recht übergegangen ist. Der Fiskus hat nicht mehr den Charakter einer Korporation; er bildet vielmehr eine Anstalt.

Die Persönlichkeit des Staates ist eine einheitliche. Hieran ändert nichts, daß die Verwaltung des Staatsvermögens verschiedenen Kassen — *stationes fisci* — anheimfällt.<sup>2</sup>

Das Recht des Fiskus ist in Einzelheiten ein besonderes. Derselbe hat zahlreiche Privilegien.<sup>3</sup> Insbesondere hat er gesetzliche Pfandrechte<sup>4</sup> und berechnet aus seinen Kontrakten seinen Schuldnern stets Zinsen, giebt aber seinen Gläubigern keine Zinsen, wenn sie nicht vereinbart sind.<sup>5</sup> Der Satz, den man oft vertheidigt hat, „in dubio contra fiscum“ ist dem gemeinen Rechte fremd.<sup>6</sup>

Korporationsrechte hatten in Rom die Stadt- und Landgemeinden:

2) Dies tritt am bestimmtesten hervor in der l. 2 C. de solutionibus 8, 42 von Alexander. *Liberari fidejussores, quotiens fiscus tam creditori quam debitori licet diversis stationibus succedit, jus certum est, quod et in tua persona procuratores mei custodient.* In der l. 1 C. de compensationibus 4, 31 wird freilich die Kompensation mit Forderungen an die eine Kasse auf Schulden an eine andere ausgeschlossen. Allein dies ist fiskalisches Specialrecht „propter confusionem diversorum officiorum“.

3) Nur der einheimische Fiskus hat diese Vorrechte. Einheimischer Fiskus ist für die deutschen Bundesstaaten auch das deutsche Reich. Der Regent und die Regentin haben die fiskalischen Vorrechte nach l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

4) l. 1, l. 2 C. in quibus causis 8, 14.

5) l. 17 § 5 und 6 D. de usuris 22, 1, l. 43 D. eod.

6) Man beruft sich auf die l. 10 D. de jure fisci 49, 14 Modestinus *libri singulari de praescriptionibus. Non puto delinquere, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.* Die Stelle beweist nichts. Gegen den Fiskus in Zweifelsfällen zu respondiren, ist hiernach kein Verbrechen, das die Pflicht sei, sagt Modestin nicht.

7) l. 73 § 1 D. de leg. I. Auch die Gemeinden sind im römischen Rechte mit Privilegien ausgestattet. Vor allem haben sie ein Recht auf *restitutio in integrum* wie Minderjährige, l. 4 C. quibus ex causis 2, 53. Vgl. auch R.R.D. § 54 Ziff. 2

heutzutage haben solche auch andere kommunale Verbände, z. B. Kreise, Provinzen.

Privatkorporationen, in Rom sehr eingeengt,<sup>8</sup> finden sich in Deutschland in unererschöpflicher Fülle. Einige reichen in frühe Zeiten zurück, z. B. Zünfte, Schützengesellschaften, andere sind Produkte des modernen Associationsgeistes, z. B. Freimaurerorden, Adelsgenossenschaften, wissenschaftliche, künstlerische, Erholungsvereine.

Die Kirche galt zeitweise als Korporation, d. h. als die Gesamtheit der Gläubigen. Aber das in der katholischen Kirche liegende Autoritätsprincip führte dazu, in den Kirchen und kirchlichen Einrichtungen Anstalten zu erblicken, welche über den Gläubigen stehen.<sup>9</sup> Auch die protestantischen Landeskirchen haben mehr oder weniger bestimmt den Charakter von obrigkeitlich gesetzten Anstalten.<sup>10</sup>

Dagegen bilden Religionsgesellschaften anderer Art, denen die Rechte juristischer Persönlichkeit verliehen sind, Korporationen.

Der Unterschied zeigt sich in folgendem. Wenn sämtliche Mitglieder einer Gemeinde aus der katholischen oder aus der protestantischen Landeskirche treten, so verliert die dieser Gemeinde bestimmte Kirche ihre Persönlichkeit nicht. Religionsverbände anderer Art finden ihr Ende, wenn ihre sämtlichen Glieder austreten.

### § 61. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft.

Eine Personenverbindung zur Erreichung gemeinsamer Ziele ist in zwei Formen möglich, nämlich in derjenigen der Korporation und

8) Vergl. unten § 63. Die Römer unterschieden zwei Arten von Privatkorporationen, nämlich einmal die *collegia*, wohin unter anderem Zünfte und Bruderschaften zur Aufbringung der Begräbniskosten gehörten, und zweitens die *societates*, d. h. Publikanensocietäten. Ueber die letzteren gehen die Meinungen sehr auseinander. Vgl. R. Schmid, Archiv für civ. Praxis Bd. 36 S. 166, Köstler in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 4 S. 274, Salkowski, juristische Personen S. 29, Pernice Labeo Bd. 1 S. 295, M. Cohn, zum römischen Vereinsrecht S. 155. Manche betrachten die *societates* als Erwerbsgenossenschaften. Es schwebt ihnen das Bild einer modernen Aktiengesellschaft vor. Allein dies ist schwerlich richtig. Es liegt vielmehr eine Kombination zweier Rechtsverhältnisse vor. Die Publikanen bildeten Gesellschaften, schlossen als solche Pachtverträge mit dem Staate, dem sie sich persönlich verpflichteten, und hatten gegen einander die *actio pro socio* auf Theilung und Ausgleichung, *lex Malacitana* cap. 65, l. 65 § 15 D. pro socio 17, 2. Daneben konnten sie, wie die Handwerker, eine Innung bilden mit besonderer Korporationsverfassung und mit Korporationsvermögen, welchem auch Erbschaften zugewendet wurden, l. 1 pr. § 1 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4, l. 3 § 4 D. de bon. poss. 37, 1. Der korporative Zusammenschluß der Publikanen hat auf ihr Societätsverhältniß nur in einigen Punkten zurückgewirkt, l. 59 pr., l. 63 § 8 D. pro socio 17, 2.

9) Gierke Bd. 3 S. 251. Schulte, die juristischen Personen der katholischen Kirche 1869. Brinz Bd. 2 S. 1019.

10) Gierke Bd. 3 S. 799.

in derjenigen der Gesellschaft. Bei der Korporation ist die Gesamtheit das Rechtssubjekt, bei der Gesellschaft sind die Gesellschafter die Träger der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten. Beide Formen der Association wurden von den Römern in scharfer Folgerichtigkeit ausgebildet.

1. Ihering hat die Ansicht vertheidigt, daß die einzelnen Korporationsmitglieder die wahren Rechtssubjekte bildeten und daß die juristische Person nur die nach außen gefehrte eigenthümliche Erscheinungsform ihrer rechtlichen Beziehungen sei.<sup>1</sup> Dies giebt kein richtiges Bild. Die Korporation ist wie nach außen, so nach innen selbständiges Rechtssubjekt. Ihr gehört das Korporationsvermögen, ihr dessen Verwaltung und dessen Nutzung. Dies tritt in folgenden Rechtsätzen zu Tage.

a) Die Korporation ist unabhängig von der Individualität ihrer Glieder. Sie bleibt dieselbe bei deren Wechsel. Sie erhält sich möglicherweise die Jahrhunderte hindurch.<sup>2</sup>

b) Das Vermögen der Korporation ist nicht Vermögen der Korporationsgenossen.<sup>3</sup> Die Forderungen der Korporation sind nicht Forderungen ihrer Mitglieder, die Schulden der Korporation verpflichten die Korporationsmitglieder nicht.<sup>4</sup> Die Korporation kann allerdings zur Tilgung der Korporationsschulden Umlagen nach Maßgabe der Korporationsverfassung ausschreiben. Die Gläubiger aber

1) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abschn. 1 S. 342, 3. Auflage. Er erachtet die juristische Person als bloßes Aftersubjekt, denn es widerspreche dem Rechtsbegriff, daß jemand Rechte habe, welcher nicht selbst genutzfähig sei. Bei den Stiftungen sieht Ihering in den Destinatarären, also in den Armen, Kranken, Kunstfreunden soweit irgend thunlich, die wahren Rechtssubjekte.

2) l. 76 D. de judiciis 5. 1. Alfenus Varus libro 6 Digestorum: *populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret.* l. 7 § 2 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum: *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sunt.*

3) l. 6 § 1 D. de divisione rerum 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum: *Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum: ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo servum civitatis posse torqueri divi fratres rescripserunt, ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere: si vocet in jus aliquem ex civibus.* l. 1 § 7 D. de quaestionibus 48, 18, l. 10 § 4 D. de in jus vocando 2, 4 — l. 1 § 15 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Folgerrecht steht nichts im Wege, daß die Korporationsmitglieder an Grundstücken der Korporation Servituten erwerben, was nicht anginge, wenn sie Miteigentümer derselben wären. Umgekehrt kann die Korporation an Grundstücken der Korporationsmitglieder Servituten erwerben.

4) l. 7 § 1 D. quod cujuscumque univ. 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.*

haben einen Anspruch gegen die Korporationsglieder wegen der Korporationsschulden nicht.

c) Die Korporation allein ist dazu legitimirt, in Angelegenheiten der Korporation zu klagen und verklagt zu werden. Sie wird hierbei durch ihren Vorstand repräsentirt, fehlt es an einem solchen, durch besonders zu wählende Repräsentanten.<sup>5</sup>

Die Korporationsglieder sind hiernach in den Prozeßsachen der Korporation nicht Partei und von der Ausübung des Richteramtes und vom Zeugeneide nicht ausgeschlossen.<sup>6</sup> Dies leidet jedoch Ausnahmen, wenn sie entweder die Korporation im Prozesse repräsentiren,<sup>7</sup> oder wenn sie unmittelbar am Ausgange des Prozesses theilhaft sind.<sup>8</sup>

d) Die Handlungen der Glieder der Korporation berechtigen und verpflichten die Korporation nur, wenn sie auf Grund der Korporationsverfassung zu deren Vertretung berufen sind.

e) Die Korporationsmitglieder können eine Vertheilung des Vermögens der Korporation nicht fordern und dessen Erträge nicht beanspruchen. Sie können bei ihrem Austritte aus der Korporation Auszahlung eines Antheiles nicht verlangen.

2. Auch die Gesellschaft ist eine Vereinigung mehrerer,<sup>9</sup> um gemeinsamer Zwecke willen. Aber bei der Gesellschaft wird der Verband nicht personificirt. Rechte und Pflichten knüpfen sich an die Gesellschafter.

Daher läßt die Gesellschaft einen Wechsel der Personen der Gesellschafter nicht zu. Eine Gesellschaft mehrerer löst sich in der Regel durch den Tod, oder durch den Austritt auch nur eines der Gesellschafter auf. Im Falle des Eintrittes eines neuen Mitgliedes in die Gesellschaft entsteht eine neue Gesellschaft.

5) l. 7 pr. D. h. t. 3, 4. l. 1 §§ 2 ff. D. eod. In Rom geschah die Repräsentation im Prozesse durch einen zu wählenden Syndikus. Nach der heutigen Organisation ist der Syndikus nur ein Glied des Vorstandes oder gar nur der Vertreter des Vorstandes in Prozeßangelegenheiten. Ueber den Gerichtsstand der Korporationen vgl. C.P.D. § 19, auch § 23. Zustellungen erfolgen an den Vorstand, C.P.D. § 169, Eide hat dieser auszusprechen, vgl. C.P.D. § 460.

6) Vgl. C.P.D. § 41 Ziff. 1, § 358 Ziff. 4.

7) R.G. Bd. 2 S. 400.

8) Wird einer Gemeinde eine Summe vermacht, welche den Armen zu gute kommen soll, so sind solche Arme, denen dieselbe voraussichtlich zufließen wird, als unmittelbar theilhaft zu erachten; andere Gemeindegemeinschaften sind dies selbst dann nicht, wenn in Folge der Gültigkeit des Legates möglicherweise die Gemeindesteuern sich verringern werden. Zu ganz ähnlichen Resultaten wie die moderne Praxis kamen schon die Kanonisten des Mittelalters, Oerke Bd. 3 S. 300.

9) § 5 J. de societate 3, 25.

Das Eigenthum und die Rechte, welche namens der Gesellschaft erworben werden, gehören den Gesellschaftern. Die Schulden verhaften die Gesellschafter persönlich. Klagen und verklagt werden können nur die Gesellschafter als solche.

Jeder Gesellschafter kann einseitig der Gesellschaft ein Ende machen. Jeder kann Theilung des Gesellschaftsvermögens fordern.<sup>10</sup>

3. Im gemeinen Rechte ist der Gegensatz zwischen Korporation und Gesellschaft abgeschwächt auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen, welche die Gesamtheit und ihre Mitglieder bis zu einem gewissen Grade identificirten.

Die Korporation gilt hiernach als berufen, dauernde Interessen ihrer Glieder zu wahren. Insbesondere ist die Gemeinde legitimirt, Gerechtigkeiten, welche den Gemeindegewissen als solchen oder einzelnen Klassen derselben oder Besitzern von Grundstücken in ihrer Markung zustehen, durch Klage geltend zu machen oder zur Abwehr von Ansprüchen, die gegen dieselben erhoben werden, negatorisch zu klagen.<sup>11</sup>

Bedeutsamer noch ist, daß zahlreiche Verbände, die einen wesentlich gesellschaftlichen Charakter haben, korporative Verfassungen besitzen oder wenigstens nach bestimmten Richtungen hin eine korporative Gestalt haben.<sup>12</sup>

Ihrem Wesen nach gehören den Gesellschaften alle Verbände an, bei welchen die Nutzungen des gemeinsamen Vermögens den einzelnen und nicht der Gesamtheit zufließen. Dennoch haben derartige Verbände häufig eine korporative Verfassung. Sie sind dann als Genossenschaften zu bezeichnen. Solche waren die alten deutschen Markgenossenschaften, sind unter anderen Wald- und Haubergsgenossen-

10) l. 14 D. pro socio 17, 2.

11) Haubold opuscula tom II p. 547 ff. Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 8 S. 195 ff. Seuffert, Archiv Bd. 1 n. 1, Bd. 16 n. 97. Das Urtheil für und gegen die Gemeinde macht Recht gegen die einzelnen. Natürlich bleibt diesen aber unbenommen, besondere Rechte, die sich auf besondere Titel gründen, dem gegenüber geltend zu machen.

12) Es gehört zu den wichtigsten Streitfragen des deutschen Rechtes, ob Zwischenbildungen zwischen der Korporation und der römischen Gesellschaft anzuerkennen sind. Hierfür trat namentlich Beseler ein, Volksrecht S. 158, Privatrecht § 71, vgl. Gerke Bd. 2 S. 908, dagegen erklärte sich neuerdings namentlich Stobbe Bd. 1 § 51 Anm. 8. Dort finden sich die Anhänger beider Ansichten verzeichnet. Das die deutschen Genossenschaften von den römischen Korporationen verschieden sind, ist freilich eine Thatsache, die nicht zu leugnen ist. Dennoch will man sie den römischen Korporationen unterordnen, ihrer Eigenthümlichkeit aber dadurch gerecht werden, daß man die Berechtigungen der Genossen als jura in re oder als nur auf der Verfassung des Vereines beruhendes obligatorisches Mitgliedsrecht auffaßt. Aber in diesen Rechten liegt nicht etwas äußerliches, sondern Kern und Zweck des Verhältnisses. Vgl. gegen Stobbe Heusler in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 294.

schaften. Auch die modernen Aktiengesellschaften verwerthen diese Konstruktion.

Anderer Gesellschaften übernehmen nur einzelne korporative Elemente. Die offenen Handelsgesellschaften,<sup>13</sup> bei welchen mehrere Personen unter einer gemeinsamen Firma mit persönlicher Haftung ein Handelsgewerbe betreiben, sind Gesellschaften. Ihr Vermögen gehört den Gesellschaftern, ihnen fließen die Nutzungen zu, die Verwaltung ist eine gesellschaftliche. Dennoch sind diese Gesellschaften befugt, als Einheit unter ihrer Firma Eigenthum zu erwerben, als Einheit zu klagen und verklagt zu werden.

In ähnlicher Weise können Privatvereine ohne Korporationsrechte doch als Einheit klagen und verklagt werden.<sup>14</sup>

Dadurch, daß Gesellschaften derart korporative Elemente aufnehmen, schmiegt sich ihre Form den Anforderungen des Lebens und ihren besonderen Verhältnissen auf das genaueste an. Aber es fehlt die strenge Konsequenz und es sind Zweifel darüber möglich, wie weit das korporative Element reicht. Das römische Recht entsprach mehr der Logik und war bestimmter, aber auch starrer und dem Vereinswesen weniger bequem.

## § 62. Anstalten und Stiftungen.

Außer den Korporationen können Stiftungen und Anstalten mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet sein.<sup>1</sup>

1. Eine Anstalt mit juristischer Persönlichkeit ist der Fiskus. Juristische Persönlichkeit haben ferner gewisse vom Staate oder von Gemeinden organisirte Anstalten. Zu den Staatsanstalten gehören derzeit die Universitäten. Sie haben sich zwar bis heute korporative Einrichtungen erhalten. Aber Korporationen, wie sie dereinst waren, sind die Universitäten nicht mehr. Auch Gymnasien und andere Schulen, die bald Staats- bald Gemeindegewerkschaften sind, können die juristische Persönlichkeit erlangen.

13) S.G.B. Art. 85, Art. 111. Litteratur „für“ und „gegen“ die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaften führt an Stobbe Bd. 1 § 49 Anm. 39.

14) R.G. Bd. 4 S. 156. R.D.S.G. Bd. 4 S. 210.

1) Früher identificirte die Theorie die Korporationen mit den juristischen Personen, vgl. Roth in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 188 Anm. 1. Savigny Bd. 2 S. 242 unterscheidet Korporationen und Stiftungen. Daneben sind als dritte Art die Anstalten hervorzuheben. Bei der Stiftung knüpft sich die Persönlichkeit an das Vermögen, sie entsteht erst durch eine Vermögenszuwendung und erlischt, wenn das Vermögen aufgezehrt ist; die Anstalt, z. B. ein Gymnasium, hat Rechtspersönlichkeit, auch wenn sie kein Vermögen hat. Diese Terminologie ist jedoch keine feststehende.

Kirchen, Bischofsstühle, Seminarier und andere Organisationen der katholischen Kirche und der protestantischen Landeskirchen sind gleichfalls Anstalten mit juristischer Persönlichkeit.<sup>2</sup>

2. Seit der christlichen Kaiserzeit wurden im römischen Reiche zahlreiche milde Stiftungen — *piae causae* — z. B. Armen-, Waisen- und Krankenhäuser mit selbständiger Persönlichkeit begründet.<sup>3</sup> Die neuere Zeit kennt außerdem Stiftungen zu anderen nützlichen Zwecken, insbesondere zu künstlerischen und litterarischen. Auch Familienstiftungen kommen vor, welche sich auf das Interesse einer Familie beziehen.

Die Stiftung im engeren Sinne ist ein nützlichen Zwecken gewidmetes Vermögen mit selbständiger Persönlichkeit. Im weiteren Sinne gehören zu den Stiftungen auch Vermögen, welche einem bestehenden Rechtsobjekte, z. B. dem Fiskus, einer Gemeinde, einer Kirche, einer Universität zu bestimmtem Zwecke zugewendet sind. Der Stifter und seine Erben sind befugt, die stiftungsmäßige Verwendung solcher Stiftsgelder zu fordern.<sup>5</sup> Es besteht aber auch eine öffentlich-rechtliche Pflicht zu stiftungsgemäßer Verwendung, so daß die Aufsichtsbehörde bei Zuwiderhandlungen einschreiten kann.

3. Die ruhende Erbschaft, d. h. der Nachlaß eines Verstorbenen vor Antritt des Erben, repräsentirt den Erblasser. Es ist also eine gedachte Person Träger der Rechte und Pflichten der ruhenden Erbschaft.

2) Vgl. oben § 60.

3) Roth, über Stiftungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 197 nimmt an, die *piae causae* hätten im römischen Rechte nicht eine selbständige Persönlichkeit gehabt, es hätte bloß, da sie nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, eine von der Kirche abgeleitete Persönlichkeit bestanden. Indessen durfte der Stifter selbständig Administratoren ernennen oder die Ernennung dritten, z. B. Erben, übertragen und die Bischöfe hatten nur die Aufsicht. Die restituirte l. 45 § 3 C. de episcopis 1, 3 besagt: *verum si quos specialiter defuncti rebus praeposuerunt, illos administrationem habere sinant neque ipsi administrant, sed inspiciant*. Nov. 131 cap. 10. Die Administratoren vertraten die Stiftung in Rechtsgechäften und Prozessen, l. 48 § 1 C. de episcopis 1, 3. Hierin liegt die selbständige Persönlichkeit der *piae causae* offen vor.

4) Stiftungen zu milden Zwecken sind besonders privilegiert. Insbesondere gilt dies für letztwillige Verfügungen zu ihren Gunsten.

5) Es steht dem Stifter und seinen Erben eine Klage auf Rückgabe des Stiftungsvermögens — *condictio sine causa* — aber auch auf Verwendung dem Zweck gemäß offen.

6) Wird die Stiftung durch die Aufsichtsbehörde in Folge ihres Reformationsrechtes zu einer anderen als der stiftungsgemäßen Verwendung genöthigt, so wird es unmöglich, dem Stiftungswillen Genüge zu thun, dem müssen sich auch die Erben des Stifters fügen. Sie haben dann weder Klage auf Erfüllung noch auf Rückgabe.

Hierin liegt ihre Verwandtschaft mit den juristischen Personen.<sup>7</sup> Im übrigen findet sich nichts verwandtes. Die juristische Person besteht um allgemeiner Zwecke willen, die ruhende Erbschaft wird im Interesse des einzelnen Individuums, nämlich des Erben, personificirt. Die juristische Person ist für die Dauer, die ruhende Erbschaft für eine Uebergangszeit bestimmt. Die Rechtsnormen, welche die juristische Person beherrschen, sind auf die ruhende Erbschaft nicht anwendbar.

## B. Entstehung und Ende.

### § 63. Begründung der juristischen Personen.

Die juristischen Personen begründet theils der Wille des Staates, theils der private Wille.

a) Entsteht ein neuer Staat, so hat er auch juristische Persönlichkeit. Denn die selbständige Vermögensfähigkeit ist ein wesentliches Attribut des Staates. Als daher der norddeutsche Bund und später das deutsche Reich geschaffen wurden, hatten sie vom Momente ihrer Existenz an juristische Persönlichkeit.

Die selbständige Persönlichkeit ist nicht weniger wesentliches Attribut der Gemeinden. Wird eine solche durch den Staat begründet, so wohnt ihr die juristische Persönlichkeit ohne weiteres inne. Auch eine Kirche hat selbständige Persönlichkeit, wenn sie, neu gestiftet, vom Staate anerkannt ist.

Der Staat kann öffentlichen Anstalten jeder Art, z. B. Universitäten, Gymnasien, staatlichen Banken juristische Persönlichkeit ertheilen.

b) Private können Privatkorporationen und Stiftungen in das Leben rufen. Sie begründen eine Korporation, wenn sie sich zu erlaubten Zwecken unter einer korporativen Verfassung vereinigen;<sup>1</sup> sie erschaffen Stiftungen, wenn sie entweder durch letztwillige Verfügung oder durch einen Stiftungsakt unter Lebenden Vermögen zu einem nützlichen Zwecke aussetzen und ihm eine selbständige Verwaltung geben.

7) Meistens behaupten die neueren, die ruhende Erbschaft sei eine juristische Person. Aber die hierfür angeführte — oben § 59 Anm. 6 abgedruckte — l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 zieht nur eine Parallele zwischen den Verhältnissen. Es liegt kein Grund vor, weiter zu gehen und die hereditas jacens den juristischen Personen unterzuordnen.

1) l. 85 D. de V. S. 50, 16 Marcellus libro 1 digestorum. Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est. Vgl. hierzu die lex Ursonensis cap. 67. Man will jedoch auch Begründung einer Korporation durch zwei Personen verstaten. Windscheid § 60 Anm. 6, Arndts § 44 Anm. 2.

Bedarf es außerdem einer besonderen Verleihung der Persönlichkeit durch die Staatsgewalt? Viele erachten dies als etwas begrifflich nothwendiges. Weil die juristische Person etwas künstliches sei, nimmt man an, daß sie nur durch besonderen Staatsakt begründet werden könne. Der Grund ist nicht zutreffend.<sup>2</sup> Korporationen und Stiftungen haben eine natürliche Existenzberechtigung, daher weiß man in älteren Rechtszuständen von einer derartigen staatlichen Koncession nichts. Es wird in späteren Epochen Genehmigung erfordert, aber nur aus polizeilichen Gründen.

Zur Zeit der römischen Republik stand den Bürgern die Bildung von Privatkorporationen frei.<sup>3</sup> Aus polizeilichen Gründen verboten dann Gesetze von Julius Caesar und Augustus die Vereine, außer bestimmten althergebrachten Korporationen.<sup>4</sup> In Folge dessen bedurfte jede neue Vereinsbildung besonderer Koncession des Senates oder des Kaisers. Dies galt für Vereine mit und ohne korporative Verfassung. War aber ein Verein mit korporativer Verfassung einmal zugelassen, so hatte er ohne weiteres die Rechte juristischer Persönlichkeit.<sup>5</sup> Einer

2) Die Frage ist eine alte. Die Glossatoren forderten für Korporationen in Gemäßheit der römischen Gesetze staatliche Erlaubniß, was denn allerdings vielfach mit staatlicher Verleihung der Korporationsrechte identificirt wurde, vgl. Gierke Bd. 3 S. 206, S. 288, S. 368, dagegen kamen bereits die Postglossatoren im wesentlichen auf freie Konstituierung der *collegia voluntaria* ohne obrigkeitliche Genehmigung, Gierke a. a. D. S. 438. Unter den neueren sind die Ansichten sehr getheilt. Mit der Ansicht des Textes stimmen überein Bessler P.R. § 67, Windscheid § 60. Der entgegengeetzten Ansicht sind Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 5, Kierulff S. 132, Savigny Bd. 2 S. 275, Stobbe Bd. 1 § 52 Anm. 6. Bei Stobbe ist die Litteratur zusammengestellt.

3) Eine Handhabe gab die Zwölftafelgesetzgebung, l. 4 D. de collegiis 47. 2. Die Ansichten sind übrigens getheilt. Vgl. einerseits Pernice, Laboer Bd. 1 S. 290, andererseits M. Cohn, Vereinsrecht S. 27 und Gierke Bd. 3 S. 80 Anm. 67. Bei Gierke finden sich ausgiebige Litteraturangaben.

4) l. 1 pr. D. quod eujuscumque universitatis 3, 4. Vgl. über die *leges Juliae* Pernice a. a. D. S. 299. Das Verbot bezog sich hiernach ursprünglich nur auf die *collegia*, nicht auf die *societates* der Publiken, und war zunächst nur für Rom erlassen. Jedoch wurde es durch *Senatusconsulte* und kaiserliche Konstitutionen über die ursprünglichen Grenzen hinausgeführt.

5) Vgl. l. 1 § 1 D. h. t. 3, 4 Gajus libro 3 ad edictum provinciale. Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive eujusque alterius eorum nomine proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi ferique oporteat, agatur fiat. Siehe ferner l. 2 D. de rebus dubiis 34, 5 Paulus libro 12 ad Plautium . . . nulla dubitatio est, quod si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur . . . Arndts § 44 Anm. 4 Windscheid § 60 Anm. 3, Pernice a. a. D. S. 303 nehmen demzufolge mit Recht an, daß eine Verleihung der Korporationsrechte nicht stattfand, daß diese vielmehr nur eine Konsequenz des freigegebenen Associationsrechtes bilden. Anderer Ansicht ist freilich Gierke a. a. D. S. 98 Anm. 219, welcher zwar zugestehet, daß seine Meinung zum Theil den Wortlaut des *corpus juris* für sich hätten, aber vermeint, sie seien sich mit dem Geiste der Quellen in Widerspruch.

besonderen Verleihung der Korporationsrechte durch den Staat bedurfte es nicht. Die römischen Polizeiverbote gegen Vereine wurden in Deutschland nicht recipirt. Daher können sich nach gemeinem Rechte Korporationen frei bilden, ohne der Staatsgenehmigung zu bedürfen.

Bezüglich der Stiftungen ist in den römischen Quellen nirgends von einer Staatsgenehmigung die Rede.<sup>6</sup> Sie hätte dem Geiste der christlichen Kaiserzeit Roms, welcher die milden Stiftungen möglichst begünstigte, nicht entsprochen. Auch gemeinrechtlich bedarf es ihrer daher nicht.

Nach den meisten Partikularrechten Deutschlands ist dagegen die staatliche Genehmigung für Korporationen und Stiftungen erfordert. Auch dies hat einen bloß polizeilichen Charakter; die Nützlichkeit der juristischen Person, die Angemessenheit ihrer Verfassung soll geprüft werden. Die Genehmigung hat also nicht die Bedeutung der Verleihung von Korporationsrechten, sondern die einer Anerkennung.

Der Gegensatz tritt besonders dann hervor, wenn der Erblasser eine in seinem Testamente angeordnete Stiftung zum Erben einsetzt. Diese Einsetzung wäre nichtig, wenn die Stiftung erst mit der Staatsconcession entstände; denn institutionsfähig ist nur, wer im Augenblick des Todes des Erblassers existirt, also unmittelbar in dessen Recht eintreten kann. Da aber die Stiftung schon mit dem Tode des Erblassers unter Voraussetzung der Staatsgenehmigung entsteht, so kann sie dessen Erbe werden und ihre Einsetzung ist gültig.<sup>7</sup>

#### § 64. Ende der juristischen Person.

Die juristische Person ist in ihrer normalen Gestalt auf die Dauer angelegt. Die Begründung einer juristischen Person bloß auf

6) Die nov. 67 und nov. 131 cap. 7 verlangen allerdings zur Grundsteinlegung von Bethäusern und Klostergebäuden die Gegenwart und das Gebet des Bischofes. Hierin sieht Gierke Bd. 3 S. 121 — ähnlich wie früher Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 17 — die Nothwendigkeit der Genehmigung der milden Stiftungen durch die Kirchenoberen, die in dieser Richtung unbedenklich als Organe der Staatsgewalt angesehen werden könnten. Es ist offenbar, daß jene Novellen nicht ausreichen, um so weittragende Schlüsse zu rechtfertigen. Die restituirte l. 45. C. de episcopis l. 3 giebt vielmehr zu erkennen, daß die milden Stiftungen auch ohne bischöfliche Genehmigung in Kraft traten. Uebrigens ist die Frage, ob Stiftungen gemeinrechtlich der staatlichen Genehmigung bedürfen, eine höchst bestrittene. Für deren Nothwendigkeit erklärt sich Vangerow Bd. 1 § 60, Savigny Bd. 2 S. 276; dagegen Buchta § 28, Windscheid § 60. Weitere Litteratur siehe bei Stobbe § 62 Anm. 5.

7) Die Frage wurde vorzugsweise streitig bei Gelegenheit des Testaments des Frankfurter Bürgers Städel, welcher ein von ihm gestiftetes Kunstinstitut zu Erben

Zeit oder bis zur Erreichung gewisser Zwecke ist etwas außergewöhnliches. Doch ist es nichts unmögliches. Die juristische Person erlischt dann mit dem Termine, sowie mit der Erreichung ihrer Zwecke.<sup>1</sup>

Hievon abgesehen erlischt die juristische Person entweder mit Wegfall ihrer Grundlagen, oder durch staatliche Entziehung der Rechtspersönlichkeit.

a) Die juristische Person endet, wenn die Grundlage, an welche sie sich knüpft, wegfällt.

Die Korporation insbesondere hört auf, wenn Korporationsmitglieder nicht mehr existiren. Dagegen genügt das Uebrigbleiben eines Mitgliedes.<sup>2</sup> Ob und in welchen Formen Auflösungsbeschlüsse rechtsgültig sind, bestimmt sich in erster Linie nach der besonderen Verfassung der Korporation. Ist hierüber nichts vorgeesehen, so ist Einstimmigkeit vonnöthen; denn ein Auflösungsbeschluß liegt außerhalb des Regelrechten.<sup>3</sup> Ob Staatsgenehmigung zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses erfordert ist, richtet sich gleichfalls in erster Linie nach dem besonderen Rechte der Korporation. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so ist zu untersuchen, ob ein staatliches Interesse bei der Existenz der Korporation besteht. Dann bedarf es der staatlichen Genehmigung, sonst aber nicht.<sup>4</sup>

einsetzte. Vgl. Ewers, testamentarische Erbfähigkeit 1827, Mühlenbruch, rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles 1828.

1) Bei den modernen Bildungen, welche sich der juristischen Person nähern wie den Aktiengesellschaften, kommt derartige nicht ganz selten vor.

2) l. 7 § 2 D. quod cujuscumque univ. 3. 4 Ulpianus libro 10 ad edictum... sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis Savigny Vd. 1 S. 280 erachtet es als einen irrthümlichen Schluß, daß der Tod aller Mitglieder die Korporation nothwendig auflösen müsse. Wo ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zu Grunde liege, müsse dies verneint werden. Doch jener Schluß liegt sehr nahe. Der Untergang folgt aber auch aus dem Wesen der Korporation. Mit Recht erwiedert Brinz a. a. D. S. 1147: „Wie lange sich die Korporation nach dem Aussterben der Glieder erhält, ist nicht gesagt. Und soll der neueintretende sich selbst aufnehmen? Die Korporation kann nicht ohne Verluste gedacht werden.“ Anders ist es nur, wenn in Wahrheit nicht eine Korporation, sondern eine Anstalt vorhanden ist. Die Glossatoren ließen die Korporationen mit Wegfall ihrer sämtlichen Glieder erlöschen, Gierke Vd. 3 S. 237, anders die Kanonisten, da ihnen die kirchlichen Korporationen zu Anstalten wurden, Gierke a. a. D. S. 350. Die Postglossatoren unterschieden danach, ob eine „spes refectionis“ bleibe vgl. Gierke S. 497 und über die älteren deutschen Praktiker S. 745. Die vorübergehende Zerstreung der Mitglieder einer Korporation, z. B. in Folge von Krieg oder Revolution ist natürlich ohne rechtliche Bedeutung.

3) Die Frage ist bestritten. Der hier vertheidigten Ansicht ist Stobbe Vd. 1 § 54 Anm. 9, Windscheid § 61 n. 2, dagegen Roth § 72 n. 39, Brinz S. 1148.

4) Manche fordern Staatsgenehmigung des Auflösungsbeschlusses schlechthin. Aber ein gemeinrechtlicher Rechtsatz, welcher dies bestimmt, läßt sich nicht nachweisen. Ob ein staatliches Interesse bei der Erhaltung der Korporation besteht, darüber kann

Eine Stiftung erlischt, wenn das Stiftungsvermögen aufgezehrt ist, ohne daß Quellen zu dessen Erneuerung vorhanden sind.

Staatliche Anstalten, z. B. ein Gymnasium, erlöschen, wenn sie der Staat eingehen läßt; kirchliche, wenn sie durch rechtsgültige Beschlüsse der geistlichen Oberen eingezogen werden.

b) Der Staat kann die juristische Person auflösen und aufheben, womit er ihr die Rechtsfähigkeit entzieht.<sup>5</sup> Denkbar ist, daß er einen Verein bestehen läßt, aber ihm die selbständige Rechtsfähigkeit nimmt. Doch wird dies nicht leicht vorkommen. Die Entziehung der Persönlichkeit kann durch Gesetze, aber auch durch Regierungsakte geschehen.

Im Anschluß an alte Doktrinen<sup>6</sup> besteht das Gewohnheitsrecht, daß das Vermögen einer weggefallenen juristischen Person dem Fiskus zukommt,<sup>7</sup> daß der Fiskus aber zu dessen Verwendung für verwandte Zwecke staatsrechtlich verpflichtet ist.<sup>8 9</sup> Erworbene Rechte einzelner an dem ihm anfallenden Vermögen hat der Fiskus zu achten. Der Fiskus tritt nicht ein, sofern über die Verwendung oder die Vertheilung des Vermögens durch Statuten oder rechtsgültige Beschlüsse Bestimmung getroffen ist.

### C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

#### § 65. Die Organisation der juristischen Personen.

1. Die juristische Person ist fähig zu Vermögensrechten jeder Art.<sup>1</sup> Sie ist nicht fähig zu Familienrechten. Eine Adoption

freilich nur der Staat selbst entscheiden. Kein staatliches Interesse besteht unter anderen an dem Fortbestehen einer Erholungs-gesellschaft, welche Korporationsrechte hat.

5) Vgl. l. 56 D. de usufructu 7, 1 verb. „nec facile capitis deminutione periturus est“. Ueber die Entwicklung der Theorie bei den neueren siehe Gierke a. a. D., namentlich S. 498.

6) Die l. 3 D. de collegiis 47, 22, wonach die Gelder aufgelöster Kollegien unter die Mitglieder vertheilt werden sollen, bezieht sich nur auf unerlaubte Vereinigungen, die eben deshalb keine Korporationsrechte haben.

7) Ueber die Ansicht der Glosse vgl. Gierke a. a. D. S. 237; zur Zeit der Postglossatoren war das Recht des Fiskus bereits anerkannt, Gierke a. a. D. S. 499.

8) Dies ist namentlich für fromme Stiftungen alten Rechts. Vgl. die auf Bartolus gestützten Ausführungen von Juristen des Reformationszeitalters bei Gierke a. a. D. S. 714. Das R.G. geht von derselben Auffassung aus und hat hierin die Zustimmung von Bähr gefunden, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts 1883 S. 14.

9) Erstreckt sich das Recht des Staates im Fall der Aufhebung einer juristischen Person, die ihm durch ihren Sitz angehörte, auch auf deren im Auslande belegenes Vermögen? Man wird dies im Verhältniß der deutschen Staaten unter einander bejahen müssen, vgl. instrumentum pacis Osnabruccensis art. V § 47, Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 § 36, Seuffert, Archiv Bd. 26 n. 147. Im Verhältniß zu nichtdeutschen Staaten besteht ein entsprechender Satz nicht.

1) Ueber die Erbfähigkeit der juristischen Personen ist im Erbrecht zu sprechen.

seitens derselben ist unzulässig. Auch die Führung einer Vormundschaft durch eine juristische Person wird in den Rechtsquellen nicht vorgesehen.<sup>2</sup> Eine Testamentsvollstreckung kann ihr aber aufgetragen werden.

2. Die Verfassung zahlreicher Korporationen beruht auf besonderen Gesetzen. Gemeindegesetze regeln z. B. das Recht der Stadt- und Landgemeinden, die Gewerbeordnung das der Innungen.

Soweit zwingende Gesetze nicht eingreifen, sind die Statuten der Korporation maßgebend, d. h. autonome Festsetzungen über die Korporationsverfassung. Solche Statuten giebt sich die Korporation namentlich bei ihrer Gründung; sie können auch später nach Maßgabe ihrer Verfassung vereinbart werden.

Bei Stiftungen bildet der Wille des Stifters, wie er sich in der Stiftungsurkunde ausdrückt, das Statut.

Bedeutung hat für Korporationen und Stiftungen auch das Herkommen. Es dient zur Erläuterung der Statuten und Stiftungsurkunden und zur Ergänzung derselben im Fall von Lücken.<sup>3</sup>

Von den Korporationen mit geordneter Verfassung — *ordinatae* — unterscheidet man solche ohne Verfassung — *inordinatae*. Werden bei denselben durch besondere Verhältnisse Beschlüsse nöthig, so muß sie die Mehrheit fassen, zu welcher alle Genossen gehörig zu laden sind. Die Berufung geschieht vom Vorstande oder, wenn es an einem solchen fehlt, von der Aufsichtsbehörde.

Lücken in der Verfassung der Stiftung, die bloß die Ausführung des Statuts betreffen, mag die Stiftungsverwaltung ausfüllen. Lücken anderer Art müssen durch die Aufsichtsbehörde ergänzt werden.

3. Soweit Gesetz oder Statut nichts anderes bestimmen, ist das oberste Organ der Korporation die gehörig berufene Versammlung der Korporationsgenossen. Die Beschlüsse der Mehrheit derselben sind maßgebend,<sup>4</sup> sie sind aber nicht im Stande, die Verfassung der Kor-

2) Der Geschichte sind freilich derartige Dinge nicht fremd. Die Republik Venedig hat mehrfach Fürstinnen als Töchter der Republik erklärt. Auch die Führung von Vormundschaften über unmündige Fürsten durch Staaten ist vorgekommen, z. B. über Wilhelm von Dranien.

3) Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 19.

4) l. 160 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 76 ad edictum. Refertur ad universos, quod publice fiat per majorem partem. Für die Versammlungen der römischen Dekurionen bestand der Satz, daß zur Beschlussfähigkeit die Anwesenheit von  $\frac{2}{3}$  sämtlicher Mitglieder erfordert sei, l. 2, l. 3 D. de decretis ab ordine faciendis 50, 9, l. 3 D. quod ejuscumque universitatis 3, 4. In der Praxis suchte man sehr häufig hierin eine allgemeine Regel für alle Versammlungen von Korporationsgenossen, oder man verlangte wenigstens die Anwesenheit von  $\frac{2}{3}$  bei Bestellung eines Prozessvertreters — des Syndikus. Dieser Praxis ist namentlich Savigny entgegengetreten. Sie findet derzeit wohl keine Vertheidiger mehr. Sal. auch Seuffert, Archiv Bd. 14 n. 200.

poration in ihren Grundzügen zu ändern. Nur was bloß der Ausführung und weiteren Ausbildung der Grundprincipien angehört, unterliegt dem Willen der Mehrheit.

In der Regel hat die Korporation einen Vorstand, welcher die Versammlung der Korporationsgenossen beruft und leitet, die Korporationsangelegenheiten verwaltet und die Korporation nach außen repräsentirt. Nicht selten hat die Korporation ferner Beamte, welche für sie innerhalb ihres Amtskreises handeln.

4. Häufig kommen Sonderrechte — *jura singulorum* — einzelner Korporationsgenossen vor. Dieselben können Vermögensvorthelle gewähren, aber auch im Rechte der Theilnahme an der Verwaltung der Korporationsangelegenheiten bestehen.

Es sind jedoch scharf zu unterscheiden Sonderrechte von bloßen Vergünstigungen zum Vortheil von einzelnen, welche auf dem Willen der Korporation beruhen. Vergünstigungen kann die Korporation zurücknehmen. Sonderrechte können nur unter Zustimmung des Sonderberechtigten zurückgenommen oder modificirt werden.<sup>5</sup>

5. Der Staat hat ein Aufsichtsrecht über die juristischen Personen. Dasselbe geht soweit, daß er ihre Verfassung ändern darf und daß er die Verfolgung anderer Ziele als der statutarischen fordern kann — *jus reformandi*.

Der Staat kann die juristische Person sogar aufheben, wie bereits hervorgehoben wurde.

### § 66. Repräsentation der juristischen Person.

Die juristische Person wird durch ihren Vorstand, ferner durch Beamte innerhalb des ihnen zugewiesenen Wirkungskreises repräsentirt.

Wieweit diese Repräsentation reicht, darüber besteht kein Einverständnis. Es ist namentlich streitig, ob die juristische Person durch schuldhaftes Handeln ihrer Repräsentanten verpflichtet wird. Die römischen Quellen verneinen dies ausdrücklich. Die Gemeinde haftet, erklärt Ulpian, nicht aus dem Dolus ihrer Verwalter, abgesehen von etwaiger Bereicherung. Denn eine Gemeinde kann nicht dolos handeln.<sup>1</sup> Bei dieser Entscheidung hat man sich jedoch seit dem Mittel-

5) In Bezug auf die Ausübung der Sonderrechte ist die Korporation — oder Genossenschaft — zu Anordnungen befugt, sofern die Sonderberechtigten durch sie nicht materiell geschädigt werden. Buchta und Budde, Entscheidungen Bd. 3 S. 48, auch bei Seuffert, Archiv Bd. 13 n. 124.

1) l. 15 § 1 D. de dolo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur. et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos

alter nicht beruhigt. Schon die Glossatoren erklärten sich für die Deliktzfähigkeit der juristischen Personen in gewissen Grenzen.<sup>2</sup> Die Kontroverse ist seitdem nicht zur Ruhe gekommen. Auch die heutige Praxis schwankt,<sup>3</sup> und die Theorie ist zwiespältig. Denn einerseits widerspricht es dem Rechtsgeföhle, die Entschädigungspflicht der juristischen Personen in Abrede zu stellen, falls ihre Organe durch Unterlassen oder Thun dritte außerkontraktlich schädigen. Und andererseits scheint doch der Satz Ulpian's von überzeugender Kraft: „quid enim municipes dolo facere possunt?“<sup>4</sup>

Zur Lösung kann die Frage nur kommen durch die Erkenntniß, daß das römische Recht grundsätzlich auf einem anderen Standpunkte steht, als das heutige.

Nach der Grundanschauung der Römer kann man sich durch Handlungen nur berechtigen und verpflichten, wenn sie auf dem eigenen Willen beruhen; Korporationen sind willensunfähig; folglich sind sie nach den römischen Grundsätzen unfähig, durch Handlungen zu erwerben oder sich zu verpflichten. Nur soweit der Erwerb oder die Verpflichtung sich durch andere Thatfachen — re — vollzieht, erwerben sie und treten sie in Verbindlichkeiten. Ein Recht, die juristische Person zu repräsentiren, gestanden die Römer grundsätzlich deren Beamten nicht zu. Hieraus ergab sich ihnen unter anderem, daß die Verwalter des Stadtvermögens bei Aufnahme von Darlehen für die Stadtgemeinde den Darlehensgläubigern persönlich hafteten, die Stadtgemeinde aber aus dem Darlehen nur insoweit in Anspruch genommen werden konnte, als es in ihren Nutzen verwendet war.<sup>5</sup>

pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant. puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Vgl. l. 4 D. de vi 43, 16. Nicht entgegensteht l. 9 § 1 D. quod metus causa 4, 2.

2) Gierke, Bd. 3 S. 234.

3) Zahlreiche Erkenntnisse des Reichsoberhandelsgerichtes, des Reichsgerichtes und anderer höherer Gerichte stellt zusammen Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichtes Heft 3 n. 12. Es ist zu denselben noch hinzuzufügen ein Urtheil des R.G. bei Fenner, Archiv für civilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. 2 S. 334, welches sich sehr entschieden für die Haftung der juristischen Person aus Delikten ihrer Vertreter ausspricht. Neuerdings hat R.G. Bd. 8 S. 236 anerkannt, daß juristische Personen jedenfalls für die Erfüllung der aus Kontratsverhältnissen hervorgehenden und der durch specielle Gesetze auferlegten Verpflichtungen gleich Privatpersonen haften und im Falle der Nichterfüllung solcher Verbindlichkeiten die Beschädigten nicht an ihre Vertreter oder Beamten verweisen dürfen.

4) Die hervorragenden Romanisten stehen meist unter dem Banne Ulpian's. So Savigny Bd. 2 S. 310, Vangerow Bd. 1 § 55. Doch ist Windscheid Bd. 1 § 59 Anm. 9 anderer Ansicht, vgl. auch Bekker in Ihering's Jahrbuch Bd. 12 S. 120. Bei Edgar Löning, die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879, findet sich weitere Litteratur. Löning selbst erklärt sich gegen die Haftung juristischer Personen für die außerkontraktliche Verschuldung ihrer Organe.

Freilich war dies System gegenüber den Anforderungen des Lebens nicht vollständig durchführbar. Man half sich, wo dieselben dringend wurden, in der Praxis durch Ausnahmen, für die man eine Erklärung nicht gab. Zum Besitzerwerb insbesondere ist der Besitzwille erfordert, welchen eine Korporation nicht haben kann. Deshalb sprachen viele römische Juristen der Korporation die Fähigkeit zum Besitzerwerb ab. Manche ließen nicht einmal Besitzerwerb durch Sklaven zu, weil die Korporation ihre Sklaven nicht besitze. Die Praxis durchhieb den Knoten; sie erkannte Besitzerwerb für die Korporation durch ihre Sklaven und durch Freie an. Eine wissenschaftliche Erklärung gelang nicht.<sup>6</sup> Es verlangt ferner der Erwerb einer Erbschaft oder *honorum possessio* den Erwerbswillen. Daß die Korporation solchen nicht hat, wird von den Juristen konstatiert, gleichwohl lassen sie den Erbschaftserwerb zu als bloße Singularität aus Nützlichkeitsgründen.<sup>7</sup>

In diesem Zusammenhange erklärt sich von selbst, daß die Gemeinde wegen des Verzuges ihrer Administratoren bei Erfüllung von Fideikommissen, abgesehen von den Zinsen, nicht einsticht, und daß sie wegen der durch Schuld ihrer Administratoren auflaufenden Prozeßkosten nicht aufkommen muß.<sup>8</sup> Es ist vollends selbstverständlich, daß sie wegen außerkontraktlicher Delikte ihrer Administratoren nicht haftet.

5) l. 27 D. de rebus creditis 12, 1. Ulpianus libro 10 ad edictum. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utititatem ejus pecunia versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur. Daß entsprechende bestimmt bezüglich der *piae causae* die nov. 120 cap. 6 § 3. Vgl. auch l. 4 D. quod jussu 15, 4. — Seit der Zeit der Postglossatoren hat man die l. 27 cit. vorzugsweise der Art beseitigt, daß man in ihr lediglich eine Beschränkung der Zuständigkeit korporativer Vorsteher und Verwalter erblickte. Es soll hiernach die Korporation dann auch ohne *versio* verpflichtet werden, wenn die Gesamtheit selbst das Darlehen aufgenommen oder der Aufnahme zugestimmt oder eine Specialvollmacht zur Aufnahme erteilt hat. Vgl. die bei Gierke Bd. 3 S. 400 Anm. 191 angeführten. Savigny Bd. 2 S. 294 erklärt die Stelle natürlich richtig; aber er hält sie auch für praktisches gemeines Recht, was der Erfahrung zuwiderläuft.

6) l. 1 § 22 D. de a. vel o. p. 41, 2. Paulus libro 58 ad edictum. Municipales per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt... sed Nerva filius ait, per servum, quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quia ipsos servos non possideant. l. 2 D. eod. Ulpianus libro 70 ad edictum. Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipales possint: idque eis et per servum et per liberam personam acquiratur, vgl. l. 7 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Mit dem Zweifel, ob juristische Personen besitzen können, stand der Zweifel, ob ein *furtum* an ihren Objekten möglich sei, in Verbindung, l. 31 § 1 D. de furtis 47, 2.

7) l. 1 § 1 D. de libertis universitatum 38, 3. Ulpianus libro 49 ad edictum: movet enim, quod consentire non possunt. Ulp. fragm. XXII § 5.

8) l. 78 § 2 D. de leg. II. Papinianus libro 9 responsorum. Etiam res publica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur, sed damnus, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarcendum erit, qui post dictam sententiam judicatum facere supersederunt nec aliud servabitur in litis sumtibus, si ratio litigandi non fuit.

Grundsätzlich verschieden ist die moderne Ansicht, wie sie zunächst im Mittelalter die Kanonisten anbahnten und die Postglossatoren weiter bildeten.<sup>9)</sup> Hiernach wird die Korporation durch ihre Repräsentanten in ihrem Amtskreise vollständig vertreten. Der Wille der Repräsentanten ersetzt den fehlenden natürlichen Willen der Korporation. Sie bilden die Organe, durch welche die juristische Person in den Rechtsverkehr eingreift.

Von diesem Standpunkte aus mußte Theorie und Praxis zu anderen Resultaten kommen als die Römer. Nicht wenige römische Rechtsätze wurden daher umgedeutet oder als unpraktisch fallen gelassen. Daß die Gemeinde durch Darlehen verpflichtet wird, welche die Administratoren derselben im Kreise ihrer Befugnisse aufnehmen, daran zweifelt heutzutage niemand mehr im Ernste. Ebenso wenig, daß die Gemeinde die Kosten zahlen muß, welche bei Prozessen, die sie führt, durch Schuld ihrer Vertreter auslaufen; dies natürlich vorbehaltlich ihres Rückgriffes gegen die Vertreter, welchen die Schuld zur Last fällt. In gleicher Weise ist aber auch der römische Satz der Deliktsunfähigkeit der Korporationen als unpraktisch zu erachten. Er ist Ausfluß eines Principes, welches das gemeine Recht verlassen hat. Die juristischen Personen hatten vielmehr aus schuldhaften Unterlassungen ihrer Organe und nicht weniger für deren schuldhafte, ihrem Amtskreise zugehörige Handlungen, in demselben Maße wie natürliche Personen für eigene Unterlassungen und Handlungen.

### Dritter Abschnitt.

#### Von den Sachen.

##### I. Vermögen und Vermögensbestandtheile.

##### § 67. Körperliche, unkörperliche Sachen.

Vermögen ist der Inbegriff der geldwerthen Güter einer Person.<sup>1)</sup> Das Vermögen wechselt in seinen Bestandtheilen, es kann sich mindern

9) Oertke Bd. 3 S. 331, S. 477.

1) Vgl. oben § 22.

oder mehreren. Dennoch behält es seine Identität durch die Beziehung auf den Vermögensinhaber.

Die Vermögensbestandtheile sind entweder körperliche Dinge — *res corporales* — oder unkörperliche Dinge — *res incorporales*.<sup>2</sup>

Körperliche Dinge sind die im Raume befindlichen Vermögensobjekte, also Grundstücke und Mobilien. Nur körperliche Objekte sind im eigentlichen Sinne des Besitzes, der Tradition, der Erziehung, des Eigenthums fähig.<sup>3</sup>

Unkörperlich sind die Rechte, z. B. Servituten, Obligationen, Erbsprüche.

Wie jedes Recht ist auch das Eigenthumsrecht begrifflich etwas unkörperliches. Im Leben jedoch identificirt man das Eigenthumsrecht mit der Sache selbst, da es dieselbe total umspannt. In Folge dessen wird es wie etwas körperliches aufgefaßt, eine Vorstellung, welche die römischen Juristen theilen.

Auch die Eintheilung in *res mancipii* und *nec mancipii* bezog sich auf die Vermögensbestandtheile, nicht auf die körperlichen Sachen. *Res mancipii* waren italische Grundstücke, Sklaven, vierfüßige Zug- und Lastthiere, aber auch die Grundgerechtigkeiten landwirthschaftlicher Grundstücke;<sup>4</sup> *res nec mancipii* waren die Vermögensbestandtheile anderer Art, die körperlichen wie die unkörperlichen.<sup>5</sup> Dem justinianischen Rechte gehört diese Eintheilung nicht mehr an, an die sich im früheren Rechte sehr wichtige Rechtsätze knüpfen.

2) pr. §§ 1 und 2 J. de rebus incorporalibus 2, 2, — Gaj. Inst. II § 52. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. nam ipsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. Vgl. l. 1 § 7 D. ad legem Falcidiam 25, 2. Die scharfe Unterscheidung der Vermögensbestandtheile in körperliche und unkörperliche gehört erst den letzten Zeiten der Republik an. Vgl. Gaj. Inst. II § 54, Schrader: was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gajus? S. 45.

3) l. 3 pr. D. de a. vel o. poss. 41, 2, Paulus libro 54 ad edictum: Possideri autem possunt quae sunt corporalia. l. 43 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Gaj. Inst. II §§ 19, 28. l. 9 D. de usurp. 41, 3.

4) Gaj. Inst. II §§ 15 ff.

5) Gaj. Inst. II § 19.

## § 68. Sondervermögen und Sachgesammtheiten.

Nicht selten finden sich Sondervermögen — universitates juris.<sup>1</sup> Es ist dies ein Kreis von Vermögensbestandtheilen, welcher in Folge gemeinsamen Ursprunges oder gleichartiger wirtschaftlicher Bestimmung eine Einheit bildet und als solche rechtlich behandelt wird. Wie ein Gesamtvermögen können sich diese Vermögensbestandtheile verändern, vermehren, vermindern, ohne daß die Identität des Sondervermögens aufhört.<sup>2</sup> Im übrigen lassen sich gemeinsame Rechtsätze für die Sondervermögen nicht aufstellen, da sie aus verschiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken als Einheiten gedacht werden.<sup>3</sup>

Beispiele von Sondervermögen sind eine Erbschaft, das Peculium von Hauskindern und von Sklaven,<sup>4</sup> die dem Ehemanne eingebrachte Dos.<sup>5</sup> Besonders fruchtbar ist das heutige Recht an Sondervermögen. Ein Sondervermögen bildet z. B. das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft.

Von den Sondervermögen — universitates juris — unterscheidet man die Sachgesammtheiten — universitates facti —, d. h. gleichartige körperliche Objekte in ihrer Vereinigung:

1) Den Anstoß zur Unterscheidung der universitas juris und facti gab die Glosse non utetur zu l. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2, welche die universitas corporea et juris, in qua actiones continentur — das peculium — der corporea universitas — einer Heerde — entgegenstellte. Von den späteren suchten einige das unterscheidende Kriterium darin, daß universitas juris die vom Rechte, universitas facti die durch menschliche Willkür geschaffene Einheit sei, vgl. neuerdings Bachmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 183. Dies ist nicht zutreffend. Es handelt sich bei beiden um eine Zusammenfassung, die in den Lebensverhältnissen wurzelt und im Rechte Anerkennung findet. Vielmehr ist das unterscheidende, daß die universitas facti gleichartige körperliche Objekte zusammenfaßt, die universitas juris oder, wie man hier nach auch wohl sagt, jurium, Vermögensbestandtheile verschiedener Art, vgl. Kierulff S. 321. — Haffe im Archiv für c. Pr. Bd. 5 n. 1, Mühlenbruch, ebendasselbst Bd. 17 n. 12 wollen die Unterscheidung von universitas juris und facti aufgeben, wozu ihnen jedoch die meisten heutigen Schriftsteller mit Recht nicht folgen. Vgl. Birtmeyer, das Vermögen S. 101 ff.

2) l. 40 D. de peculio 15, 1. Marcianus libro 5 regularum: Peculium nascitur decrescit moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat simile esse homini.

3) Die ältere Dogmatik wollte bei allen universitates juris dem Sake Anwendung geben, res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, desgleichen dem an denselben Berechtigten stets eine Universalflagge gegen den Besitzer auf Herausgabe des Ganzen gewähren. Beides war nicht richtig. Das Verdienst der oben in Ann. 6 citirten Abhandlungen von Haffe und Mühlenbruch bestand in der Hervorhebung der Wahrheit, daß die universitates nur relativ, d. h. in einzelnen Beziehungen und in verschiedener Weise eine rechtliche Einheit bilden.

4) l. 5 § 3 D. de peculio 15, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum: Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum, Wandry, Begriff des peculium S. 4 ff.

5) l. 1 § 4 D. de dote praelegata 33, 4. Bachmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 186.

dieselben sind entweder Naturganze, wie eine Heerde oder durch einen menschlichen Willen zu einem Zwecke verbunden, wie eine Bibliothek, eine Gemäldefammlung.“ Die Sachgesammtheit ist ein *corpus ex distantibus*, d. h. die einzelnen vereinigten Objekte bleiben körperlich selbständige Sachen. Sie bildet daher nicht, wie ein *corpus ex cohaerentibus*, z. B. ein Haus, eine körperliche Sache. Die Vereinigung hat zwar physische Realität, aber die Einheit besteht nur in der Vorstellung des menschlichen Geistes.

Bei Verkäufen, Vermächtnissen, Verpfändungen und anderen Verfügungen sprechen die Betheiligten oft von Uebertragung einer „Heerde“, „Bibliothek“ oder sonstigen Sachgesammtheit. Bei der Auslegung des Geschäftes ist festzustellen, was in der bezüglichen Sachgesammtheit begriffen ist. Um deswillen hat der Begriff Bedeutung für das Recht.

Nicht die Sachgesammtheit aber, sondern nur die einzelnen in ihr begriffenen Stücke sind Gegenstand des Besitzes, des Eigenthumes und dinglicher Rechte. Denn die Sachgesammtheit als solche ist etwas unkörperliches. Thatsächlich sowie rechtlich beherrschbar ist nur das körperliche, also das einzelne Stück.<sup>7</sup>

6) Goepfert, über einheitliche zusammengesetzte und Gesamtsachen 1871, will den Ausdruck Sachgesammtheit auf Heerden und ähnliche Naturganze beschränken. Hiermit stimmt nicht die Aeußerung von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: — *tertium (genus) quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta veluti populus, legio, grex.* Das Beispiel der Legion wäre falsch gegriffen, wenn diese Gesammtheiten subjektiv oder objektiv nur Naturganze sein könnten. — Vgl. unten § 74 Anm. 13.

7) Mit Klarheit und Bestimmtheit spricht dies aus l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 30 ad Sabinum. *De tertio autem genere corporum videndum est. non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. quid ergo est? etsi ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio, nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt.* Gleichwohl besteht seit Alters Kontroverse. Dafür, daß die Sachgesammtheit als solche im Eigenthum stehe, führt man namentlich an, daß die Heerde als Ganzes vindicirt wurde, also mit der Formel *gregem meam esse*. Dies ist aber nicht durchschlagend. Die *vindicatio gregis* stammt aus alter Zeit. Sie gehörte den *legis actiones* an — Gaj. Inst. IV § 17 — da man sich über den begrifflichen Unterschied, welcher hier in Frage kommt, entschieden nicht klar war. Vgl. auch Ulp. fragm. XIX § 11. Die *vindicatio gregis* erhielt sich später nur aus Nützlichkeitsgründen, über welche unten bei der Bindikation zu reden ist; vgl. l. 1 § 3, l. 2, l. 3 pr. D. de rei vind. 6, 1, l. 23 § 5 eod. Aeltere Schriftsteller über die Kontroverse führt an Girtanner Jherings Jahrbuch Bd. 3 S. 207, die neuere Litteratur findet sich bei Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 5. Gegen Eigenthum an der Sachgesammtheit als solcher hat sich namentlich erklärt Wächter, Erörterungen Heft 1 S. 17, vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 59, Exner, Tradition S. 215 ff. Windscheid a. a. O. nimmt Eigenthum an Heerden und anderen Naturganzen an, bei den übrigen Sachgesammtheiten Eigenthum an den einzelnen Stücken.

## II. Die res extra commercium.

## § 69. 1. Objekte des Gemeingebrauches.

Die körperlichen Sachen sind in der Regel des Privateigenthumes fähig. Gewisse Kategorien von körperlichen Objekten sind aber dem Eigenthume der Privaten entzogen — extra commercium<sup>1</sup> — theils aus allgemeinen Gründen, theils nach positiver Rechtsvorschrift.

Nicht als Sache gilt der Körper des lebenden Menschen. Er ist Theil des Rechts subjektes und als solcher des Eigenthumes unfähig.<sup>2</sup> Dennoch wurden die Klagen wegen Sachbeschädigung bei körperlicher Verletzung freier Menschen analog angewendet,<sup>3</sup> da immerhin der menschliche Leib der Körperwelt zugehört. Was aufhört Theil des lebenden menschlichen Organismus zu sein, wird des Eigenthumes fähige Sache. Daß jemandem abgechnittene Haar wird sein Eigenthum. Der Leichnam ist Sache.<sup>4</sup> Man darf ihn im voraus zu wissenschaftlichen Zwecken auf den Todesfall veräußern. Erben aber dürfen den Leichnam ihres Erblassers nicht verhandeln, weil dies gegen die guten Sitten wäre.<sup>5</sup>

Gewisse Bestandtheile der Sachenwelt entziehen sich jeder ausschließlichen Beherrschung und um deswillen auch dem Eigenthumsrechte, sie sind Gemeingut aller — communia omnium. Dahin gehört

1) Gaj. Inst. II § 1 — pr. J. de rer. div. 2, 1 theilt die Objekte in solche die „in nostro patrimonio“ d. h. des privaten Eigenthums fähig, und in solche, die „extra nostrum patrimonium“, d. h. des privaten Eigenthums unfähig sind. Letztere werden häufig als extra commercium bezeichnet, vgl. l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1 „quorum commercium non sit“. Dieser Ausdruck hebt wörtlich nur die Veräußerungsunfähigkeit hervor, ohne deren Grund zu bezeichnen, nämlich die Unfähigkeit der Sache, in den Privatbesitz zu treten. Daher findet sich der Ausdruck auch für Sachen, die im Privateigenthum stehen, aber einem gesetzlichen Veräußerungsverbote unterliegen, l. 1 § 2 D. quae res pignori 20, 3.

2) Dies erstreckt sich in gewissem Maße auch auf künstliche Ergänzungen des Körpers und künstlich angefügte Gliedmaßen. Das künstliche Bein des Invaliden kann also nicht gepfändet werden. Aber er kann es von sich gleichsam abtrennen und verkaufen.

3) Vgl. l. 5 § 3, l. 6, l. 7 pr. ff. D. ad legem ad Aquiliam 9, 2, l. 3 D. de quadrupes 9, 1.

4) Anders Goldschmidt, Handelsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 3 Anm. 3a und dort Citirte.

5) Verbotene Sachen, z. B. verbotene Bücher sollen nicht verkauft, oder sonst veräußert, sie sollen vernichtet werden. l. 4 § 1 D. de fam. ere. 10, 2. Aber das ein Recht an ihnen nicht stattfindet, wie Windscheid Bd. 1 § 147 Anm. 6 annimmt, geht zu weit. Wer sie dem Besitzer diebischerweise wegnimmt, ist ein Dieb.

die atmosphärische Luft, das frei fließende Wasser, das Meer.<sup>6</sup> Auch das Meeresufer zählten die Römer zum Gemeingut; Celsus jedoch betrachtet es als öffentliche Sache des Staates<sup>7</sup> und dies ist als gemeinses Recht anzusehen. Das Meeresufer reicht so weit als die höchste Meeresfluth.<sup>8</sup>

Das Recht auf den Gemeingebrauch ist ein allgemeines der Persönlichkeit. Gegen Beeinträchtigung dient die *actio injuriarum*.

Es ist möglich, aus dem Gemeingut Quantitäten auszuscheiden und sich anzueignen, z. B. Quantitäten von Wasser oder Eis<sup>9</sup> zu gewinnen, vom Meeresgestade Sand und Steine wegzuführen. Polizeiliche Genehmigung ist erfordert, wenn das öffentliche Interesse theilhaftig erscheint. Unter solcher Genehmigung darf man auch Bauten am Meeresufer sowie im Meere errichten.<sup>10</sup> Sie stehen im Eigenthume, so lange sie im Stande bleiben. Mit ihrem Verfall tritt der Naturzustand wieder ein.<sup>11</sup> Fischfang und Schiffahrt im Meere steht jedem frei.<sup>12</sup>

### § 70. 2. Res divini juris.<sup>1</sup>

Die Römer betrachteten bestimmte Objekte als der Gottheit zugehörig<sup>2</sup> — *res divini juris* — und dem menschlichen Eigenthume entzogen, insofern als *res nullius*. Solche Objekte waren die *res sacrae* und *religiosae*. Ihnen schlossen sich die *res sanctae* an.

6) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. Vgl. Plautus Rudens IV 3, 36: *mare quidem commune certo 'st omnibus*.

7) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. § 1 J. de rer. div. 2, 1, l. 13 § 7 D. de injuriis 47, 10, l. 14 D. de a. r. d. 41, 1, — l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8. Ueber das deutsche Recht vgl. Brünneck, das Recht auf Zueignung der Meeresprodukte 1874 S. 12 ff.

8) l. 96 D. de V. S. 50, 16, Celsus libro 25 Digestorum. *Litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit*; vgl. Cicero Topica 7, 32.

9) Eis ist als erstarrtes „fließendes“ Wasser Gemeingut. Man begeht nicht einen Diebstahl durch Aneignung von Eis aus öffentlichen oder Privatflüssen. Aber der Eigenthümer des Flusses kann die Entnahme verbieten.

10) l. 5 § 1, l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 50 D. de a. r. d. 41, 1.

11) l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 14 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. In l. 49 D. de rei vind. 6, 1 sagt Celsus libro 18 Digestorum: *Solum partem esse aedium existimo, nec alioquin subjacere uti mare navibus*. Dieser Ausspruch wäre als allgemeiner falsch, denn es gilt umgekehrt der Satz: *superficies solo cedit*. Er ist richtig, wenn man ihm den besonderen Bezug auf Bauten am Meeresufer giebt.

12) l. 13 § 7, l. 14 D. de injuriis 47, 10. Das offene Meer ist kein Gegenstand der Besitzergreifung, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 7 n. 144.

1) § 7 J. de rer. div. 2, 1. l. 1 pr. D. de rer. div. 1, 8. Gaj. Inst. II §§ 4 ff.

2) Trebatius lib. 1 religionum bei Macrobius sat. III, 3 definiert: *sacrum est, quod deorum habetur*. Anderwärts werden derartige Objekte als dem Volke gehörig bezeichnet, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 255.

a) Die der Gottheit von ihrem Eigenthümer dedicirten Objekte bildeten die *res sacrae*.<sup>3</sup> Außer der Dedication war Genehmigung des Volkes, später des Kaisers und Mitwirkung der Pontifices erfordert.

b) Die Begräbnißstätten galten als den Seelen der Verstorbenen überlassen und um deswillen als *res religiosae*. Die Beisetzung mußte durch den Eigenthümer oder mit Willen des Eigenthümers des Bestattungsortes und ohne Verletzung dinglicher Berechtigungen dritter geschehen,<sup>4</sup> der beisetzende mußte befugt sein, den Todten zu bestatten.

c) Gewisse Sachen des Staates und der Gemeinden, insbesondere Stadtmauern und Thore, wurden als *res sanctae* unter den besondernern Schutz der Götter gestellt und in Folge dessen den *res divini juris* zugesellt.<sup>5</sup>

Das gemeine Recht kennt keine *res sanctae*.

Auch *res religiosae* im römischen Sinne finden sich nicht. Unsere Kirchhöfe gehören den Kirchen oder den politischen Gemeinden. Sie sind als öffentlichen Zwecken bestimmt öffentliche Sachen, auch soweit Todte in ihnen noch nicht bestattet sind. Private Begräbnißstätten stehen nicht außerhalb des Verkehrs. Gehören sie z. B. zu einem Gute, so werden sie mit demselben verkauft. Der Käufer darf aber die bestatteten ohne polizeiliche Erlaubniß nicht entfernen.<sup>7 8</sup>

Endlich ist auch die römische Lehre der *res sacrae* umgebildet. Die Dedication hat keine rechtliche Bedeutung mehr. Es gelten aber

3) l. 9 pr. D. de divisione rerum 1, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum. *Sacra loca ea sunt, quae publice sunt dedicata.* — Es gab zwei Rechtsgeschäfte gegenüber der Gottheit, nämlich das *votum*, wodurch man sich der Gottheit persönlich verpflichtete, und die Dedication, wodurch man derselben Eigenthum zutheilte. Beide Geschäfte waren einseitige, eine Annahme durch Stellvertreter der Gottheit war nicht erfordert. Die Nothwendigkeit der Einholung eines Volksschlusses zur Dedication beruhte auf Volksgesetzen. Vgl. Pernice, *Labo* Bd. 1 S. 256.

4) Vgl. l. 2 §§ 7 ff., l. 3, l. 4 D. de religiosis 11, 7, l. 34 D. eod.

5) Die epitome Gajii II 1 § 1 zählt hierher auch *fora, theatra, circus, arena*. Wer die unter den Schutz der Gottheit gestellten Objekte verlegte, verfiel dem Tode l. 11 D. de div. rer. 1, 8.

6) H.G. bei Jenner und Mecke, *Archiv für civilrechtliche Erkenntnisse des H.G.* Bd. 4 S. 472.

7) Vgl. l. 8 pr. D. de religiosis 11, 7.

8) Die Römer unterscheiden Familien- und Erbbegräbniße, l. 5 D. de religiosis 11, 7. Gajus libro 19 ad edictum provinciale. *Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit, l. 6 eod.* Zur Familie zählte man außer den Aiquaten auch die Erben, l. 4, l. 13 C. de religiosis 3, 44; affines und cognati hatten nur Theil, sofern sie Erben waren, l. 8 C. eod. Heutzutage entscheidet das Statut der Gemeinde, welche das Erbbegräbniß in ihrer Kirche oder auf ihrem Kirchhof concedirt, oder die besondere Vereinbarung über Inhalt den des Rechtes.

Gebäude der mit Korporationsrechten versehenen Religionsgemeinden und andere Objekte derselben, wenn sie unmittelbar dem Gottesdienste dienen, als öffentliche Sachen und als solche dem Privatcigenthume entzogen.

### § 71. 3. Die öffentlichen Sachen.

Dem Eigenthumo der Privaten unzugänglich sind die öffentlichen Sachen — *res publicae* — des Staates, der Gemeinden,<sup>2</sup> und nach gemeinem Rechte der Kirchen und Religionsgesellschaften mit Korporationsrechten.

Die Sachen des Staates, der Gemeinden, Kirchen zerfallen in zwei Klassen. Die eine Klasse bildet ihr dem Geldertrag bestimmtes Vermögen. Dies ist dem Verkehre nicht entzogen. Sachen der anderen Klasse dienen unmittelbar den öffentlichen Zwecken; sie stehen als öffentliche außerhalb des Privatverkehrs.

Einige öffentliche Sachen dienen dem öffentlichen Nutzen dadurch, daß sie dem Gemeingebrauche der Bürger offen stehen; so öffentliche Wege, Plätze, Flüsse, Häfen. Andere öffentliche Sachen sind zwar dem öffentlichen Dienste, aber nicht dem Gemeingebrauche der Bürger gewidmet, z. B. Festungen, Gefängnisse, Dienstgebäude anderer Art.<sup>4</sup>

Manche erachten die öffentlichen Sachen als niemandem gehörig, nicht einmal dem Staate selbst. Derartige Objekte ständen, behauptet man, unter dem Hoheitsrechte des Staates, welcher sie vermöge desselben für öffentliche Zwecke in Anspruch nehme.<sup>5</sup> Bedürfe

1) Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betreffend, gedruckt 1861; Rüttimann, Gutachten 1859; Erwiderung von Keller und von Rüttimann; Shering, der Streit zwischen Baselland und Baselstadt über die Festungswerke der Stadt Basel 1862; H. Dernburg, Rechtsgutachten mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen 1862, und hiergegen Erwiderung von Shering 1862; H. Wappaeus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867; Pernice, *Labes* Bd. 1 S. 263; Eisele über das Rechtsverhältniß der *res publicae* 1873.

2) Bgl. l. 6 § 1 D. de rer. div. 1, 8, § 6 J. de rer. div. 2, 1.

3) l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum. Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse . . . ut publica, quae non in pecunia populi sed publico usu habeantur, ut est campus Martius.

4) Diese Verschiedenheit wird häufig ignorirt. Publicus usus bezeichnet oft den Gemeingebrauch der Bürger, hat aber auch den weiteren Sinn des öffentlichen Dienstes. Shering, *Geist* Bd. 3 Abth. 1 S. 346 ff., gelten als die wahren Berechtigten hinsichtlich der öffentlichen Sachen die Destinatare des Gemeingebrauchs. Dabei ist die verschiedene Benutzung der öffentlichen Sachen zum öffentlichen Dienst nicht beachtet. Gefängnissen sind die Gefangenen die Destinatare. Aber niemand wird sie als die an den Gefängnissen Berechtigten ansehen.

5) Dies ist die Ansicht von Keller, insbesondere Erwiderung S. 7. Aus den Dernburg, *Pandekten*. I.

er sie hierzu nicht mehr, z. B. Terrains früherer Festungen, so würden sie herrenlos und gehörten dem ersten Occupanten.

Das richtige ist, daß die öffentlichen Sachen im Eigenthume des Staates, der Städte, Kirchen stehen.<sup>6</sup> Diesen gehören daher auch ihre Nutzungen. Aber ihr Eigenthum ist dadurch potenziert, daß es außerhalb des Rechtes der Privaten gestellt ist. Private können an öffentlichen Sachen juristischen Besitz und Besitzeschutz nicht erlangen,<sup>7</sup> Eigenthum und Servituten nicht erwerben;<sup>8</sup> Private können die öffentlichen Sachen nicht zum Gegenstande der Execution machen.

Die öffentliche Sache wird ihres besonderen Charakters durch rechtsgültige Beschlüsse des Staates, der Gemeinde, der Kirche entkleidet. Dies auch dann, wenn sie die ihrer bisherigen Bestimmung entsprechende Gestalt noch hat, wenn z. B. die Werke der Festung, welche als solche deklassirt ist, noch nicht geschleift sind. Die früher öffentliche Sache bleibt Staatseigenthum und tritt nur in die andere Klasse desselben.

Quellen läßt sie sich nicht erweisen. Die Ansicht von Keller hat in modificirter Gestalt Giesele adoptirt, indem er ein „publicistisches“ Eigenthum des Staates an den öffentlichen Sachen annimmt.

6) l. 6 § 1 D. de div. rer. 1. 8 Marcianus libro 3 institutionum. Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatis ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, vgl. § 6 J. de rer. div. 2. 1. Marcian erklärt hier ausdrücklich öffentliche Sachen, insbesondere Theater, für Stadteigenthum. Es ist unzulässig, wie Ihering Erwiederung S. 9 thut, theatra und stadia aus der Reihe der römischen öffentlichen Sachen zu setzen, vgl. § 2 J. de inut. stip. 3, 19. Giesele a. a. D. S. 7 findet bei Marcian nur eine rechtliche Beziehung der öffentlichen Sachen zur Stadtgemeinde hervorgehoben, leugnet aber, daß dieselbe wahres Eigenthum sei. Doch dies wird durch ejus esse bezeichnet. Vgl. außerdem l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8. l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1. — Aus dem Eigenthume des Staates wird im § 39 J. de div. rer. 2, 1 das Recht des Staates auf die in den öffentlichen Sachen gefundenen Schätze hergeleitet. Aus ihm erklärt sich, daß der Staat ein Bodengeld — solarium — bezieht, wenn auf öffentlichen Plätzen ohne Erlaubniß gebaut war und das öffentliche Interesse die Zerstörung des Baues nicht fordert. — Zum „Risikovermögen“, welches nur die pecunia des Staates umfaßte, wurden freilich die öffentlichen Sachen nicht gezählt, l. 72 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. l. 2 § 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Dies beweist nichts gegen das Eigenthum des Staates. Gaius libro 2 institutionum l. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8 sagt allerdings: quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt quae singulorum sunt. Schon die Glosse erklärt richtig „nullius“ scilicet hominis privati, ut sequitur, non communitatis. Cuius a. a. D. S. 11.

7) arg. l. 30 § 1 D. de a. vel o. p. 41, 2.

8) l. 9 D. de usurp. et usuc. 41, 3.

## § 72. Öffentliche Wege.

Die öffentlichen dem allgemeinen Verkehre gewidmeten Wege werden unterschieden in Hauptstraßen — *viae consulares* oder *militares* — und Gemeindegewege — *viae vicinales*.<sup>1</sup>

Die Hauptstraßen dienen dem großen Verkehre, indem sie die Städte untereinander, oder die Städte mit dem Meere oder mit den öffentlichen Flüssen verbinden. Sie gehören dem Staate.<sup>2</sup> Gemeindegewege unterhalten den Verkehr in den Gemeinden und unter einzelnen Gemeinden. Sie können den Gemeinden gehören, ihr Grund und Boden kann aber auch im Privateigenthume stehen, so daß nur die Last des Gemeingebrauches auf ihnen ruht.<sup>3 4</sup>

Es bestehen Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauches, um störende, ohne staatliche Koncession auf öffentlichen Wegen und Plätzen in Angriff genommene Anlagen zu hindern oder deren Beseitigung zu bewirken, überhaupt um die freie Kommunikation zu sichern.<sup>5</sup> Diese Rechtsmittel sind gemeinrechtlich anwendbar, soweit sie den Schutz eines Sonderinteresses bezwecken; dagegen sind sie nicht mehr anwendbar, soweit durch sie bloß öffentliche Interessen gewahrt werden sollen. Denn zu deren Wahrung sind heutzutage die Verwaltungsbehörden ausschließlich legitimirt.<sup>6</sup>

Bestritten ist die Frage, ob gegen den Staat oder die Gemeinde auf Entschädigung geklagt werden kann, wenn sie durch Verlegung der

1) l. 3 § 1 D. de locis et itineribus publicis 43, 7. l. 2 § 22 D. ne quid in loco publico 43, 8.

2) l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: *Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est. . . viae autem publicae solum publicum est relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur.* Die Publikation der öffentlichen Wege, d. h. die Widmung zum Gemeingebrauch geschah in Rom durch Edikt des Beamten, welcher den Wegbau leitete, insbesondere durch den *curator viis sternundis*, Pernice *Labeo* Bd. 1 S. 269.

3) Vicinalwege, deren Boden Privaten gehörte, waren nicht öffentliche; denn hierzu gehörte Staats- oder Gemeindegewand; aber sie wurden den öffentlichen Wegen gleichgestellt, wenn sie der Last der allgemeinen Kommunikation unterstanden. l. 2 §§ 22, 23 D. ne quid in loco publico 43, 8, l. 3 pr. D. de locis 43, 7.

4) Im heutigen Recht sind die wichtigsten öffentlichen Straßen die Lokomotiv-eisenbahnen. Sie sind bekanntlich nicht immer Staatsgewand, vielmehr nicht selten im Eigenthume von Aktiengesellschaften. Auch besteht der Gemeingebrauch nur darin, daß jeder berechtigt ist, die reglementsmäßig abgelassenen Züge zu benutzen. Die Eisenbahnverwaltungen sind nicht befugt, einzelne zu bevorzugen, andere zurückzusetzen; sie haben vielmehr Personen und Güter in der Reihenfolge ihrer Meldung zu expediren.

5) l. 2 pr. § 35, § 45 D. ne quid in loco publico 43, 8.

6) So *R.G.* Bd. 1 S. 57.

Straße oder durch deren Erhöhung oder Erniedrigung den Straßenanliegern die bisherige Kommunikation mit der Straße unmöglich machen. Das römische Recht kennt einen derartigen Anspruch nicht. Es ist aber ein Grundsatz des heutigen Rechtes, daß Maßnahmen im öffentlichen Interesse auf Kosten der Gemeinheit und nicht einzelner geschehen sollen. Der Hauseigenthümer, dessen Haus durch die Straßenverlegung unzugänglich wird, leidet eine empfindliche Schädigung. Fügt man ihm diese im allgemeinen Interesse zu, so ist er vom Gemeinwesen zu entschädigen.<sup>7</sup>

### § 73. Flüsse, Seen.<sup>1</sup>

Flüsse sind in festen Gerinnen frei dahin fließende Gewässer. Auch die Bäche gehören im weiteren Sinne zu den Flüssen. Die fließende Welle als solche ist Gemeingut; der Fluß selbst aber, d. h. der durch ihn erfüllte Raum, ist des Eigenthumes fähig.

Die Flüsse sind theils öffentliche, theils private. Öffentliche Flüsse waren nach römischem Rechte alle beständig fließenden, private die zeitweise austrocknenden.<sup>2</sup> Nach gemeinem Rechte sind öffentlich nur die schiffbaren und flößbaren Flüsse und

7) Anders R.G. Bd. 3 n. 49. Für die hier verteidigte Ansicht haben sich bezüglich der Straßen in der Stadt erklärt das D.N.G. zu Rostock, Entsch. Bd. 5 S. 267 auch bei Seuffert Archiv Bd. 22 n. 144, Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 302, desgleichen in preussisch-rechtlicher Sache, aber aus allgemeinen Gründen R.G. Bd. 7 S. 213.

1) Die Litteratur ist eine sehr umfangliche. Ueber die neuere Litteratur vgl. Stobbe Bd. 1 § 64 Anm. 27. Wir heben hier hervor Börner im Archiv für civ. Pr. Bd. 38 n. 7 und n. 15, Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte in Zherings Jahrbuch Bd. 7 n. 5, Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach römischem Rechte 1867, Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 261 ff.

2) l. 1 § 3 D. de fluminibus 43, 12. Ulpianus libro 68 ad edictum. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Manche behaupten, daß auch „Bäche“ nicht zu den öffentlichen Flüssen im römischen Sinne gehörten, vielmehr im Privatbesitz standen. So Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 7, Baron a. a. D. Bd. 2 S. 263 ff. In der That jagt Ulpian in der l. 1 § 1 cit.: flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. Allein in der Regel begreift flumen auch den Bach in sich; besondere Rechtsfälle für die Bäche stellten die Römer nicht auf. Es ist daher anzunehmen, daß sie unter den öffentlichen Flüssen auch beständig fließende Bäche verstanden, wenn auch, wie Ulpian bemerkt, der gewöhnliche Sprachgebrauch den Bach vom Fluß unterschied. Vgl. l. un. § 4 D. ne quid in flumine 43, 13. Dies ist die Ansicht der meisten Schriftsteller über Wasserrecht, insbesondere von Börner a. a. D. S. 155, Hesse a. a. D. S. 187, Kappeler S. 84. So auch das D.N.G. zu Rostock, Entsch. Bd. 7 S. 223, bei Seuffert Archiv Bd. 27 n. 204.

zwar nur, soweit sie mit Schiffen oder mit verbundenen Flößen befahren werden können.<sup>3</sup>

Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigenthume des Staates.<sup>4</sup> Dem Staate gehören daher deren Nutzungen, z. B. das im Flusse wachsende Schilf,<sup>5</sup> ferner der Zins für etwa concessionirte Wassermühlen.

Andererseits besteht ein ausgedehnter Gemeingebrauch am öffentlichen Flusse, insbesondere zur Schifffahrt, zum Genuß von Wasser für Menschen und Vieh, selbst zur Entnahme von Sand, Kies, Steinen, soweit öffentliches Interesse nicht entgegensteht.<sup>6</sup> Nach römischem Rechte war die Fischerei im öffentlichen Flusse frei;<sup>7</sup> nach deutschem Rechte gebührt sie dem Staate<sup>8</sup> oder demjenigen, welche dieselbe durch Verleihung oder unvordenkliche Verjährung vom Staate erworben haben.

Die Römer stellten Interdicte zur Verhinderung und Beseitigung von Anlagen auf, welche die Schifffahrt stören, ferner zum Schutze der Schifffahrt gegen Behinderung und endlich gegen Anlagen, welche den Lauf des Flusses von dessen Richtung im letzten Sommer ablenken sollen.<sup>9</sup>

3) Die schiffbaren und flößbaren Flüsse gelten nach deutschem Rechte als regal. Sie allein sind im Eigenthume des Staates; vgl. Stobbe Bd. 2 § 64 S. 537. Alle anderen Gewässer stehen im Privateigenthume.

4) Mehrere Schriftsteller, welche anerkennen, daß im allgemeinen die *res publicae* im Eigenthume des Staates und der Gemeinden stehen, glauben bei den Flüssen das gleiche nicht annehmen zu dürfen. Das Recht des Staates an den Flüssen soll auf dem staatlichen Hoheitsrechte beruhen. So u. a. Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 11, Wappäus S. 22 ff., S. 90. Doch die Römer bezeichnen die öffentlichen Flüsse wie die öffentlichen Wege als dem Staate gehörig, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 273. Hieran kann uns nicht irre machen, daß das verlassene Flußbett und die Flußinsel den Flußanliegern zufällt. Denn das Eigenthum des Staates am Flußbett ist dadurch bedingt, daß dasselbe dem Flusse zugehört. Darüber spricht sich Pomponius libro 34 ad Sabinum l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 aus: *flumina enim censorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus... esse debet.* Vgl. auch R.G. Bd. 3 S. 232.

5) Dies auch dann, wenn das Grundstück, auf welchem das Schilf wächst, im Privateigenthume stand und erst dadurch Theil des Flußbettes wurde, daß es unter den Wasserspiegel heruntersank.

6) So R.G. Bd. 4 S. 258 in preussischrechtlicher Sache. Die verschiedenen Ansichten sind zusammengestellt in meinem Preuß. Pr. Recht Bd. 1 § 252 Anm. 5.

7) § 2 J. de rer. div. 2, 1.

8) Schon in der *constitutio de regalibus* vom Jahre 1158 — II feud. 56 — werden *piscationum redditus* als regal bezeichnet. Stobbe Bd. 1 S. 538 Anm. 34.

9) Vgl. Tit. Dig. 43, 12: *de fluminibus. ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur*, Tit. Dig. 43, 13: *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*, Tit. Dig. 43, 14: *ut in flumine publico navigare liceat.* Diese Interdicte sind, soweit es sich um Sonderinteressen handelt, im Gebrauch, Seuffert Archiv Bd. 27 n. 205, vgl. oben § 71 Anm. 6.

Privatflüsse stehen im Eigenthume von Privaten. In der Regel gehören sie den Flußanliegern bis zur Mittellinie des Flußes. Nach römischem Rechte unterschied sich das Eigenthum an Privatflüssen nicht von demjenigen an anderen Objecten.<sup>10</sup> Anders aber nach gemeinem Rechte. Hier sind weit mehrere und wichtigere Wasserläufe privaten Rechtes, wie in Rom. Dagegen wendet man auf sie Beschränkungen der römischen öffentlichen Flüsse an. Es findet an ihnen ein gewisser Gemeingebrauch statt. Es darf ferner der Oberlieger dem Unterlieger das Wasser, welches diesem herkömmlicher Weise zufließt, nicht entziehen, er muß jedenfalls das dem Fluße entnommene Wasser nach dem Gebrauche in dessen Bett zurückleiten.<sup>11</sup>

Teiche stehen in gewöhnlichem Privateigenthume. Landseen sind bald private, bald auch öffentliche Gewässer.<sup>12</sup>

### III. Arten der körperlichen Sachen.

#### § 74. Immobilien und Mobilien.

Die körperlichen Sachen sind entweder unbewegliche — Immobilien — oder bewegliche — Mobilien.

Immobilien sind die Grundstücke. Sie haben eine unveränderliche Stelle im Raume.<sup>1</sup> Bestandtheil des Grundstückes ist der Erdkörper und alles, was mit diesem in einer festen Verbindung steht, sei es durch Einwurzeln, sei es durch Einmauern oder andere mechanische Kohärenz.<sup>2</sup>

Das Grundstück wird zur selbständigen Sache durch seine Begrenzung. In Rom unterschied man *agri limitati* und *arcifinii*. Die limitirten waren unter staatlicher Autorität von den Feldmessern zugemessene Grundstücke; *arcifinii* waren anderweit begrenzte, mochten nun ihre Grenzen durch Flüsse oder auch durch öffentliche Wege ge-

10) l. 1 § 4 D. de fluminibus 43, 12.

11) R.G. Vb. 8 S. 134.

12) l. un. §§ 3 ff. D. ut in flumine publico 43, 14. l. 112 D. de V. S. 50, 16.

1) Der allgemeinste Ausdruck für Immobilien bei den Römern ist *res soli*. Gaj. Inst. II §§ 53, 54. Das Wort *fundus* bezeichnete im engeren Sinn nur landwirtschaftliche Grundstücke, Gaj. II § 42 l. 1 §§ 3 und 6 D. de vi 43, 16, aber im weiteren umfaßte es auch die Gebäude, l. 211 D. de V. S. 50, 16. Vgl. weiter l. 27 pr. D. eod. *ager est locus, qui sine villa est*.

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum: *omne quod inaedificatur, solo cedit*. l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. l. 40 D. de a. e. v. 19, 1.

geben oder willkürlich gezogen sein. Nur die nichtlimitirten Grundstücke hatten Alluvionsrecht.<sup>3</sup> Das gemeine Recht kennt limitirte Grundstücke im römischen Sinne nicht mehr.<sup>4</sup>

Die Grenze wird meist äußerlich auf der Erdoberfläche markirt. Dies ist aber zur Individualisirung der Grundstücke nicht unentbehrlich. Es kann vorkommen, daß die Grenze noch nicht bezeichnet, daß ihr Lauf unbekannt ist.<sup>5</sup> Das Grundstück besteht als selbständiges, wenn man die Grenze nur überhaupt ermitteln und feststellen kann.

Unter den Grundstücken unterscheidet man landwirthschaftliche — *praedia rustica* — und Gebäudegrundstücke — *praedia urbana*. Zum Gebäude gehört der Hof und der Hausgarten.<sup>6</sup> Ställe, Magazine und selbst unbebaute Lagerplätze haben in der Regel die Rechtsstellung der Gebäude.<sup>7</sup>

Alle körperlichen Sachen außer den Grundstücken und deren Bestandtheilen sind Mobilien.<sup>8</sup> Es gehören zu den Mobilien unter anderem bewegliche Gebäude, ferner Schiffe, insbesondere auch Kaufahrtschiffe, d. h. dem Erwerb durch die Seeschiffahrt dienende Schiffe.<sup>9</sup>

Eine besondere Art der Mobilien sind die *Moventien*, d. h. was sich durch eigene Lebenskraft bewegt, also Thiere, bei den Römern auch Sklaven.<sup>10</sup>

Die Mobilien erhalten Individualität durch ihre Kohärenz. Was körperlich zusammenhängt, ist eine Sache.<sup>11</sup> Flüssigkeiten werden zu

3) l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. Rudorff, römische Feldmesser Bd. 2 S. 250 ff., S. 452 ff.

4) Vgl. freilich Seuffert, Archiv Bd. 10 n. 228.

5) Beispielsweise ist die in der Mitte des Flusses entstehende Insel von Rechtswegen unter den Ufernachbarn nach körperlichen Theilen getheilt, die noch nicht markirt und oft nur nach weitläufigen Aufnahmen bestimmbar sind.

6) l. 198 D. de V. S. 50, 16. l. 1 pr. D. communia praediorum 8, 4.

7) l. 4 § 1 D. in quibus causis pignus 20, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 297.

8) Der natürliche Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien macht sich im römischen Rechte in mehreren Beziehungen geltend. Das *interdictum uti possidetis* und das *interdictum unde vi* bezog sich nur auf Immobilien, ebenso das *interdictum quod vi aut clam*. Totalgrundstücke sind unveräußerlich. Nur an Mobilien ist ein *furtum* möglich. Vgl. noch l. 66 D. de V. S. 50, 16. Dieser gehen die Unterschiede im deutschen Rechte. Derzeit ist nach Reichsrecht eine Hypothek in der Regel nur an Immobilien, nicht an Mobilien möglich. Vgl. ferner C.P.D. § 25.

9) l. 20 § 4 D. unde vi 43, 24. Seeschiffe werden als „schwimmende Gebäude“ derzeit in mehreren Punkten ähnlich wie Immobilien behandelt. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 4 Anm. 8.

10) In Rom war der Ausdruck zweideutig. l. 93 D. de V. S. 50, 16.

11) Dies Princip läßt sich dann nicht durchführen, wenn sich bewegliche Objekte, welche verschiedenen Eigenthümern gehörten, der Art verbinden, daß sie ihre Erkenn-

einheitlichen Sachen durch die Gefäße, welche sie zusammenhalten. Trockene Körper, welche als einzelne ohne erheblichen Werth sind, wie Getreidekörner, Sandkörner, kommen für den Verkehr und das Recht nur als Masse in Betracht; daher wird die Masse wie eine einzige Sache behandelt.<sup>12</sup>

Immobilien wie Mobilien sind entweder einfache Sachen oder zusammengesetzte. Zusammengesetzt sind Objekte, welche durch eine Mehrheit von Sachen gebildet sind, die trotz der körperlichen Verbindung — *corpus ex cohaerentibus* — Erkennbarkeit und selbständigen Werth behalten haben. Es gehören hierher Gebäude, Schiffe, ein Goldschmuck mit Diamanten oder Perlen. Der Begriff der einfachen Sachen im juristischen Sinne ist ein negativer. Es sind Objekte, die nicht solchergestalt zusammengesetzt sind.<sup>13</sup>

Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit sind Eigenschaften der Körper. Auf Rechte als Ideen ist die Eintheilung an sich nicht anwendbar. Sie wurde indessen auf sie durch den vulgären Sprachgebrauch und in gesetzlichen Bestimmungen übertragen. Dabei ist freilich streitig geblieben, was zum unbeweglichen und was zum beweglichen Vermögen zu rechnen ist.

Unbeweglich ist das Eigenthumsrecht an Immobilien vermöge seiner Identificirung mit dem Grundstück. Unbewegliche Rechte bilden ferner *Superficies* und *Emphyteuse* als eigenthumsgleiche Rechte. Nothwendig sind auch Rechte, insbesondere Grundgerechtigkeiten, immobil, die sich an Grundstücke knüpfen. Immobil ist endlich das Bergbaurecht.

Partikularrechtlich ist der Kreis der immobiliaren Rechte vielfach weiter gezogen und begreift namentlich nicht selten sämmtliche Pertinenzen von Immobilien.<sup>14</sup>

barkeit behalten und auch nicht zu einem einheitlichen Ganzen werden. In diesem Falle bleibt das besondere Eigenthum jedes Eigenthümers der körperlich verbundenen Sachen bestehen. l. 27 § 2 D. de a. r. d. 41. 1. l. 12 § 1 D. eod., l. 5 § 1 D. de rei vind. 6. l. Noch weiter ging Pomponius in der l. 30 § 1 D. de usurp. 41. 3, nach welchem in *annulo „gemma“* besonders besessen wurde, vgl. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41. 1. dagegen aber erklärte sich Paulus in der l. 6 D. ad exhibendum 10, 4.

12) Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 117.

13) l. 30 pr. D. de usurp. 41. 3. Goepfert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen. 1871. Der Naturphilosophie der Stoiker ist, wie Goepfert gründlich gezeigt hat, die Eintheilung der „*corpora*“ in einheitliche, zusammengesetzte und Sachgesamtheiten entnommen. Aber die Juristen haben sie nach den in der Jurisprudenz herrschenden Vorstellungen, sowie nach den Bedürfnissen des praktischen Rechts umgewandelt. Vgl. Brinz Bd. 1 § 144.

14) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller ziehen überwiegend den Kreis der immobiliaren Rechte weiter und bezeichnen alle dinglichen Rechte an Immobilien als

§ 75. Vertretbare, verbrauchbare Sachen.<sup>1</sup>

Gewisse Güter dienen den menschlichen Bedürfnissen durch die Eigenschaften ihrer Gattung und Art, ohne daß es auf ihre etwaigen individuellen Besonderheiten ankommt. Deshalb zieht auch der Verkehr in der Regel nur ihre Gattung, Art und Zahl in Betracht. Man nennt sie Fungibilien oder vertretbare Sachen, weil sie im Verkehr gleich geachtet werden und sich vertreten können, Quantitäten oder Quantitätssachen, weil nur ihre Zahl, nicht ihre Individualität beachtet wird.<sup>2</sup>

Fungibilien sind unter anderem Getreide, Wein, Del, Wolle, ferner das Geld, d. h. das staatlich festgestellte allgemeine Maß und Surrogat der Vermögensbestandtheile. Es sind auch fungibel gleichartig ausgegebene Werthpapiere, d. h. Urkunden über einen Anspruch auf Geld oder andere Fungibilien, dessen Verwerthung an die Urkunde geknüpft ist.<sup>3 4</sup>

Ist die Zahl geschuldeter Fungibilien bestimmt festgestellt, so sind alle Kriterien der Schuld allgemein bekannte; derartige Ansprüche gelten daher als bestimmte — certae.<sup>5</sup> Sie sind um deswillen prozessualisch vielfach ausgezeichnet.<sup>6</sup>

immobil. Es besteht aber Streit, ob auch das Pfandrecht immobiliar sei, was viele verneinen, weil es ein Accessorium einer Forderung ist. Ferner ist streitig, ob eine Forderung auf Uebereignung von Immobilien zu den immobilaren Rechten gehört, vgl. Glüd Bd. 2 S. 481, Wächter, Würt. Pr.Recht Bd. 2 S. 225, Windscheid § 139 Anm. 5. Der Grundsatz, von welchem diese Schriftsteller ausgehen, kann sich weder auf Gesetze noch auf ein festes Wohnheitsrecht stützen und ist höchst problematisch. Wir gehen davon aus, daß es etwas besonderes ist, wenn man einem Rechte Immobilialqualität beilegt, und daß die Rechte an sich, wenn man überhaupt die Begriffe von Beweglichkeit und Unbeweglichkeit auf sie übertragen will, als bewegliche gelten müssen, weil sie keinen festen Sitz im Raume haben. Hieraus ergibt sich der beschränktere Umfang der immobilaren Rechte, welcher im Texte angenommen ist. — Die C.B.D. unterscheidet in Ansehung der Zwangsvollstreckung bewegliches und unbewegliches Vermögen. Die nähere Bestimmung des unbeweglichen Vermögens überläßt sie im § 757 den Landesgesetzen.

1) Goldschmidt, Handelsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 21.

2) Die Römer sprechen von res, quae pondere, numero, mensura constant Gaj. Inst. III § 90, l. 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1, siehe auch l. 29 in fine D. de solutionibus 46, 3. In l. 2 § 1 D. d. r. c. sagt Paulus libro 28 ad edictum: eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

3) Ueber Werthpapiere vgl. Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 140 ff.

4) Man spricht auch von „fungibelen Handlungen“, sofern sie von jedermann geleistet werden können, im Gegensatz zu nichtfungibelen, welche nur der Schuldner leisten kann.

5) l. 74, l. 75 § 1 und § 2 D. de verb. obl. 45, 1.

6) Nur wegen Ansprüche auf Fungibelen sind ezeutorische Urkunden mit for-

Darlehen können ferner nur in Fungibeln bestehen. Nur Ansprüche auf Fungibeln endlich sind verzinsbar im eigentlichen Sinne.

Den Gegensatz zu den Fungibeln bilden die Individualsachen — Species — bei denen die Betheiligten in der Regel auf das einzelne Individuum Gewicht legen, z. B. ein Haus, Gemälde, Pferde.

Die regelmäßige Funktion der Sachen im Verkehre bestimmt, ob sie der Klasse der Fungibeln oder den Individualsachen zugehören. Es kann allerdings im Einzelfalle, was regelmäßig als Individualsache geschätzt wird, bloß der Gattung und Art nach in Betracht gezogen werden; es werden z. B. 100 Pferde für eine Pferdecisenbahn versprochen. Andererseits kann, was regelmäßig fungibel ist, als Species behandelt werden, z. B. Geldstücke. Dies hat aber nur für den Einzelvertrag Wichtigkeit, nicht für die Charakterisirung der fraglichen Sachen als solcher.

Verbrauchbare Sachen — Konjunktibilien — sind diejenigen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht, z. B. Getreide, Wein, Del. Auch das Geld wird zu den verbrauchbaren Sachen gezählt, weil es für seinen Eigentümer durch den Gebrauch aufgebraucht wird, wenn es sich auch an sich erhält. Den verbrauchbaren Sachen stehen rechtlich gleich Sachen, die sich zwar nicht durch eine Gebrauchshandlung verbrauchen, aber sich doch in kurzer Zeit vernutzen, z. B. leicht abtragbare Kleidungsstücke.

Die meisten vertretbaren Sachen sind auch verbrauchbar. Notwendig fällt beides nicht zusammen. Nichteingebundene Bücher z. B. ferner die Werthpapiere sind vertretbar, aber nicht verbrauchbar.

### § 76. Theilbarkeit.<sup>1</sup>

Körperliche Sachen sind in der Regel körperlich theilbar, d. h. in selbständige Sachen zerlegbar. Die Theilung von Immobilien geschieht durch Ziehung von Grenzen; es genügt deren rechtsverbindliche Feststellung; äußerlich markirt müssen sie nicht sein.<sup>2</sup> Horizontale Theilung,

tiger Zwangsvollstreckung zulässig C.P.D. §. 702 Ziff. 5, findet der Urkundenprozeß C.P.D. § 555, das Mahnverfahren statt C.P.D. § 628.

7) Anders Ihering, Jahrbuch Bd. 15 S. 401. Es ist hierüber eingehend beim Nießbrauch zu sprechen.

1) Wächter, Archiv für civ. Praxis Bd. 27 n. 7. Steinlechner, das Wesen der juris communio erste Abtheilung S. 5 ff.

2) Jeder Theil wird zum selbständigen Grundstück. Historisch betrachtet bleibt er aber Theil des ursprünglichen Grundstückes. Dies hat praktische Bedeutung, wenn

insbesondere nach Stockwerken, ist unzulässig; denn das Eigenthum des Bodens zieht den ganzen auf ihm errichteten Bau nach sich; Theilung der Nutzung nach Stockwerken ist thunlich. Mobilien werden durch körperliche Zerlegung getheilt.<sup>3</sup>

Das Recht kann körperliche Sachen zu untheilbaren machen, und zwar entweder absolut oder relativ.

Theilungsverbote, welche auf dem öffentlichen Rechte beruhen, bewirken absolute Untheilbarkeit. Solche Theilungsverbote kommen in Partikularrechten vor, indem sie z. B. die Theilung der Bauernhöfe oder von Waldungen ausschließen.<sup>4</sup>

Die relative Untheilbarkeit beruht auf privatrechtlichen Gesichtspunkten. Relativ untheilbar sind Objekte, deren körperliche Theilung seitens eines Miteigenthümers nicht erzwungen werden kann. Dergestalt untheilbar sind Objekte, deren körperliche Theilung zu einer

das Gesamtgrundstück mit dinglichen Lasten z. B. Pfandrechten beschwert war. Daher l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16 Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Vgl. l. 6 § 1 D. comm. praed. 8, 4, l. 5 § 16 D. de rebus eor. 27, 9. Von einer communio pro diviso sprechen die Römer auch, wenn ein Grundstück, wie namentlich eine Insel, zwar natürlicherweise etwas einheitliches, aber nach bestimmten Theilen getheilt ist l. 29 D. de a. r. d. 41, 1.

3) Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 4 behauptet, auch bei Mobilien sei Realtheilung ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges, also durch bloße Abgrenzung zulässig, obgleich nicht das gewöhnliche. Er stützt sich auf l. 83 D. pro socio 17, 2; mit derselben stehe zwar l. 19 D. comm. div. 10, 3 in Widerspruch, aber es sei ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen und nicht umgekehrt. Es besteht indessen kein Widerspruch der Entscheidungen, die beide von Paulus herrühren. Beide sprechen gleichermaßen gegen die Behauptung Windscheids. Paulus behandelt den Fall, daß ein Baum auf der Grenze stand und gefällt wird. Solange er auf der Grenze stand, sagt Paulus, war er durch die Grundstücksgrenze, die durch ihn laufend gedacht wurde, realiter getheilt. Nachdem er aber gefällt ist, ist er eine bewegliche Sache, die im Miteigenthum der Grundstücksnachbarn nach ideellen Theilen steht. Dies gilt also auch dann, wenn die Grundstücksgrenze am Baume markirt sein sollte. Insbesondere führt l. 83 D. pro socio 17, 2 Paulus libro primo manualium aus: in qua ratione duabus massis duorum dominorum flatis tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa? sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat. Windscheid scheint anzunehmen, Paulus verneine in den letzten Worten die von ihm aufgeworfene Frage und nehme schließlich partes pro diviso an dem gefällten Baumstamm an. Dies ist nicht der Fall. Paulus hält die Frage durch die Formulirung seiner Frage für entschieden. Nur das fügt er hinzu, daß die nunmehrigen ideellen Theile am Baum der Größe der bisherigen realen Theile entsprechen. Dies nur drücken die Worte tantam partem, quantam in terra habebat aus. Auch die l. 8 D. de rei vind. 6, 1 sagt Mobilien könnten nicht pro diviso besessen werden; dies doch gewiß nur, weil sie nicht körperlich getheilt im Eigenthume stehen können.

4) Etwas verwandtes ist, daß Aktien untheilbar sind, S. G. B. Art. 207 Abs. 3.

Vernichtung ihres Wesens oder zu einer Werthzerstörung führen würde.<sup>5</sup> Es gehören hierher z. B. Reitpferde, Gemälde, Diamanten, Spiegelscheiben, die gemeinsame Einfahrt zweier Häuser, die ohne unverhältnißmäßige Kosten nicht ersetzbar wäre.<sup>6</sup>

An untheilbaren wie an theilbaren Objekten sind Theilrechte — partes pro indiviso — möglich.<sup>7</sup>

### § 77. Pertinenzen.<sup>1</sup>

Pertinenzen — Zubehör — sind Objekte, welche der stetigen Benutzung einer anderen Sache — der Hauptsache — dienen und um deswillen im Verkehre als dieser zugehörig gelten.

Rechtsgeschäfte, insbesondere Verkäufe, Vermächtnisse, Verpfändungen über die Hauptsache erstrecken sich daher in Ermangelung abweichender Parteierklärungen auch auf deren Pertinenzen.<sup>2</sup>

Pertinenzen eines Hauses sind beispielsweise Fenster, Schlösser, Schlüssel;<sup>3</sup> Pertinenzen eines landwirthschaftlichen Grundstücks sind der ihm bestimmte Düngervorrath, sowie dem Vieh untergelegte Streu,<sup>4</sup> ferner Anthelle an Weidegrundstücken;<sup>5</sup> Pertinenzen eines Weinbergs sind die Weinbergspfähle.<sup>6</sup>

5) l. 26 § 2 D. de leg. I. Pomponius libro 5 ad Sabinum: In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est. § 5 J. de officio judicis 4, 17. l. 34 § 2<sup>b</sup> C. de donat. 8. 53.

6) Vgl. Zimmermann, Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 20.

7) l. 35 § 3 D. de rei vind. 6. 1. Paulus libro 21 ad edictum: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. Der Sinn ist, man kann auch einen ideellen Theil einer untheilbaren Sache vindiciren, da die Auseinandersetzung durch Werthausgleichung erfolgen kann. — Das eigenthum zu ideellen Theilen ist auch an Aktien möglich und häufig.

1) Gesterding, Irrthümer der Rechtsgelchrten S. 301 ff. Funke, die Lehre von den Pertinenzen 1827. Wächter, Würt. Pr. Recht Bd. 2 S. 242 ff. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 56. Goepfert, über die organischen Erzeugnisse S. 59.

2) Goepfert a. a. O. bekämpft den Begriff der Pertinenzen. Die Erscheinungen aber, um die es sich handelt, kann auch er nicht in Abrede stellen.

3) l. 17 pr. D. de act. e. v. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet: aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt. ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra: multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaris torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiam si aedificio cohaerent.

4) l. 17 § 2 D. de a. e. v. 19, 1.

5) l. 20 § 1 D. si serv. 8, 5. l. 91 §§ 4 und 5 D. de leg. III. Goepfert a. a. O. S. 65 behauptet, es sei nicht wahr, daß ein Grundstück jemals Pertinenz eines anderen sei; dagegen Windscheid Bd. 1 § 143 Ann. 9.

6) l. 17 § 11 D. de a. e. v. 19, 1.

Die Widmung zum Dienste der Hauptsache muß thatsächlich realisiert sein. Baumaterialien — *ruta caesa* — sind, wenn auch angefahren, nicht Pertinenz des Baugrundstückes. Was bloß zeitweise weggenommen ist, z. B. Borfenster, Weinbergspfähle, Ziegel, bleibt Pertinenz.<sup>7</sup>

Zu den Pertinenzen werden nicht gezählt Objekte, welche zwar den Zwecken einer anderen Sache dienen, aber von solcher Bedeutung für den Verkehr sind, daß dieser sie regelmäßig als selbständige Sachen behandelt und hervorhebt. Daher wurde das Inventar eines Landgutes,<sup>8</sup> das *Peculium* eines Sklaven von den Römern nicht als Pertinenz behandelt.<sup>9</sup>

Körperliche Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache ist für den Pertinenzbegriff nichts wesentliches. Aber zu den Pertinenzen einer Sache gehören auch Objekte, die mit ihr körperlich verbunden, ihr inkorporirt sind. Mit Unrecht wird dies in neuerer Zeit mehrfach seitens der Theorie geleugnet.<sup>10</sup>

Allerdings folgen inkorporirte Objekte, so lange die Verbindung dauert, zunächst nothwendig den Schicksalen der Hauptsache, ohne daß es hierfür darauf ankommt, zu welchen Zwecken sie ihr einverleibt werden. Aber es fragt sich, ob der Erwerber der Hauptsache durch Kauf, Vermächtniß, ob der Pfandgläubiger Ansprüche auf die Inkorporation hat, oder ob sie der Verkäufer, Erbe, Besitzer abtrennen und für sich zurückhalten darf. Und für diese Frage entscheidet die Pertinenzqualität des inkorporirten Objectes. Wurde es vom Besitzer nur zu temporären oder persönlichen Zwecken eingefügt, so ist es trotz der Inkorporation nicht Pertinenz; man darf es wegnehmen, für sich zurückhalten.<sup>11</sup> Was dagegen der Hauptsache inkorporirt wurde, um ihr dauernd zu dienen, hat Pertinenzqualität; es darf nicht von ihr getrennt werden, ist insbesondere dem Käufer oder Vermächtnißnehmer mitzuüberliefern.<sup>12</sup>

7) l. 18 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. Javolenus libro 7 ex Cassio: Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud juris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur.

8) l. 2 § 1 D. de instructo vel instrumento legato 33, 7.

9) l. 1 § 1 D. de pign. 20, 1. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 435 Anm. 7.

10) Windscheid Bd. 1 § 143 Anm. 1; vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 56.

11) Vgl. die oben Anm. 3 abgedruckte l. 17 pr. D. de a. e. v. 19, 1, l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16, l. 245 D. eod.

12) Im Zweifel ist bei Kohärenz des Gegenstandes für die Pertinenzeigenschaft zu entscheiden; denn die körperliche Verbindung kann als Zeichen für die Absicht gelten, die Nebensache zum dauernden Gebrauch der Hauptsache zu bestimmen. l. 38

Nach deutschen Rechtsanschauungen ist der Begriff der Pertinenz ein anderer als nach römischem Rechte. Dies hat auf die Partikularrechte eingewirkt. Hiernach gilt vielfach das landwirthschaftliche Inventar eines Grundstückes als dessen Pertinenz.<sup>13</sup> Auch werden nicht selten partikularrechtlich Pertinenzen eines Grundstückes geradezu als immobil angesehen, so lange sie in diesem Verhältnisse stehen. Sie theilen dann in ihrer Verbindung die rechtlichen Eigenschaften der Grundstücke, indem sie z. B. der immobiliaren Zwangsvollstreckung mitunterliegen.

§ 78. Frucht.<sup>1</sup>

Frucht — fructus — ist der regelmäßige wirthschaftliche Ertrag, welcher aus einer Sache gewinnbar ist. Für den Begriff der Frucht im Rechtssinne ist also nicht physische Beschaffenheit, sondern ein wirthschaftliches Kriterium maßgebend.<sup>2</sup>

Zur Frucht eines Grundstückes gehören Körnerfrüchte, Obst, Grasnutzung, Holzschlag<sup>3</sup> und Förderung von Steinen, von Kalk, von Thon, Ziegelerde und Torf, soweit hierin eine regelmäßige Einnahme aus dem Grundstück liegt.<sup>4</sup> Auch die Jagd ist Frucht des Grundstückes,

§ 2 D. de act. e. v. 19, 1, 1. 21 D. de instructo 33, 7. Seuffert, Archiv Bd. 7 n. 286. Im Sinne einer Präsumtion hat also der alte Spruch Wahrheit, daß Pertinenz sei, was wand-, band-, niet- oder nagelfest sei.

13) Ferner gelten eingemauerte Fabrikutensilien als Pertinenzen der Fabrik. Seuffert, Archiv Bd. 7 S. 286.

1) Goepfert: über die organischen Erzeugnisse 1869. Dort ist S. 1 ff. die ältere Litteratur zusammengestellt.

2) Der Begriff der Frucht ist in doppelter Beziehung wichtig, nämlich einmal für die Frage, was der Fruchtnutzungsberechtigte zu beziehen hat, und zweitens für die des Umfanges der Verpflichtung in Fällen, in welchen man zur Fruchterstattung verbunden ist. Doch nicht hierin hat unieres Ermessens die Principlosigkeit und Grenzunsicherheit in der Begriffsbestimmung der Frucht ihren Grund, welche Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 219 Anm. 29 beklagt. Sie liegt darin, daß man nach dem Vorgange von Goepfert a. a. D. als Frucht im eigentlichen Sinne „die organischen Erzeugnisse“ betrachtet. Den Römern ist ein entsprechender Ausdruck fremd und nirgends findet sich eine Andeutung davon, daß sie den Fruchtbegriff an diesen Begriff anknüpften. Den ökonomischen Gesichtspunkt hebt vielmehr ausdrücklich hervor l. 7 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 49 ad edictum: Frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretiodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit.

3) Vgl. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum... puto autem si arbores caeduae fuerunt vel gremiales dici oportet in fructu cedere. Nicht zu den Früchten gehören einzelne abgängige Bäume. Ist ein Wald durch Windbruch niedergeworfen, so gehört zur Frucht nur, was dem Jahresertrag entsprechen würde, das übrige ist Substanz.

4) l. 7 § 14 D. soluto matrimonio 24, 3. In l. 7 § 13 wird die Sache ebenso behandelt. Als Frucht im engeren Sinne wird freilich dort nur angesehen der Marmor von der Beschaffenheit, ut lapis ibi renascatur.

sofern sie eine regelmäßige Einnahmequelle bildet.<sup>5</sup> Die Fruchtnutzung von Thieren besteht in Wolle, Milch, Thierjungen.<sup>6</sup> Als Fruchttertrag der Sklaven galten in Rom die Sklavendienste.<sup>7 8</sup>

Im weiteren Sinne zählen zur Frucht auch regelmäßige Erträge, welche aus einer Sache durch Rechtsgeschäfte erworben werden, z. B. die Frachtgelder, die aus einem Seeschiffe, die Zinsen, die aus einem Darlehenskapital gewonnen werden.<sup>9</sup> Derartige Nutzungen nennt man bürgerliche Früchte — *fructus civiles* — im Gegensatz zu den natürlichen Früchten — *fructus naturales*.

Die von der fruchttragenden Sache noch nicht getrennte Frucht — *fructus stantes, pendentes* — ist nothwendig ein Theil derselben.<sup>10</sup> Sie steht in der dinglichen Rechtsstellung der fruchttragenden Sache. Sie kann noch nicht Gegenstand besonderen Eigenthumes<sup>11</sup> oder besonderer dinglicher Rechte sein.<sup>12</sup> Geschäfte über hängende Früchte

5) l. 26 D. de usuris 22, 1 Julianus libro 6 ex Minicio: Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

6) l. 68 § 1 D. de usufructu 7, 1, l. 28 pr. D. de usuris 22, 1, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3.

7) l. 31, l. 79 D. de rei vind. 6, 1. Hinsichtlich des Sklavensindes bezeugt Ulpian libro 17 ad Sabinum l. 68 pr. D. de usufructu 7, 1: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti — vgl. l. 2 § 39 D. de or. jur. 1, 2 — sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest l. 28 § 1 D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum.. cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit. Diese Gründe mögen „Phrasen“ gewesen sein — Goepfert a. a. D. S. 29 Anm. 32 —; Phrasen sind aber auch in der Geschichte wirkende Momente.

8) Keine Frucht des Grundstückes ist der in ihm gefundene Schatz. Er bildet keinen regelmäßigen Ertrag.

9) l. 62 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum. Si navis a malae fidei possessore petatur et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent.. etsi maxime vectura sicut usura non natura, pervenit, sed jure percipitur. l. 38 § 13 D. de usuris 22, 1, l. 8 § 2 D. de rebus a. jud. 42, 5. Anderwärts werden die Miethgelder als loco fructum bezeichnet. l. 29 D. de her. pet. 5, 3, l. 34 D. de usuris 22, 1. In l. 121 D. de V. S. 50, 16 sagt Pomponius libro 6 ad Quintum Mucium: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

10) l. 44 D. de rei vind. 6, 1. Gajus libro 29 ad edictum provinciale. Fructus pendentes pars fundi videntur, l. 25 § 6 D. quae in fraudem creditorum 42, 8 und hierzu Lenel edictum perpetuum S. 399.

11) Der Käufer stehender Bäume hat daher nur eine Klage auf Uebergabe der Bäume. Er wird nicht deren Eigenthümer, solange sie anstehen, selbst wenn sie speciell bezeichnet und angeschlagen sein sollten, l. 40 D. de act. e. v. 19, 1. Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habebit actionem.

12) Anders nach deutschrechtlicher Auffassung, C.P.D. §§ 714, 725.

sind nur in derselben Weise wie über künftige Sachen anderer Art möglich.<sup>13</sup>

Mit der Trennung der Frucht — ihrer Separation — entsteht eine neue selbständige Sache. Viele hegen freilich die Ansicht, daß die getrennte Frucht fortdauernd Theil der fruchttragenden Sache sei. Die Fruchttrennung, führt man aus, bildet nur eine Vervielfältigung des Eigenthums, gerade so, wie wenn der Eigenthümer seinen Bogen Papier oder seinen Laib Brod zerschneidet.<sup>14</sup> Dies ist irrig. Die separirte Frucht hat selbständige Form, selbständigen Namen und ist selbständige Sache. Daß Fohlen dankt der Stute seine Entstehung, aber ein Theil derselben ist es nicht.

Von der Separation der Frucht zu unterscheiden ist die Besitznahme — Perception — derselben.

Nicht selten findet sich der Ausdruck, es seien fructus percipiendi zu ersetzen. Dies ist eine Formel dafür, daß jemand schuldig sei, den Werth von Früchten zu ersetzen, die man hätte ziehen sollen und können, die aber nicht gezo gen wurden.

13) Künftige Früchte können verkauft oder sonst versprochen werden, wobei ihre dereinstige Entstehung vorausgesetzt wird, l. 8 D. de contr. empt. 18, 1. Sie sind auch im voraus verpfändbar; müssen aber, damit das Pfandrecht entsteht, im Moment ihrer Separation in das Eigenthum des Verpfänders treten, l. 15 pr. D. de pign. 20, 1.

14) Brinz Bd. 1 S. 546 und insbesondere Goepfert a. a. D. S. 176, dagegen Windscheid Bd. 1 § 144 Anm. 4. Es besteht kein Grund für die Annahme, daß das Sklavenskind in Bezug auf die vorliegende Frage anders behandelt wurde als Thierjunge und andere Früchte. Daß aber das Sklavenskind kein Theil der Mutter sei, spricht entschieden aus l. 26 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 16 ad edictum: Partum non esse partem rei furtivae Scaevola libro undecimo quaestionum scribit; ein Excerpt aus l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3. in welcher die Konsequenzen entwickelt sind. Es ist nicht richtig, daß Papinian in der l. 44 § 2 D. de usurp. 41, 3 anderer Ansicht war. Papinian behandelt dort die Frage, in welchem Momente die bona fides des Käufers vorhanden sein müsse, damit eine Ersetzung beginne. Er meint, es komme für die bona fides nicht auf das „initium praesentis possessionis“, sondern auf die „antiquior causa traditionis“, d. h. auf den Moment an, in welchem das Kaufgeschäft realisirt wurde. Mit der Frage, ob das Sklavenskind im Rechtsinne von seiner Geburt an eine neue Sache, ein neuer Mensch sei, hat dies nichts zu thun. Spätere Juristen verwarfen übrigens die Ansicht Papinians l. 4 § 18 D. h. t. 41, 3. — Die richtige Auffassung vertritt auch l. 7 § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2, wo gefragt wird, ob die Entscheidung über einen fundus eine exceptio rei judicatae begründen, wenn später die auf demselben gefällten Bäume vindicirt werden. Ulpian antwortet: de fructibus eadem quaestio est, quae de partu, haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. Goepfert streicht das non; dies ist aber willkürlich und ohne handschriftliche Grundlage, siehe Mommsens Pandektenausgabe. Vgl. auch l. 2, l. 6 D. de a. r. d. 41, 1.

## Vierter Abschnitt.

## Rechtserwerb und Rechtsverlust.

## Erstes Kapitel.

## Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

## § 79. Die juristischen Thatfachen.

Die Faktoren des Rechtes im subjektiven Sinne sind Thatfachen, d. h. im Raum und in der Zeit sich abspielende, sinnlich wahrnehmbare Begebenheiten. Durch Thatfachen vollzieht sich der Erwerb, die Veränderung, der Verlust der Rechte. Und wie die Rechte begrifflich aus Thatfachen fließen, so läßt sich deren Existenz praktisch nur aus Thatfachen erschließen und erkennen. Daher dreht sich jeder Rechtsstreit in erster Linie um die rechtsbegründenden, rechtsverändernden und rechtsvernichtenden Thatfachen. Man nennt mit Zug die rechtsgestaltenden Thatfachen juristische; denn sie sind es, welche das Rechtsleben bestimmen.

Die juristischen Thatfachen erhalten ihre rechtsbegründende Kraft formell durch die Rechtsordnung; doch sind es — wenigstens der Regel nach — keine indifferenten Momente, an welche sich die Entstehung oder der Untergang von Rechten knüpft. Es wohnen den juristischen Thatfachen vielmehr rechtsbildende Kräfte inne, welche die Anerkennung des Rechtes herausfordern. Aus der Annahme einer Darlehenssumme z. B. folgt die Pflicht der Rückgabe, das positive Recht erkennt diese natürliche Pflicht nur an und macht sie zur Rechtsverbindlichkeit. Verstirbt jemand mit Hinterlassung von Descendenten, so trägt dieser Thatbestand das Descendentenerbrecht in seinem Schoße, wenn es auch richtig ist, daß es erst durch den allgemeinen Willen nähere Bestimmung und rechtliche Anerkennung gewinnt.<sup>1</sup>

Die juristischen Thatfachen zerfallen in zwei Hauptgruppen, nämlich in Handlungen und in Thatbestände anderer Art.

1) Ein vielcitirtes Wort Windscheids ist — Bd. 1 S. 63 —: „Man sagt von dem Thatbestand, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentlich wirkende ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung.“ Dagegen bemerkt mit Recht Zitelmann, Irrthum S. 280: „Die Ursache ist der Thatbestand, welchem die Rechtsordnung die Qualität einer Ursache verliehen hat.“

Handlungen sind Aeußerungen des menschlichen Willens. Der Wille kann sich auch in Unterlassungen kundthun. Daher betrachtet man die Unterlassungen als Unterart der Handlungen und nennt sie negative Handlungen.

Handlungen sind theils Rechtsgeschäfte, theils Delikte.<sup>2</sup> Rechtsgeschäfte sind auf die Begründung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen gerichtete Willenserklärungen; der Eintritt dieser Rechtswirkung entspricht dem Willen des Handelnden.<sup>3</sup> Die unerlaubte Handlung — das Delikt — zieht die Verpflichtung des Handelnden zum Schadensersatz oder zur Strafleistung nach sich. Auch diese Verpflichtung knüpft sich an die Handlung; aber dem Willen des Handelnden entspricht sie nicht.

Thatbestände als Ursachen von Rechtswirkungen nennt man Titel. Beruhen sie auf Verträgen, so heißen sie Vertragstitel, sind sie vom Willen der Betheiligten unabhängig, so spricht man von gesetzlichen Titeln.

#### § 80. Der Rechtserwerb.

Es war römische Grundanschauung, daß der Erwerb von Rechten normalerweise aus dem Willen des Berechtigten hervorgehe und daß Rechtspflichten grundsätzlich auf dem Willen des Verpflichteten beruhen. Schlechthin war dies freilich den realen Verhältnissen gegenüber nicht durchführbar. Denn nothwendig wird die Rechtsstellung des Individuums durch zahlreiche Momente bestimmt, die von seinem Willen unabhängig sind. Aber die Selbsterziehung der Rechte durch die Betheiligten war das Ideal der Römer. Sie haben es, soweit möglich, verwirklicht, nicht selten in künstlicher und gezwungener Weise.

Die deutsche Rechtsauffassung war die entgegengesetzte. Als das naturgemäße galt, daß das Individuum in Folge seiner Geburt, socialer Momente, der Lebensverhältnisse in gegebene Rechtsbeziehungen eintrete. Der individuelle Wille hatte daneben nur einen beschränkten Raum. Die Reception des römischen Rechtes hat dem Willen der

2) Diese beiden Kategorien erschöpfen übrigens die juristisch in Betracht kommenden Handlungen nicht. Fahren oder gehen über ein Grundstück kann zur Eröffnung einer Servitut führen; es ist jedoch weder Rechtsgeschäft noch an sich Delikt: Schloßmann, Vertrag S. 129. Dieselbe Handlung kann ein Rechtsgeschäft bilden und zugleich ein Delikt, z. B. die Veräußerung einer deponirten Sache, die ein *furtum* bildet. Aber dies spricht nicht gegen die Eintheilung. Denn die Handlung bildet von anderen Gesichtspunkten aus und nach anderen Richtungen ein Delikt wie ein Rechtsgeschäft. Anders Schloßmann, Vertrag S. 130, vgl. gegen ihn Thon, Rechtsnorm S. 368 ff.

3) Vgl. unten § 91.

Einzelnen höhere Macht verliehen und ihm sowohl im Verkehr unter Lebenden als bei letztwilligen Verfügungen freie Bahn eröffnet. Aber die römische Betonung des privaten Willens blieb dem neueren Rechte fremd. Dies bewirkte zahlreiche und tiefgreifende Umgestaltungen. Einzelnes mag hier herausgegriffen werden.

Die Römer erkannten grundsätzlich direkte Stellvertretung nicht an, bei welcher der Vertreter die Willenserklärung abgibt und der Vertretene durch sie erwirbt und verpflichtet wird, denn man sollte seine Rechte und Pflichten durch eigene Entschlüsse gestalten. Nur nothgedrungen und unvollständig gaben die Römer den Anforderungen des Nutzens nach, welche auf direkte Stellvertretung hindrängten. Im gemeinen Rechte ist direkte Stellvertretung auf dem Gebiete des Vermögensverkehrs allgemein zulässig geworden.

Echt römisch war die *cautio damni infecti*. Drohte das Nachbarhaus mit Einsturz, so war der Eigenthümer des baufälligen Hauses an sich nicht zur Reparatur verpflichtet, er hatte von Rechtswegen nicht für Schaden durch den Einsturz aufzukommen. Aber der durch den Einsturz gefährdete Nachbar konnte die Uebernahme der Schadensersatzpflicht durch Stipulation — *cautio damni infecti* — fordern; die Verweigerung hatte empfindliche Nachtheile im Gefolge.<sup>1</sup>

Uns dagegen erscheint es als Umweg, eine Willenserklärung zu erzwingen, statt die Wirkungen, welche sich an sie knüpfen würden, direkt eintreten zu lassen. Der modernen Auffassung giebt Ausdruck C.F.D. § 779: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.“

Die Konstruktion des altrömischen Prozesses beruhte auf dem Grundgedanken, daß die Vereinbarung die normale Quelle von Rechten und Pflichten sei. Die Veränderungen, welche ein eingeklagtes Recht im Prozesse erleidet, und den Prozeß selbst führten die Römer auf den Vertrag der Betheiligten zurück — *judicio contrahitur*.<sup>2</sup> Man sah ihn in der Litiskontestation, ursprünglich der beidseitigen Annahme des Geschworenenrichters, welchen der Prätor auf Grund der Partei-verhandlung bestellt hatte. Deshalb erschien den Römern in alter Zeit ein Prozeß unmöglich, wenn sich nicht beide Theile vor dem

1) Ähnliches finden wir bezüglich des väterlichen Konsenses zu Eheschließungen der Hauskinder. Der Hausvater sollte ihn nicht ohne Grund verweigern, geschah dies dennoch, so wurde er zu dessen Ertheilung von dem Magistrate gezwungen. Eine Ergänzung durch die Obrigkeit fand nicht statt. 1. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2: „*coguntur in matrimonium collocare et dotare*“.

2) 1. 3 § 11 D. de peculio 15, 1. Das nähere unten im Aktionenrecht.

Magistrat zusammenfanden, um den Prozeßvertrag zu schließen. Ließ sich der Beklagte nicht ein, so trafen ihn die schwersten Nachteile, ein Prozeß wurde aber gegen ihn nicht geführt. Diese Ideen sind dem heutigen Rechte völlig fremd. Die Obrigkeit urtheilt über eingeklagte Rechte kraft ihrer Amtsgewalt, nicht erst in Folge der Unterwerfung der Parteien, und die durch den Prozeß bedingten Modifikationen des eingeklagten Rechtes treten von Rechtswegen ein, sie gelten nicht als Folge der Parteivereinbarung.

Das System der Römer führte die obligatorischen Verpflichtungen grundsätzlich auf Kontrakt und Delikt zurück, also auf die eigenen Handlungen des Schuldners. Verbindlichkeiten, welche aus anderen Gründen entstanden, gliederten die Römer als Obligationen quasi ex contractu und quasi ex delicto jenen beiden Hauptarten an, gleich als wäre auch ihr Grund eine Handlung des Schuldners.<sup>3</sup> In gleicher Weise erklärten die Römer von Rechtswegen entstehende Pfandrechte durch die Fiktion eines stillschweigenden Pfandvertrages — *tacita conventio* — zwischen dem Eigenthümer der Pfandsache und dem Gläubiger.<sup>4</sup> Die moderne Systematik läßt dies fallen. Sie stellt gesetzliche Obligationen und Pfandrechte den vertragsmäßigen als ebenbürtig zur Seite.

### § 81. Succession.

Die Rechtssubjekte wechseln, vergehen, die Güter bleiben. Es gilt dies vor allem von den Grundstücken, welche dem Nutzen ungezählter Generationen bestimmt sind. Wo heute der eine schaltet, werden morgen andere herrschen.

Es findet also Succession statt. Dieselbe kann eine unverbundene oder eine derivative sein.

Unverbunden ist die Succession, wenn das Recht des Nachfolgers durch sich besteht, ohne seine Kraft dem Rechte des Vorgängers zu entnehmen. Ein Hauptfall ist die Erziehung. Der Erziehung erwirbt Eigenthum, das bisher einem anderen zustand, in Folge des fortgesetzten Besizes und guten Glaubens originär. Er stüßt sein Recht nicht auf dasjenige seines Vorgängers.<sup>1 2</sup>

3) § 2 J. de oblig. 3, 13. Gaj. Inst. III §§ 88, 89.

4) Bgl. Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20. 2.

1) Brinz Bd. 1 S. 245, 563, 595 vermeint: „der Usukapient erwerbe derivativ, nicht originär, vorhandenes nicht werdendes Eigenthum. Dies erweise sich daraus, daß er dominium tale erwerbe quale fuit, mit Servituten und Pfandrechten.“ Auch dies hat Anklang gefunden. Wenn aber A. sein Grundstück derelinqürt und

Die Succession ist derivativ, wenn das Recht des Nachfolgers seine Existenzbedingungen dem Rechte seines Vorgängers — seines „Autors“ — entnimmt.<sup>3</sup> Es sind dann auch die Schranken des Rechtes des Vorgängers die Schranken des Rechtes des Nachfolgers.<sup>4</sup>

Eine derivative Succession ist es vor allem, wenn das Recht des Nachfolgers derselben Art ist wie dasjenige des Vorgängers, von dem er dasselbe ableitet, z. B. im Falle der Eigenthumsübertragung durch Tradition. Dann gilt das Recht des Nachfolgers geradezu als identisch mit demjenigen des Autors.<sup>5</sup>

Derivative Succession ist aber auch vorhanden, wenn die Rechte ungleichartige sind, wenn also zwar formell Neuschöpfung eintritt, aber das neue Recht von dem Rechte des Bestellers abhängig ist. So

B. dasselbe später okkupirt, so unterliegt er gleichfalls der Servituten- und Pfandbelastung des Grundstückes. Sollte also auch die Okkupation derivativ sein? Derivativ ist der Erwerb, welcher von dem Rechte eines bestimmten Autors abhängig ist, so daß der Erwerber zum Nachweise seines Eigenthums außer seinem Erwerbstitel das Eigenthum des Autors darzuthun hat. In diesem Sinne aber ist die Ersetzung sicherlich nicht derivativ.

2) Originär ist auch der Erwerb eines Rechtes, welches bisher nicht bestand, z. B. Okkupation einer herrenlosen Sache. Hier, wo wir nur von Successionen handeln, ist darauf nicht weiter einzugehen.

3) l. 20 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 29 ad Sabinum. *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit, si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.*

4) Hat also der Tradent einer Sache nur Eigenthum an ihr unter einer auflösenden Bedingung, so ist auch das Recht des Rechtsnachfolgers von deren Nichteintritt abhängig. Dagegen ist es zwar richtig, daß Servituten, welche der Autor an seiner Sache bewilligt hat, auch seinen Successor belasten und daß Servituten, die er der Sache erwarb, auch seinem Successor zu gute kommen. Aber mit Unrecht führt dies Ulpian in der l. 20 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 auf den derivativen Charakter der Tradition zurück, indem er, wie bei den römischen Juristen öfter vorkommt, zwar die Erscheinung richtig charakterisirt, nicht aber deren Gründe. Denn der Grund der Erhaltung der Servituten liegt darin, daß sie unmittelbar an der Sache bestehen und um deswillen von jedem Eigenthumswechsel unberührt bleiben, also auch bei etwaigem originären Erwerb fortbestehen, vgl. oben Anm. 1. — Hat der Autor bezüglich der übertragenen Sache persönliche Verpflichtungen übernommen, so gehen diese auf den Rechtsnachfolger an sich nicht über, denn sie verpflichteten nur die Person des Eigenthümers und seine Erben, afficiren aber die Sache nicht. Hierauf ist später zurückzukommen. Vgl. l. 15 C. de rei vind. 3, 32; l. 6 C. de her. vel act. vend. 4, 39.

5) Die Römer sagen, das Recht des Autors gehe auf den Successor über: l. 15 § 2 D. de contr. emt. 18, 1 *dominium meum transire*, l. 55 D. de obl. et act. 44, 7 *dominium transferunt*, l. 177 pr. D. de R. J. 50, 17 in *jus dominiumve alterius succedit*, l. 20 d. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Die Rechte sind praktisch identisch; logisch sind sie nur gleiche Größen. Die Auffassungen der Neueren sind indessen verschieden. Vgl. die guten Bemerkungen von Erner, *Tradition* S. 1 Anm. 2, ferner Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts *Zeitschrift* Bd. 8 S. 152.

beispielsweise bei Einräumung eines Nießbrauches. Der Eigenthümer, welcher den Nießbrauch bestellt, hatte ein derartiges Recht als besonderes nicht. Das Nießbrauchsrecht wird also nicht übertragen, sondern geschaffen. Aber es entsteht nur, falls der Besteller Eigenthümer war; daher liegt derivativer Erwerb vor.<sup>6</sup>

Die Successionen sind theils Folge von Begebenheiten unter Lebenden, theils des Todes des Berechtigten, welcher ihn zwingt, sein Vermögen anderen Personen zu hinterlassen.

Die Rechtsnachfolge unter Lebenden bildet Singularsuccession; die hauptsächlichliche Succession von Todeswegen — diejenige der Erben — ist Universalsuccession.

Singularsuccession ist Uebergang von Vermögensobjekten als einzelnen. Auch wer alle seine Vermögensobjekte unter Lebenden übertragen will, z. B. durch Schenkung seines gesammten Vermögens, muß dies durch Uebertragungen aller einzelnen Bestandtheile bewirken.<sup>7</sup>

Universalsuccession ist Eintritt in die Vermögensstellung eines Verstorbenen; sie ist Nachfolge in das Gesamtvermögen mit allen seinen Beziehungen.<sup>8 9</sup> Der Successor

6) l. 63 D. de usufructu 7, 1. Paulus libro singulari de jure singulari. Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habet, tamen usumfructum cedere potest. Man unterscheidet konstitutiven und translativen Erwerb. Konstitutio ist Erwerb eines Rechtes, welches noch nicht bestand, also jeder originäre Erwerb, und der derivative, durch welchen neue Rechte geschaffen werden, translatio ist die Uebertragung eines bestehenden Rechtes. Diese Unterscheidung beruht zwar auf einem logisch richtigen Eintheilungsgrunde, hat aber nur eine doktrinaire Bedeutung. Praktisch wichtig ist nur der Gegensatz der derivativen und originären Erwerbsarten. Daher erklärt Cyner, Tradition S. 3 ff., die Unterscheidung für überflüssig und unbrauchbar.

7) Vaticana fragmenta § 263, § 287.

8) Ueber die Universalsuccession vgl. Haffe im Archiv für civ. Pragis Bd. 3 S. 18 ff.; Savigny Bd. 3 S. 12 ff.; Birkmeyer, Vermögen S. 29 ff.

9) Die Universalsuccession ist da Bedürfnis, wo das Vermögenssubjekt weggefallen ist, an welches sich die vermögensrechtlichen Beziehungen bisher knüpften. Nach römischem Rechte bildet den Hauptfall die Succession in den Nachlaß eines Verstorbenen; in heutigen Recht ist dies der einzige Fall. Solche Succession wird herbeigeführt durch unmittelbares Erbwerden, durch Restitution eines Universal-fideikommisses, durch Kauf eines Nachlasses vom Fiskus l. 54 pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 1 C. de her. vel actione vendita 4, 39; in Rom gab es noch andere Weisen, insbesondere die addictio honorum libertatis causa Tit. Inst. de eo cui libertatis causa 3, 11. In die Güter eines Lebenden trat in Rom Universalsuccession ein, wenn er Sklave wurde, wenn er in die potestas durch arrogatio oder in die manus durch coemptio kam. Seine bisherige Persönlichkeit hörte dann ähnlich wie im Falle seines Todes auf; das Vermögen fiel an den Hausvater, mit Ausnahme jedoch der Schulden, die durch capitis deminutio untergegangen waren, Gal. Inst. III § 83. Dem justinianischen Rechte ist dies fremd. Das ältere römische Recht kannte endlich auch eine Universalsuccession im Konkursfall durch bonorum emptio. Der Schuldner hatte sich als unwillig oder unfähig gezeigt, den Verpflichtungen gerecht zu werden, die ihm als Vermögenssubjekt oblagen. So wurde ihm

erwirbt unmittelbar in und mit dem Gesamtvermögen die einzelnen zugehörigen Vermögensrechte, auch solche, von denen er nichts weiß, er wird von Rechtswegen Schuldner der zugehörigen Schulden, mag er sie kennen oder nicht. Die Formen, welche für die singuläre Uebertragung von Objekten erforderlich sind, z. B. die Tradition körperlicher Sachen, bestehen für die Universalsuccession nicht.

Mehrere können in denselben Nachlaß zu Bruchtheilen — Quoten — succediren. Auch sie sind Universalsuccessoren. Denn sie rücken, wenn auch nur zu Bruchtheilen, in die Vermögensstellung des Verstorbenen ein.

### § 82. Das Datum der Rechte.

Höchst wichtig ist die Frage nach dem Datum der Rechte.

Sie ist von besonderer Bedeutung bezüglich der dinglichen Rechte. Denn dingliche Rechte ordnen sich untereinander regelrecht nach der Zeitfolge; es geht in Kollisionsfällen das ältere dingliche Recht dem jüngeren vor.<sup>1</sup> Das Datum der Entstehung eines Rechtes fällt aber auch sonst in das Gewicht. Es kann entscheidend werden für die Frage seiner Gültigkeit und für zahlreiche rechtliche Beziehungen. Beispielsweise umfaßt ein Konkursverfahren nur das Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehörte;<sup>2</sup> die Einbeziehung eines Rechtes in die Konkursmasse hängt daher davon ab, ob es bereits damals bestand, oder erst später entstand.

Knüpft sich ein Recht an eine einzelne Thatsache oder an einen Komplex von Thatsachen, welche sich gleichzeitig vollzogen haben, so ist die Frage seines Datums eine rechtlich unzweifelhafte. Höchstens kann der Beweis des Zeitpunktes in Frage kommen.

Rechtlich zweifelhaft wird das Datum eines Rechtes nur, wenn dasselbe auf verschiedenen Thatsachen beruht, welche zeitlich auseinanderfallen. Es bedarf z. B. zum definitiven Erwerbe eines Vermächtnisses einer letztwilligen Verfügung, des Todes des Erblassers, des Antrittes der Erbschaft durch den Erben, der Nichtzurückweisung des Vermächtnisses durch den Legatar, Momente, welche sämtlich zeitlich auseinanderfallen, so daß die Frage des Datums des Erwerbes höchst zweifelhaft werden kann.<sup>3</sup>

gleich einem Verstorbenen ein Universalsuccessor gegeben, Gaj. Inst. III § 77. Näheres über das Verhältniß später. Im justinianischen Rechte kommt auch diese Art der Universalsuccession nicht mehr vor.

1) Vgl. oben § 42 S. 92.

2) R.R.D. § 1 Abs. 1.

3) Vgl. Koeppen in Jherings Zeitschrift Bd. 11 S. 144: „Theorie der successiven Entstehung der Rechtsgeschäfte“.

Man muß vor allem unterscheiden solche Thatfachen, welche die Existenz eines Rechtes bedingen, und diejenigen, von denen die Geschäftswirkung abhängig ist. Die Thatfachen der letzteren Art kommen für das Datum des Rechts nicht in Betracht. Wird z. B. heute ein Wechsel acceptirt, welcher erst nach 3 Monaten zahlbar ist, so ist der Wechselinhaber schon heute Wechselgläubiger, obgleich er der Regel nach sein Recht erst nach 3 Monaten äußerlich zur Wirklichkeit bringen kann.<sup>4</sup>

Die Logik scheint zu fordern, daß Rechte erst von dem Momente an datiren, in welchem sich sämmtliche ihre Existenz bedingenden Thatfachen vollzogen haben. Dies ist aber keineswegs der Fall. Vielmehr sind zu unterscheiden rechtlichaffende — konstitutive und rechtbestätigende — konfirmatorische Thatfachen. Das Recht datirt mit der Vollziehung der konstitutiven Thatfachen, vorausgesetzt freilich, daß sich die konfirmatorischen später gleichfalls verwirklichen. In der Zwischenzeit ist das Recht in der Schwebe — in pendentia. Realisiren sich die konfirmatorischen Thatfachen, so tritt Rückziehung — Retraction — ein, d. h. es ergiebt sich hinterher, daß das fragliche Recht von der Vollziehung der konstitutiven Thatfachen an bestanden hat.<sup>5</sup>

Welche Thatfachen konstitutive und welche bloß konfirmatorische sind, läßt sich nicht nach allgemeinen Principien bestimmen, ist vielmehr bei den einzelnen Verhältnissen zu untersuchen. Es müssen so viele Momente vorliegen, daß es dem Rechte als entsprechend gilt, das werdende Rechtsverhältniß bereits fest zu machen und es über das Stadium bloßer Erwartung hinauszuhoben. Insbesondere datiren daher Rechtsgeschäfte häufig mit Abgabe der Willenserklärung der Betheiligten unter der Voraussetzung, daß gewisse rechtliche Momente — *condiciones juris*<sup>6</sup> — oder auch willkürliche, durch die Betheiligten zugefügte Bedingungen sich später verwirklichen.

4) Anders Windscheid Bd. 1 § 96 Anm. 5. Er behauptet, daß die aufschiebende Befristung auch die Existenz des Rechtes hinauschiebe, nicht aber ein Nebenvertrug, durch welchen auf die Geltendmachung des sogleich erworbenen Rechtes für eine gewisse Zeit verzichtet werde. Es ist ein Unterschied, meint Windscheid, zwischen dem Fall, wo jemand einen nach 3 Monaten zahlbaren Wechsel acceptirt und dem Falle, wo ausgemacht wird, daß ein empfangenes Darlehen erst nach 3 Monaten zurückgezahlt werden solle; jener will Schuldner erst werden nach Ablauf der 3 Monate, in dem letzteren Falle wird ein Ausstand von 3 Monaten bewilligt. Dies scheint nicht richtig und nicht juristisch. Danach würden die Ansprüche des Wechselgläubigers aus solchen Accepten, wenn er in Konkurs geräth, nicht zu seiner Konkursmasse gehören. Vgl. auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 5 ff.

5) Belehrend ist die Abhandlung von Fitting über den Begriff der Rückziehung, 1856. Fitting unterscheidet Rückziehung, d. h. Wirkung *ex tunc*, und Vorwirkung, d. h. Wirkung *ex nunc*.

6) Eisele zur Lehre von den *condiciones juris* im Archiv für civ. Praxis Bd. 54

## § 83. Veränderung und Endigung der Rechte.

Die Rechte endigen, sie verändern sich.<sup>1</sup> Die Endigung beseitigt sie völlig. Im Fall einer Veränderung erhalten sie sich auf der Basis ihres Entstehungsgrundes und erleiden nur in einzelnen Eigenschaften und Wirkungen eine Umgestaltung.<sup>2</sup>

Die Gründe, aus denen Rechte endigen, sind nach deren Eigenart verschieden. Einige allgemeine Gesichtspunkte sind jedoch hervorzuheben.

Manche Rechte sind ihrem Wesen nach dauernd, andere sind ihrer Bestimmung nach vergänglich. Für die Dauer geschaffen werden regelrecht Eigenthumsrechte, Grundgerechtigkeiten, Superficies und Emphyteusis.<sup>3</sup> Bestimmungsgemäß vergänglich ist der Nießbrauch, welcher an das Leben des Nießbrauchers gebunden ist, die Obligation, welche mit der Erfüllung endigt, und das Pfandrecht, welches mit der Obligation untergeht, die es versichert.

Im übrigen erlöschen die Rechte theils aus Naturgründen, indem das Gut, um das es sich handelt, untergeht, theils aus Rechtsgründen.

Unter den Rechtsgründen der Endigung und der Veränderung der Rechte hat die allgemeinste Bedeutung der Wille. Der Berechtigte kann verzichten und veräußern.

a) Verzicht — *renuntiatio* — ist eine Willenserklärung des Berechtigten, welche die Aufhebung seines Rechtes bezweckt.<sup>4</sup> Der unbeschränkte Verzicht beendet das Recht; der nach Umfang oder Zeit begrenzte bewirkt nur eine Rechtsveränderung, z. B. der Verzicht auf Geltendmachung eine Forderung innerhalb eines Jahres.

Man möchte glauben, die einseitige Erklärung des Berechtigten genüge zum Verzicht. In der That aber bedarf es bei vielen Rechtsverhältnissen der Annahme des Verzichtes, also eines Vertrages;

n. 4. l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1. Paulus libro 1 ad edictum aedilium curulium. Interdum etiamsi pura sit venditio propter juris conditionem in suspenso est.

1) Ueber die Veränderung der Rechte vgl. Windscheid Bd. 1 § 64. Mit ihr beschäftigt sich eingehend Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 n. 15, Bd. 8 n. 3.

2) Die Obligation z. B. auf Lieferung eines bestimmten Pferdes verändert sich, wenn der Schuldner das Pferd doloserweise tödtet. Er schuldet nunmehr Geld. Aber die Obligation als solche ist die bisherige. Bürgen und Pfänder bleiben verhaftet.

3) Es können jedoch alle diese Rechte durch besondere Verfügung auch bloß auf Zeit begründet werden. Bei Superficies und Emphyteusis muß die Zeit über ein modicum tempus hinausgehen. l. 1 § 3 D. de superficibus 43, 18.

4) Ueber Verzicht vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 335 ff. Leopold Bachet, Revision des Verzichtsbegriffes in Iherings Jahrbüchern Bd. 5 n. 5.

so namentlich beim Verzicht auf Obligationen und auf Pfandrechte.<sup>5</sup> Wann einseitige Erklärung zum Verzichte ausreicht, wann Vertrag erfordert wird, ist bei den einzelnen Rechtsverhältnissen besonders zu untersuchen.

Ursprünglich ging das römische Recht allerdings von dem Principe aus, die Rechte seien in derselben Form zu zerstören, in welcher sie begründet wurden.<sup>6</sup> Man forderte daher meist Vertrag, nicht selten Formalvertrag. Im Laufe der Entwicklung gewann jedoch der einseitige Verzicht mehr Raum. Er reicht bei Rechten aus, denen kein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht, z. B. beim Eigenthume.<sup>7</sup> Man gab ihm auch sonst aus Zweckmäßigkeitsgründen Anerkennung z. B. beim Nießbrauch.<sup>8</sup>

Ausdrücklich muß der Verzicht nicht sein, er kann auch aus Thun und Lassen erschlossen werden. Bloße Nichtausübung eines Rechtes, Unterlassen eines Widerspruches gegen eine Rechtsverletzung kann in Verbindung mit anderen Momenten auf den Verzichtswillen schließen lassen;<sup>9</sup> an sich folgt er aber aus bloßer Passivität nicht.

Verzichten kann man wie auf gegenwärtige, so auch auf künftige Rechte. Unzulässig ist jedoch nach römischem Rechte Erbverzicht, d. h. Verzicht auf den Nachlaß eines noch Lebenden.<sup>10 11</sup>

Ein in der Praxis oft gehörtes Wort ist: Verzichte sind strift zu interpretiren. Dies ist insofern richtig, als diejenigen Rechte bestehen bleiben, welche nicht unzweideutig durch den Verzicht beseitigt sind.<sup>12</sup> Daher stehen auch allgemeine Verzichtsklauseln nicht solchen Einwendungen und Anfechtungsgründen entgegen, die sich erst in Zu-

5) l. 2 C. de remissione pignoris 8, 25.

6) l. 1 D. pro derelicto 41, 7. Ulpianus libro 12 ad edictum... isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

7) Ueber l. 2 D. pro derelicto 41, 7 vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 538.

8) Vgl. vorläufig l. 64, 1. 65 pr. D. de usufructu 7, 1 deren Tragweite freilich sehr bestritten ist.

9) l. 17 § 1 D. de usuris 22, 1. Wächter a. a. O. S. 338.

10) l. 3 C. de collat. 6, 20; l. 16 D. de suis et leg. her. 38, 16. Ueber das gemeine Recht siehe später im Erbrecht.

11) Unzulässig ist auch der Vertrag ne dolus praestetur, d. h. man kann nicht im voraus dem anderen Theile, z. B. einem Mandatar, Indemnität für künftigen Dolus geben. Dies würde den Uebervortheilungen Thür und Thor öffnen. Man kann auch nicht auf das Recht verzichten, von inkünftige erwachsenden Verjährungsseinreden Gebrauch zu machen. Darin läge eine Antastung der Institution der Verjährung.

12) l. 5 D. de transactionibus 2, 15. Papinianus libro 1 definitionum. Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit. Vgl. weiter l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14, l. 3 § 1. l. 9 §§ 1 ff., l. 12 D. de transactionibus 2, 15, l. 31 C. de transact. 2, 4, l. 21 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29.

kunft ergeben und von denen es daher ungewiß ist, ob sie durch den Verzicht getroffen werden sollten.<sup>13</sup>

Der Verzicht kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Unentgeltlicher Verzicht ist keineswegs immer eine Liberalität. Er geschieht z. B. nicht selten, weil das Recht die Mühe seiner Geltendmachung nicht lohnt.

b) Veräußerung — alienatio — ist Uebertragung eines Rechtes durch eine Willenshandlung des Berechtigten auf einen andern.<sup>14</sup> Sie bewirkt eine bloße Veränderung, da das Recht des Erwerbers mit dem des Autors als identisch gilt.

Die Veräußerung fordert eine positive Handlung. Zulassung einer Erziehung ist keine Veräußerung. Aber sie kann ihr gleichstehen, wenn sie behufs Umgehung eines Veräußerungsverbotes geschah.

Uebergang des Vermögens des Erblassers auf seine Erben ist keine Veräußerung, eine etwaige testamentarische Erbeseinsetzung kein Veräußerungstitel. Denn der Erbe repräsentirt den Erblasser. Er ist ihm gegenüber kein Fremder.

#### § 84. Anerkennung und Genehmigung.

Kein minder wichtig als die Begründung von Rechtszuständen ist die Bestätigung durch Anerkennung und Genehmigung.

1. Anerkennung ist Feststellung der Existenz, sowie des Inhaltes von Rechten gegen Unzweifelung und Einwendungen.<sup>1</sup> Was rechtsgültig anerkannt ist, gilt so, wie es die Anerkennung deklarirt hat. Es kommt nicht mehr in Frage, ob es mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Die Anerkennung entspricht daher auf dem Gebiete des Rechtes im subjektiven Sinne der authentischen Interpretation im Gebiete des objektiven Rechtes.<sup>2</sup>

Die Anerkennung ist ein Verfügungsakt. Der Anerkennende will,

13) l. 67 § 3 D. de conditione indebiti 12, 6, Scaevola libro 5 Digestorum: Idem quaesit, an pactum, quod in parationibus adscribi solet in hunc modum „ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse“ impediatur repetitionem. respondit nihil proponi cur impediret. Vgl. l. 4 § 4 D. si quis cautionibus 2, 11. Aus der letzteren Stelle leitete die ältere Doktrin den Satz her, welcher sich auch in den Noten des Dionysius Gothofredus findet: generalis renuntiatio non valet, nisi specialis aliqua praecedat. Dieser Satz war weder quellenmäßig noch rationell.

14) Vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 332. Der Begriff der alienatio wurde von den Römern vorzugsweise mit Rücksicht auf die Veräußerungsverbote entwickelt. Dort ist auf denselben zurückzukommen.

1) D. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, 2. Auflage 1867. Dies Werk ist Grundlage der neueren Praxis geworden.

2) Vgl. oben § 37.

daß seine Anerkennung nunmehr die Grundlage für die bezüglichen Rechtsverhältnisse sei. Sie ist daher scharf zu unterscheiden von dem Zugeständniß von Thatfachen; denn dieses ist nur als Beweismittel zu verwerthen und kann durch Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Zugestandenen entkräftet werden.

Die Römer behandelten die Anerkennung nur in einzelnen Fällen als bindende Willensdisposition. Im heutigen gemeinen Rechte geschieht dies in umfassenderer Weise.

Der hauptsächlichste Anwendungsfall war in Rom die confessio in jure, d. h. die Anerkennung des eingeklagten Rechtes beim Magistrat. Der confessus stand dem Verurtheilten gleich.<sup>3</sup> In ähnlicher Weise ist nach der C.P.D. die im Prozesse bei der mündlichen Verhandlung seitens einer Partei abgegebene Anerkennung eines Anspruches oder Rechtsverhältnisses bindend. Dieselbe hat zwar nicht unmittelbar die Kraft eines Urtheils. Der anerkennende ist aber auf Antrag der Anerkennung gemäß zu verurtheilen, ohne daß das zu Grunde liegende Sachverhältniß in Betracht kommt.<sup>4</sup>

Die außergerichtliche Anerkennung hat besondere Bedeutung im Gebiete des Obligationenrechtes. Der Anerkennungsvertrag wird als Verpflichtungsgrund betrachtet.<sup>5</sup> Es hat ferner die außergerichtliche Anerkennung dinglicher Rechte an seiner Sache durch den Eigenthümer bindende Kraft. Sie verpflichtet auch seine Rechtsnachfolger.<sup>6</sup> Bereits erworbenen dinglichen Rechten Dritter kann sie ohne deren Zustimmung

3) I. 1 D. de confessis 42, 2, Paulus libro 36 ad edictum: Confessus pro judicato est qui quodam modo sua sententia damnatur. Eine gründliche Untersuchung hat Demelius angestellt: die confessio im römischen Civilprozeß und das gerichtliche Geständniß der neuesten Prozeßgesetzgebung. Graz 1880. Demelius spricht der römischen confessio in jure den Charakter eines Anerkennnisses ab. Näheres Eingehen auf die Frage ist hier nicht thunlich.

4) C.P.D. § 278. Die Anerkennung muß dem Inhalte der Klage entsprechen, unbeding und unbeschränkt sein. Bei theilweiser Anerkennung der Klage ist ein Theilurtheil zu erlassen. Das Zugeständniß von Thatfachen behandelt C.P.D. § 261. Die C.P.D. fordert auch zum Widerruf des gerichtlichen Geständnisses von Thatfachen Nachweis seiner Unwahrheit und eines Irrthums bei der Abgabe. Vgl. hierüber mein Preuß. Pr. Recht § 81 Anm. 8, Demelius a. a. O. S. 391.

5) Dies in Folge einer Praxis, welche vorzugsweise durch das in Anm. 1 citirte Werk von Bähr gefördert wurde. Näheres im Obligationenrechte.

6) Insbesondere wird die Existenz und der Umfang von Realasten oft durch Anerkennung festgestellt. Handelt es sich um gemeine Lasten, die gewisse Klassen von Personen oder von Grundstücken betreffen, so kann der Legitimationspunkt Schwierigkeit machen. Die Universität M. beanspruchte das Recht, von jedem Hause zu L. jährlich ein Huhn und einen Hahn zu beziehen, und gründete dies auf ein Saalbuch der Universitätsvogtei vom Jahre 1669, wonach die damaligen Hausbewohner die Verpflichtung der fraglichen Abgabe anerkannt hätten. Es fragte sich, ob auch später zu L. erbaute Häuser die Abgabe schuldeten. Das Oberappellationsgericht zu Kassel erkannte dies an. Bähr, die Anerkennung § 50 Anm. 12.

freilich in der Regel nicht präjudiciren. Auch die Anerkennung von Testamenten ist wichtig. Im Familienrechte spielt insbesondere die Anerkennung der Vaterschaft eine Rolle.

Die Anerkennung ist wie andere Verfügungen anfechtbar wegen Irrthums und anderer Willensmängel. Sie setzt selbstverständlich persönliche Verfügungsfähigkeit voraus. Auch muß es sich um ein Rechtsverhältniß handeln, welches der Verfügung des Anerkennenden untersteht.<sup>7</sup>

2. Auch die Genehmigung — *ratihabitio* — bezweckt Bestätigung von vorhandenem. Dies rückt sie der Anerkennung nahe. Aber der Standpunkt, von welchem die Genehmigung ausgeht, ist ein anderer.

Der genehmigende unterstellt, daß das Geschäft, welches er *ratihabirt*, noch nicht vollständig rechtsbeständig ist. Er erklärt aber den Willen, daß es so gelten solle, wie wenn es von vornherein rechtsbeständig gewesen wäre. Der genehmigende will also die Rückziehung — *Retrotraktion* — der Genehmigung.<sup>8</sup> Das Recht fügt sich diesem Willen, sofern er von demjenigen erklärt ist, welcher sachlich zu einer derartigen Verfügung legitimirt ist. Das Geschäft gilt als von Anfang an vorhanden.<sup>9</sup> Rechte Dritter werden aber durch die Rückziehung nicht berührt.<sup>10</sup> Hauptfälle, in welchen die Genehmigung in Frage kommt, sind folgende:

bezweifelt die Legitimation der damaligen Hausbesitzer, die später erbauten Häuser zu verpflichten. Der Sache nach hatte jedoch das D.A.G. Recht. Die Anerkennung stellte zunächst nur die Verbindlichkeit der damaligen Hausbesitzer und ihrer Successoren fest. Aber es war aus demselben weiter auf ein lokales Gewohnheitsrecht zu schließen, wonach alle Häuser der Gemeinde ohne Unterschied abgabepflichtig waren.

7) Daher kommen in Ehefachen und in Entmündigungsfachen die Vorschriften über die Wirkung des gerichtlichen Erkenntnisses nicht zur Anwendung, C.P.D. §§ 577, 611, 624, 626. Nicht zu berücksichtigen ist nach allgemeinen Grundsätzen die Anerkennung einer rechtlich verbotenen, unsittlichen, absolut unmöglichen Leistung.

8) Von der Genehmigung handelt L. Seuffert, die Lehre von der *Ratihabitio* der Rechtsgeschäfte 1868, vgl. ferner Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 3, § 83 Anm. 10 und die dort angeführte Litteratur.

9) Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 6. Das Princip hat Justinian in der l. 25 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 anerkannt. Justinian entscheidet zunächst, daß die an sich wichtigen Schenkungen unter Ehegatten durch leibwillige *Ratihabitio* seitens des Schenkers rückwärts hin Geltung erlangen, sofern nur bei größeren Schenkungen die Form der *Insinuation* beobachtet war. Darauf fährt er fort: *sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt, nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse*. Dies Princip wendet Justinian in dem l. 7 C. ad S. C. Macedonianum 4, 28 auf die väterliche *Ratihabitio* eines durch sein Hauskind gegen das S. C. Macedonianum entnommenen Darlehens mit den Worten an „*cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt*“.

10) In der l. 71 § 2 D. de sol. 46, 3 ist der durch die *Ratihabitio* betroffene zahlende Schuldner kein Dritter, sondern der am *ratihabirten* Geschäfte theilhaftige, vgl. Zimmermann, stellvertretende *negotiorum gestio* S. 251 ff.

a) Das Rechtsgeschäft bedarf nach gesetzlicher Bestimmung der Genehmigung anderer Personen als der zunächst beteiligten. So sind beispielsweise Veräußerungsgeschäfte von Vormündern zum Theil an die obervormundschaftliche Genehmigung gebunden.

b) Es ist ein Geschäft für uns durch unvollmächtigte Stellvertreter — negotiorum gestores — abgeschlossen. Dann ist unsere Genehmigung erfordert, damit wir aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden.

c) Wir selbst haben ein Rechtsgeschäft zu einer Zeit abgeschlossen, in welcher wir dasselbe nicht gültig schließen konnten, z. B. in den Jahren der Minderjährigkeit, und genehmigen es später, nachdem wir die Fähigkeit zu seiner Eingehung, z. B. durch Erreichung der Volljährigkeit erlangt haben.

In allen diesen Fällen wirkt die Genehmigung grundsätzlich zurück. Aber freilich kann der Grundsatz aus besonderen Gründen ausnahmsweise unanwendbar werden.<sup>11</sup>

### § 85. Privilegien.<sup>1</sup>

Die gesetzgebende Gewalt stellt gewöhnlich Regeln auf, nach welchen die Rechte durch entsprechende juristische Thatfachen entstehen. Sie ruft aber auch nicht selten direkt Rechte in das Leben. Dies geschieht durch Privilegien, d. h. Staatsakte, welche unmittelbar Rechte im subjektiven Sinne begründen.<sup>2</sup>

Die Gesetzesnorm hat den Vorzug des Gleichmaßes; das Privilegium ist im Stande, die Eigenthümlichkeit des besonderen Falles zu berücksichtigen. In früheren Jahrhunderten begünstigte man den Weg

11) Es ist hierüber bei den einzelnen Fällen der Genehmigung zu sprechen.

1) Die gemeinrechtliche Theorie der Privilegien beruht zum Theil auf Sätzen des römischen Reskriptenrechtes, zum größeren Theile aber auf den Bestimmungen des kanonischen Rechtes über Privilegien. Doch stehen viele dieser Bestimmungen mit der besonderen Verfassung der katholischen Kirche in enger Verbindung und sind auf das Privilegienrecht moderner Staaten nicht anwendbar. Eine gründliche Darstellung des Rechtes zur Privilegienertheilung nach kanonischem Rechte findet sich bei Hinschius, das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten Bd. 3 S. 805 ff. Vgl. ferner Hüfeland, Geist des römischen Rechtes 1814 I, S. 211 ff., Schläger in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 12 n. 2. Gerber über Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate in seinen Abhandlungen n. XIII.

2) Gegen diese Definition erklärt sich Hinschius a. a. O. S. 806, allein sein Gegengrund, daß es Privilegien gebe, die nur einen negativen Inhalt hätten, z. B. Befreiung von Zehnten, ist nicht schlagend, denn auch derartige Befreiungen bilden Rechte im subjektiven Sinne. Man kann eine Befreiung von einer gemeinen Last durch Vertrag erlangen; hierdurch entsteht zweifelsohne ein subjektives Recht. Es hat keine andere Natur, wenn es einem Privilegium seine Entstehung verdankt.

der Privilegien, die Neuzeit ist der Regelung durch allgemeine Normen geneigter. Beispielsweise ertheilte man im Mittelalter städtische Verfassungen im Wege von Privilegien; jetzt erläßt man allgemeine Städteordnungen für Staaten oder Provinzen. Lange Zeit hindurch erlangten Verleger und Schriftsteller Urheberrechte nur durch Privilegien; heutzutage sind sie durch Gesetze gesichert. Aktiengesellschaften konnten sich bis vor kurzem nur auf Grund von Privilegien bilden; jetzt entstehen sie, wenn sie die Normativbestimmungen des Handelsgesetzbuches inne halten. Doch ist auch heute noch das Gebiet der Privilegien ein ausgedehntes. Beispiele sind: die Legitimation unehelicher Kinder durch Reskript des Regenten, Verleihung des Adels und anderer Auszeichnungen, Ertheilung von Eisenbahnconcessionen, von Expropriationsrechten. Die Privilegien können öffentlichrechtlicher oder privater Natur sein. Theoretisch läßt sich ihr Gebiet nicht begrenzen.<sup>3 4</sup>

Man unterscheidet affirmative Privilegien, welche eine positive Befugniß, und negative, die eine Befreiung, z. B. von Zehnten, Steuern, gewähren, dauernde und vorübergehende, d. h. auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung verliehene. Die Privilegien sind ferner theils persönliche — *personalia* —, wenn sie einer Person, sei es vererblich oder unvererblich, zustehen, — theils sachliche — *realia* —, wenn sie sich an ein Objekt knüpfen, z. B. an ein Grundstück oder an eine Kirche.<sup>5</sup> Die Privilegien können auf Vertrag beruhen —

3) Der moderne Ausdruck Privilegien ist — wie das römische *privilegium* — doppelstinnig. Privilegien sind bald *jura singularia* für gewisse Klassen von Personen oder von Verhältnissen, z. B. Konkursprivilegien, Privilegien der Minderjährigen, bald Privilegien in dem engeren, hier gebrauchten Sinne.

4) Dispensationen begründen bald Privilegien, bald *jura singularia*. Ueber Dispensationen und Dispensationsrecht handelt Hinschius Kirchenrecht Bd. 3 S. 789. Eine Dispensation ist Aufhebung der Wirkung eines Gesetzes in Ausnahmefällen. Sie muß entweder vom Gesetzgeber ausgehen oder von Personen, welchen das Dispensationsrecht gesetzlich delegirt ist. Die Dispensation, ihrer Form nach negativ, ist doch auf Herbeiführung einer positiven Wirkung gerichtet. Sie begründet ein *privilegium*, wenn es sich um einen Einzelfall handelt, z. B. bei der Dispensation eines Einzelnen von dem Ehehinderniß der Ehemündigkeit; sie bildet *jus singulare*, wenn es sich um einen größeren Kreis von Fällen handelt, z. B. im Fall der Dispensation vom Aufgebot für Ehen von Militärpersonen bei Ausbruch eines Krieges.

5) Nicht selten unterscheidet man als besondere Klasse *privilegia mixta*. Nach einigen sind dies Privilegien, welche den Mitgliedern einer Gemeinschaft als solche zugetheilt sind, — Hinschius a. a. O. S. 809 Anm. 6 — nach anderen Privilegien, die gewissen Personen unter Voraussetzung eines Besitzes zustehen, z. B. den Standesherrn unter Voraussetzung des Besitzes der Standesherrschaft — Hierulff S. 49 — derartige Privilegien sind persönliche. Dagegen sind dingliche die an eine Sache geknüpften Privilegien, welche durch eine bestimmte Qualifikation des Besitzers bedingt sind, z. B. durch Angehörigkeit zu einer bestimmten Konfession. Die s. g. *privilegia mixta* sind hiernach ihrem Grundwesen nach entweder den persönlichen oder dinglichen zuzutheilen.

conventionalia — oder ohne solchen ertheilt sein — pura. Sie enthalten entweder eine bloße Gunstbezeugung — gratiosa — oder sind gegen eine Gegenleistung ertheilt — onerosa. In der Regel gewähren sie eine Begünstigung — favorabilia; es kommen aber auch privilegia odiosa vor, welche eine Zurücksetzung dessen enthalten, gegen den sie sich richten.<sup>6</sup>

Die Privilegien sind Akte der Gesetzgebung. Grundsätzlich bedarf es daher auch der Form des Gesetzes. Durch Herkommen und Gesetz ist jedoch die Ertheilung der Privilegien oft erleichtert. Namentlich ist sie in den Staaten, in welchen die Landesvertretung Antheil an der Gesetzgebung hat, vielfach der Krone oder Verwaltungsorganen überlassen. Als gesetzgeberische Akte werden die Privilegien per se auch ohne daß der Privilegirte die Begünstigung annimmt. Sie sind daher auch rechtsbeständig, wenn er stirbt, ehe er die Ertheilung erfährt. Der Nachweis der Verleihung durch den Staat wird durch unvor-denkliche Verjährung ersetzt.

Aus dem Vertrage über Verleihung eines Privilegiums entspringt keine Klage auf die Ertheilung desselben. Denn der Richter kann die Ausübung eines gesetzgeberischen Aktes nicht erzwingen. Der Vertrag über die Ertheilung hat aber den Sinn, daß der Staat sich als Fiskus zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn er als Gesetzgeber das Privilegium nicht ertheilt.<sup>7</sup>

Das Privilegium gilt im Zweifel als verlichen unvorgreiflich älterer Rechte, insbesondere früher ertheilter exklusiver Privilegien.<sup>8</sup> Daher geht von zwei kollidirenden Privilegien dieser Art das ältere vor, während beim Widerspruche von Gesetzen das jüngere den Vorzug hat.

Die Privilegien werden unter der Unterstellung ertheilt, daß die beim Nachsuchen vorgetragenen Thatsachen richtig und vollständig waren. Unrichtigkeit und Unvollständigkeit begründet die i. g. exceptio sub- et obreptionis.<sup>9</sup> Natürlich müssen aber die verschwiegenen oder falsch dargestellten Thatsachen für die Ertheilung des Privilegiums relevant gewesen sein. Hierüber kann nur der Privilegienertheiler befinden, nicht der Richter. Dem Privilegienertheiler allein steht dabei

6) Privilegia odiosa sind nur in den Formen der ordentlichen Gesetzgebung möglich. Sie sind selten. Beispiele geben die in Frankreich seiner Zeit gegen die Familie der Bonaparte, später gegen die Orleans erlassenen Verbannungsdekrete.

7) Die Frage ist bestritten. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 19 n. 213.

8) Hinschius S. 820 Anm. 4. Es ist dies eine Auslegungsregel.

9) Man wendet die Grundsätze der römischen Restripte an, gegen welche eine praescriptio mendaciorum zulässig war, l. 2—5 C. si contra jus 1, 22.

zu, das Privilegium, sei es im öffentlichen Interesse, sei es auf Antrag eines bei der Nichtgeltung interessirten zu kassiren. Der Richter ist nur dann legitimirt, die Ungültigkeit des Privilegiums auszusprechen, wenn solche Thatsachen erschlichen sind, welche gesetzlich die Voraussetzung für die Ertheilung des Privilegiums bilden.<sup>10</sup>

Wenn man von Endigung der Privilegien spricht, so meint man damit Endigung der durch das Privilegium begründeten Befugniß.

Dieselbe endigt durch Verzicht, sofern nicht das öffentliche Interesse fordert, daß von dem einmal ertheilten Privilegium Gebrauch gemacht wird.<sup>11</sup> Desgleichen endigt sie durch Verjährung nach denselben Grundsätzen, wie auf andere Weise begründete Rechte derselben Kategorie.<sup>12</sup>

Das Privilegium kann durch die Staatsgewalt aufgehoben werden. Ohne Entschädigung ist dies zulässig wegen Mißbrauches,<sup>13</sup> sowie bei Privilegien, welche auf Widerruf ertheilt waren.<sup>14</sup>

## Zweites Kapitel.

### Rechtlichwichtige Momente der Thatbestände.

#### I. Unrecht. Irrthum.

§ 86. Objektives und subjektives Unrecht. Verschuldung.

Thun, Lassen und Haben der Menschen, welches im Widerstreit mit den Rechten anderer steht, ist Unrecht. In solchen Widerspruch

10) Auch diese Frage ist bestritten. Vgl. die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 8 n. 108, Bd. 13 n. 4. Gegen die Zuständigkeit des Richters, über die Erschleichung zu urtheilen, erklärt sich Schlayer a. a. D. S. 88.

11) Hinschius a. a. D. S. 820.

12) Vgl. l. 1. D. de nundinis 50, 11. cap. 6. 15 X de privilegiis 5, 33. Friß in Lindes Zeitschrift Bd. 4 n. 6. Hinschius a. a. D. S. 823.

13) cap. 24 X de privilegiis 5, 33: privilegium meretur omittere qui permissa sibi abutitur potestate. Die ältere Praxis nahm hiernach an, daß der Richter befugt sei, die Ungültigkeit eines Privilegiums wegen Mißbrauches auszusprechen. Aus jener Stelle läßt sich dies nicht begründen. Sie spricht nur aus, wie der Gesetzgeber zu verfahren habe. Die neuere gemeinrechtliche Doktrin erachtet daher den Richter nicht für legitimirt, auf Aufhebung des Privilegiums wegen Mißbrauches zu erkennen.

14) Es ist eine Frage, die nach Grundsätzen des modernen Staatsrechtes zu beurtheilen ist, ob eine Entschädigungspflicht begründet ist, wenn Privilegien aus Gründen anderer Art aufgehoben werden.

kann man ohne Schuld gerathen, dann ist man in objektivem Unrecht; verletzt man fremde Rechte schuldhafterweise, so begeht man ein subjektives Unrecht.<sup>1</sup>

Aufgabe der Rechtsordnung ist die Ueberwindung des Unrechtes. Es gilt dies für das objektive wie für das subjektive Unrecht. Der Eigenthümer kann beispielsweise Herausgabe seiner Sache fordern, ohne Unterschied, ob der Besitzer sich entschuldbarerweise für den Eigenthümer hält, oder ob er wissentlich die fremde Sache zurückhält. Aber in Bezug auf das Maß des Erjazes für Schaden wird im entwickelten Rechte verschieden behandelt, wer mit und wer ohne Schuld fremde Rechte verletzt.<sup>2</sup>

Verschuldung ist Willensfehler.<sup>3</sup> Derselbe besteht entweder in bösslicher Rechtsverletzung — dolus — oder in Verschuldung im engeren Sinne — culpa —, d. h. Vernachlässigung pflichtmäßiger Sorgfalt, Verschümmel der gehörigen Anspannung der Geisteskraft.

Dolus hat einen engeren und einen weiteren Sinn. Im engeren Sinne ist Dolus Betrug, d. h. absichtliche rechtsverletzende Täuschung, im weiteren ist er jede bössliche widerrechtliche Verletzung, geschähe sie nun durch Täuschung oder durch Handlungen anderer Art.<sup>4</sup>

Die Verschuldung — culpa — hat zwei Grade:

1. Grobe Verschuldung — culpa lata — ist rechts-

1) Bereits Hegel hebt das „unbefangene“ Unrecht hervor. Jhering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867 S. 5 ff., unterscheidet „objektives“ und „subjektives“ Unrecht. Viele freilich wollen von objektivem Unrecht nichts wissen. So namentlich Merkel, kriminalistische Abhandlungen 1867 S. 43, Binding, Normen Bd. 1 S. 135 ff., neuerdings auch Brinz Bd. 2 S. 157 Anm. 35, vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 70 ff.

2) l. 40 D. de her. pet. 5, 3. Das ältere römische Recht kannte eine derartige Unterscheidung nicht. Es reagirte gegen das Unrecht in gleicher Weise, mochte der Beklagte in Schuld sein oder nicht. Dies führt näher Jhering a. a. O. aus.

3) Die Grundlagen der römischen Lehre der Verschuldung haben festgestellt Lehr. Theorie der Culpa 1806 und Beiträge zur Lehre von der Culpa 1808, sowie J. Obr. Haffe, die Culpa des römischen Rechtes 1815, 2. Auflage 1838. Eingehende Untersuchungen finden sich ferner bei Binding, Normen Bd. 2 S. 267 ff. und bei Pernice Labeo, dessen 2. Band sich vorzugsweise mit den hier einschlägigen Fragen beschäftigt. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 78. Wir stellen hier nur die allgemeinsten Grundsätze der Lehre der culpa dar, das weitere behalten wir dem Obligationenrechte vor.

4) l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Dolus malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari. . . itaque ipsum sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Labeos Definition ist umfassender als die von Servius Sulpicius. Nicht bloß Täuschung, sondern jede arglistige Veranstellung — machinatio — zur Benachtheiligung — ad circumveniendum — eines anderen ist eingeschlossen, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 102 Anm. 28.

verletzende Nichtbeachtung dessen, was jedem einleuchten mußte, also totale Gleichgültigkeit gegen seine Pflichten. Bewußte Verletzung fremder Rechte, welche nicht in Bosheit, sondern in Willensschwäche ihren Grund hat, wird von den Römern noch zur culpa lata gezählt.<sup>5 6</sup>

Die culpa lata wird in der Regel dem dolus gleich gehalten.<sup>7</sup> Wer also, wie z. B. der Depositar, grundsätzlich nur für Dolus haftet, wird auch verantwortlich, wenn ihm culpa lata zur Last fällt.

2. Leichte Verschuldung — culpa levis — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was ein sorgfältiger Mensch — diligens pater familias — unter gleichen Umständen beobachtet hätte.<sup>8</sup>

Der Maßstab für die Bemessung der culpa levis ist ein abstrakter. Man fragt, wie sich in gleicher Lage ein praktischer, den Lebensverhältnissen gewachsener Mensch benommen hätte, welcher weder zu viel, noch zu wenig thut. Auf die Beschaffenheit der Person, um die es sich gerade handelt, kommt es nicht an. Sie kann sich daher nicht auf ihre etwaigen üblen Gewohnheiten, ihre Beschränktheit berufen. Man kann aber auch nichts außerordentliches von ihr fordern, wenn sie, ungewöhnlich begabt, doch im gegebenen Falle nicht mehr leistete, als andere. Wer jedoch Dinge in Angriff nimmt, welche besondere Sachkenntniß fordern, z. B. eine ärztliche Behandlung, haftet für Kunst-

5) l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum. „Lata culpa“ est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. l. 223 pr. D. eod. Paulus libro 2 sententiarum. Latae culpa finis est non intellegere id quod omnes intellegunt. Non intellegere heißt nicht bloß den schädlichen Erfolg „nicht kennen“, sondern auch seiner „nicht achten“, nicht darüber nachdenken. Man wirft z. B. beim rauchen halb träumend den brennenden Fibibus auf eine kostbare Decke, in welche er einbrennt. Vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 423 und Mommsen, über die Haftung der Kontrahenten Heft 2 S. 196 ff. „Begriff der lata culpa“.

6) l. 7 pr. D. depositi 16, 3, l. 8 § 10 D. mandati 17, 1, l. 7 § 7 D. de dolo malo 4, 3. Unzulässig ist der Schluß von Binding, Normen Bd. 2 S. 338 ff., daß culpa lata stets rechtswidrigen Vorsatz erfordere, nie Fahrlässigkeit sei. Woher sollte hiernach der Name culpa stammen und wie sollte es kommen, daß sich Ulpian und Paulus in ihrer Definition so gründlich täuschten?

7) So Nerva nach der l. 32 D. depositi 16, 3 und Gajus l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44, 7. Der Satz wurde ein Lieblingsaxiom von Ulpian; er wendet ihn in folgenden Stellen an: l. 11 § 11 D. de interrog. 11, 1, l. 1 § 1 D. si mentor 11, 6, l. 29 pr. D. mandati 17, 1, l. 7 § 1 D. de suspectis tutoribus 26, 10, l. 8 § 3 D. de precario 43, 26, l. 1 § 2 D. si is qui testamento 47, 4. Ob die Gleichstellung auch bei nichtkontraftlicher Verschuldung einzutreten hat, ist bestritten. Hierüber später das nähere.

8) Schon Aferius Varus in der l. 12 D. de periculo 18, 6 setzt die culpa in die Vernachlässigung der diligentia, quam debent homines frugi et diligentes praestare. Allmählig ward der „diligens pater familias“ sprüchwörtlich, l. 65 D. de usufr. 7, 1, l. 18 pr. D. commodati 13, 5. Pernice, Labo Bd. 2 S. 330 ff.

fehler.<sup>9</sup> Denn ein sorgfältiger Mensch übernimmt nur, was er versteht und kann. Dies gilt natürlich nicht, falls man in Nothfällen nothdürftige Hülfe brachte.

Die Verschuldung kann im Thun — *faciendo* — oder im Unterlassen — *non faciendo* — bestehen.

In welchen Fällen man für *culpa levis* einsticht, ist hier noch nicht zu untersuchen. Hauptfälle sind Kontrakte, die man in eigenem Interesse schloß, und außerkontraktliche Sachbeschädigungen gemäß der *lex Aquilia*.

Seit Hadrians Zeiten unterscheidet man als Nebenart leichter Verschuldung den Mangel an *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*, oder, wie die neueren Schriftsteller sagen, die *culpa in concreto*.<sup>10</sup> Hier wird maßgebend, wie sich der Inanspruchgenommene gewöhnlich in eigenen Dingen benimmt. Dies bezieht sich aber nur auf geringere Uebereilung oder Lässigkeit; grobe Verschuldung findet keine Entschuldigung. Auch handelt es sich bloß um eine Herabstimmung der gewöhnlichen Anforderungen, nicht um eine Steigerung in Fällen, in denen man in eigenen Angelegenheiten außergewöhnliches zu leisten pflegt.

In dieser geminderten Art ist verantwortlich der Vormund bei Mündelangelegenheiten, der Gemeinschaftler und der Gesellschafter bei der Verwaltung gemeinsamer Geschäfte.

Celsus betrachtete es als *culpa lata*, wenn man anvertraute fremde Dinge weniger sorgfältig behandelt, als man bei eigenen gewohnt ist. Dies war eine Sonderansicht, die keine Aufnahme bei den späteren römischen Juristen fand. Eine derartige Nachlässigkeit kann *culpa lata* sein, aber sie kann ebenso gut einen leichten Fehler bilden.<sup>11</sup>

9) Diesen Satz hat Celsus zur Geltung gebracht. 1. 9 § 5 D. locati 19, 2. Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro 8 digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcendum quid poliendumve conduxit: culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. Vgl. 1. 8 § 1 D. ad leg. Aquiliam 9, 2. Pernice, *Labeo* Bd. 2 S. 236.

10) Pernice, *Labeo* Bd. 2 S. 360 ff., 1. 72 D. pro socio 17, 2.

11) Celsus libro 11 digestorum. 1. 32 D. depositi 16, 3. Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat. mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Vgl. 1. 22 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Die Auffassungen über die 1. 32 sind sehr getheilt. Alle Versuche, sie mit dem übrigen Quellenmaterial in Uebereinstimmung zu bringen, sind gescheitert. Erklärungen älterer Schriftsteller, die nicht stichhaltig sind, referirt Haffse a. a. D. S. 199 Anm. 1. Haffse selbst erachtet als Meinung von Celsus, daß „culpa levis unter Umständen in gewissem Sinne *dolus* sein konnte“.

§ 87. Unwissenheit und Irrthum.<sup>1</sup>

Irrthum — error — ist die falsche Vorstellung vom Wirklichen; Unwissenheit — ignorantia — ist Nichtkenntniß des Sachverhaltes. Unwissenheit und Irrthum haben meist die gleichen Folgen.<sup>2</sup> Die Quellen und die Jurisprudenz gebrauchen daher die beiden Ausdrücke wie Synonyma.

Nicht bei allen Verhältnissen ist Irrthum von rechtlicher Bedeutung. Häufig stellt das Gesetz seine Regeln der Art auf, daß das Wissen oder Nichtwissen der Betheiligten nicht in Betracht kommt. Beispielsweise ist ein Privattestament, welches vor 7 fähigen Zeugen zu errichten ist, nichtig, wenn einer der Zeugen unfähig ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Erblasser entschuldbarerweise die Unfähigkeit seiner Zeugen nicht kannte.

In vielen Verhältnissen ist der Irrthum von Bedeutung. Eine der wichtigsten juristischen Thatfachen ist z. B. der gute Glaube eines Nichtberechtigten. Seine Basis aber ist Irrthum. Irrthum ist ferner eine Grundlage der Rückforderung von Zahlungen vermeinter, aber nicht wirklich bestehender Schulden. Der Irrthum spielt auch bei der Anfechtung von Rechtsgeschäften eine große Rolle.

Auch in solchen Fällen wird nicht jeder Irrthum berücksichtigt.

Windscheid Bd. 1 § 101 meint, die Nachlässigkeit, welche der nachlässige in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden weiß, werde, wenn auch nicht „durchweg“, rechtlich behandelt wie die Arglist. Binding, Normen Bd. 2 S. 355 unterstellt in der 1. 32 bewußte Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten. Alle diese Versuche sind verfehlt. Celsus hat, wie er dies auch sonst oft thut, seine eigenen Wege eingeschlagen. Es ist dies um so weniger befremdlich, als zu seiner Zeit die Doktrin der culpa noch im Fluß, die Auffassung von diligentia quam in suis rebus als Unterart der culpa levis noch nicht allgemein anerkannt war. So im wesentlichen Pernice Labeo Bd. 2 S. 366. In der justinianischen Kompilation ist die Entscheidung von Celsus auf Fälle zu beziehen, in welchen die ausschließliche Sorge für die eigenen Sachen thätiglich grobe Schuld ist, z. B. es rettet jemand bei einem Brande seine eigenen Staatspapiere aus seinem Kassenschrank und läßt die danebenliegenden deponirten verbrennen, obgleich er sie mit demselben Griffe retten konnte.

1) Tit. Dig. de juris et facti ignorantia 22, 6, Cod. 1, 18. Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 n. 35. Savigny Bd. 3 S. 35 ff. Veilage VIII. Wächter, Pandekten § 72 Veilage Bd. 1 S. 354.

2) Savigny Bd. 3 S. 326 spricht dies zu allgemein aus, vgl. mein Preuß. Pr. Recht § 108 Anm. 2, auch Leonhard, Irrthum S. 321. Nur unbewusste Unkenntniß steht schlechthin dem Irrthume gleich. Dagegen kann man wesentlich Verpflichtungen übernehmen, deren Inhalt und Umfang man nicht kennt, während ein Irrthum über Inhalt und Umfang das Geschäft nichtig machen würde. Man unterwirft sich z. B. bei einem Geschäftsfluß den lokalen Manen gültig, obgleich man sie nicht kennt; der Irrthum eines Theiles über ihren Inhalt, welcher das wesentliche des Geschäftes betrifft, macht dagegen das Geschäft nichtig.

Eine alte Rechtsregel besagte, Rechtsirrtum schadet, thatsächlicher Irrthum schadet nicht.<sup>3</sup>

Thatsächlicher Irrthum wird beachtet. Denn irren ist menschlich. Der umsichtigste kann in den Geschäften des Lebens nicht immer den Schein vom wirklichen scheiden.<sup>4</sup> Wie leicht kann man sich z. B. darüber irren, ob jemand, der uns eine Sache zum Verkauf anbietet, deren Eigenthümer ist. Rechtsirrtum, d. h. Irrthum über das Recht im objektiven Sinne, wird nicht beachtet.<sup>5</sup> Denn man nimmt an, daß jeder das Recht zu kennen hat, soweit es in seine Angelegenheiten einschlägt.

In der Kaiserzeit legte man das Hauptgewicht auf die Entschuldbarkeit des Irrthums. Dies war mit der alten Rechtsregel in gewissem Maße vereinbar. Man ließ sie daher nicht fallen. Man bildete sie aber in beiden Gliedern nach dem neuen Gedanken thunsüchtig um.<sup>6</sup>

a) Es wurde allseitig anerkannt, daß thatsächlicher Irrthum nur dann nützt, wenn er entschuldbar ist. Dies galt als im Interesse des Verkehrs und der guten Ordnung. Wäre doch sonst der unaufmerksame und nachlässige dem aufmerksamen und sorgfältigen gegenüber im Vortheil.<sup>7</sup>

3) l. 9 pr. D. h. t. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia. Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

4) l. 2 D. h. t. Neratius libro 5 membranarum... facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

5) Irrthum über das Recht im objektiven Sinne ist insbesondere Irrthum über Gesetze, bei den Römern auch Irrthum über die Normen des prätorischen Ediktes l. 10 D. de bon. poss. 37, 1. Vgl. dies zu S. A. Schulke, Privatrecht und Prozeß § 30. Im heutigen Rechte macht es keinen Unterschied, ob es sich um Reichsgesetze oder um Landes- und andere Partikulargesetze handelt. Irrthum über Gewohnheitsrechte und Observanzen, desgleichen über ausländische Gesetze ist dagegen dem Irrthum über Thatfachen gleich zu stellen, da nicht einmal der Richter solche Rechtsnormen kennen muß, C.P.D. § 265. Bestreitbar ist, ob die unrichtige Subsumtion oder Nichtsubsumtion eines Thatbestandes unter ein Gesetz Rechtsirrtum ist. Dieselbe kann auf verschiedenen Gründen beruhen, nämlich entweder auf einer irrthümlichen Auffassung des Thatbestandes und ist dann thatsächlicher Irrthum, oder auf einer falschen Auffassung des Inhaltes der Gesetze und ist dann Rechtsirrtum. Wächter a. a. O. S. 352 gegen Savigny S. 327, S. 338 ff. Verschieden vom Rechtsirrtum ist natürlich der Irrthum über Rechte im subjektiven Sinne. Er kann im Irrthum über Thatfachen seinen Grund haben, und ist dann thatsächlicher Irrthum, oder in Rechtsirrtum beruhen.

6) Pernice, Labeo Bd. 2 S. 224 hebt mit Recht hervor, daß es Ausgangspunkt der römischen Jurisprudenz war, Rechtsirrtum und Thatfachenirrtum verschieden zu behandeln. Aber er verkennt meines Ermessens mit Unrecht, daß die Entwicklung in der Kaiserzeit darauf geht, die Entschuldbarkeit des Irrthums zum entscheidenden Kriterium zu machen.

7) l. 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum... nos

b) Die Einfachheit des alten Rechtes ließ es seinerzeit als unbedenklich erscheinen, Rechtsirrtum völlig zu ignoriren. Gegenüber der Verwicklung des Rechtes der Kaiserzeit konnte dies zu Härten führen.

Man verwies freilich auf die Möglichkeit, den Rath von Rechtsgelehrten einzuholen. Hieraus schloß dann Labco, daß Rechtsirrtum zu verzeihen sei, wenn die Frage über den Gesichtskreis des Laien hinausgehe und Gelegenheit zur Einholung der Belehrung durch Rechtsgelehrte fehle. Hierin lagen seltene Fälle.<sup>8</sup>

Man sah des weiteren Soldaten, Ungebildeten und Frauen bei einigen Angelegenheiten Rechtsirrtum nach.<sup>9</sup> Papinian aber erklärte, daß Rechtsirrtum zwar zum Erwerb nicht ausreiche, daß er aber nicht schade, wenn es sich um Rechtsverlust handele.<sup>10</sup> Natürlich schadet er nur dann nichts, wenn er entschuldbar ist. Dies hat Papinian nicht ausdrücklich gesagt. Es lag nicht in seiner Manier, derartiges hervorzuheben. Es galt ihm, das alte starre Dogma abzuschwächen,

*opinionem cuius et resupinam existimationem (prod)esse oporteat: ne melioris condicionis sint stulti quam periti. l. 6 D. de juris et facti ignorantia 22, 6.*

8) l. 9 § 3 D. h. t. 22, 6.

9) Die bezüglichlichen Bestimmungen gehörten zum großen Theil dem Prozesse sowie dem Strafrechte an. Sie sind insoweit antiquirt. Unbildung — *rusticitas* — ist in Folge dessen gemeinrechtlich bezüglich des Rechtsirrtums nicht mehr besonders in Betracht zu ziehen. Den Soldaten wird auch Rechtsirrtum nach gemeinem Rechte verziehen, wenn sie die gehörige Errichtung eines Inventars bei Antritt einer Erbschaft versäumen, l. 22 § 16 C. de jure deliberandi 6, 30, vgl. auch l. 9 § 1 D. h. t.; den Frauen wird er im Falle der Zahlung einer Nichtschuld nach l. 9 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 verziehen. Minderjährige erhalten Restitution, wenn sie in Folge Rechtsirrtums zu Schaden kommen, l. 9 pr. D. h. t. 22, 6. Vgl. Hufeland, Geist des römischen Rechtes Bd. 1 S. 231 ff. „Ueber die Wirkungen der Unkunde des Rechtes in Ansehung bestimmter Menschenklassen.“

10) l. 7 D. h. t. Papinianus libro 19 quaestionum: *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, l. 8 D. eod.* Idem libro 1 definitionum: *Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* Also: tatsächlicher Irrthum soll in Bezug auf Verlust oder Erwerb nicht schaden — natürlich nur, wenn er entschuldbar ist; Rechtsirrtum soll bei Verlust nicht schaden, natürlich auch nur, wenn er entschuldbar ist. So Vangerow Bd. 1 § 83 V, welcher vielleicht um deswillen keinen Anknüpfungspunkt fand, weil er den historischen Hintergrund des Ausspruches Papinians nicht beachtete. Mit Papinians Distinktion stimmt l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 32 ad Sabinum: *numquam in usucapionibus juris error possessori prodest.* Die Erstigung ist der hauptsächlichste Vortheil, an den Papinian denken mochte; ein anderer ist der Fruchterwerb. Savigny sieht in der l. 7 und l. 8 cit. einen „nicht gelungenen Versuch“ zur Aufstellung eines allgemeinen Principes; doch habe dies nicht Papinian verschuldet, die Schuld treffe die Kompilatoren, welche Papinians Aeußerung in abgeriffener Gestalt aufgenommen und unrichtigerweise verallgemeinert hätten. Aehnlich Wächter, Pandekten Bd. 1 § 72, Windscheid Bd. 1 § 79 Anm. 14. Diese Erklärung nimmt es zu leicht mit Papinians Ausspruch. Es bleibt offen, was Papinian aussprechen wollte, was angeblich verallgemeinert ist. Uebrigens ist anzunehmen, daß „*amittendae rei suae*“ ein altes in den Text gerathenes Glossem ist. Diese Annahme ändert nichts am Sinne, befreit aber Papinian von einem Schwulst, welcher seiner Art fern ist.

welches die Berücksichtigung von Rechtsirrtum ausschloß. Davon konnte keine Rede sein, daß Papinian leichtsinnigem Rechtsirrtum die Bahn frei machen wollte. Leichtsinns und Gedankenlosigkeit entschuldigen ja nicht einmal faktischen Irrthum.

Hiernach ist das Resultat der Entwicklung folgendes: Nur entschuldbarer Irrthum wird berücksichtigt. Rechtsirrtum erscheint zwar an sich als unentschuldigbar, kann aber entschuldigbar sein und hindert dann Verlust. Der Rechtsirrtum steht aber ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit der ordentlichen Erziehung und dem Eigenthumserwerb des gutgläubigen Besitzers an den Früchten fremder Objekte entgegen, da dies Erwerbsfälle sind.<sup>11</sup>

## II. Zeit.

### § 88. Civilkomputation und Naturalkomputation.<sup>1</sup>

Gesetze, Erlasse von Behörden, Rechtsgeschäfte treffen häufig Zeitbestimmungen nach Jahren, Monaten, Wochen oder Tagen. Selten wird besonders vorgesehen, wie bei der Berechnung zu verfahren ist. Hierüber haben sich zur Aushülfe allgemeine Regeln gebildet, die sich an den Kalender und die Verkehrsgewohnheiten anschließen.<sup>2</sup>

Das einfachste scheint zu sein, nach beweglichen Tagen und Jahren zu rechnen, d. h. von dem Augenblicke an, in welchen das An-

11) Nach heutigem Strafrechte gilt die Berufung auf Rechtsirrtum über Strafrechtsfälle für ausgeschlossen. Dagegen kann der Irrthum über Civilrechtsfälle geltend gemacht werden, um den Nachweis des mangelnden strafrechtlichen Dolus zu führen. Berner, Strafrecht § 125, R.G. in Strafsachen Bd. 2 S. 268, Bd. 3 S. 184, S. 300, Bd. 4 S. 384 und Bd. 7 S. 65.

1) Savigny Bd. 4 S. 320 ff. Dort findet sich die ältere Litteratur. Siehe ferner Bachofen in Lindes Zeitschrift Bd. 18 n. 2 und 11, Hölder: die Theorie der Zeitrechnung nach römischem Recht 1873.

2) Der Kalender der europäischen Nationen ist der römische. Bis Julius Caesar hatte das officielle römische Jahr 355 Tage. Die Differenz mit dem Sonnenjahre suchte man durch Einfügung eines Schaltmonates von 27 Tagen zwischen Februar und März auszugleichen. Die Einschaltung geschah ein um das andere Jahr; den Februar verkürzte man im Schaltjahr bald auf 23, bald auf 24 Tage. Nommien, römische Chronologie 2. Ausgabe S. 18 ff. Des Schaltmonates gedenkt noch Celsus in der 1. 98 §§ 1, 2 D. de V. S. 50, 16. wo er ihn freilich auf 28 Tage setzt. Der Schaltmonat galt rechtlich als ein Zeitmoment. Julius Caesar führte den noch jetzt geltenden Kalender ein, nach welchem das Jahr 365 Tage zählt und je im 4. Jahre ein Schalttag eingefügt wird. Es war aber ein Mangel des Julianischen Kalenders, daß er das Sonnenjahr gleich 365 Tagen und 6 Stunden annahm, während dasselbe in der That nur 365 Tage 5 Stunden 48' 48" zählt. Den Fehler verbesserte Papst Gregor XIII. im Jahre 1581. Damals wurden 10 Tage abgemindert; für die Folgezeit aber die Weglassung von je 3 Einschaltungen in je 100 Jahren angeordnet. Der Gregorianische Kalender erlangte nach und nach in den Staaten der christlichen Welt Anerkennung; Rußland und andere der griechischen Kirche angehörige Staaten hielten aber an dem Julianischen Kalender — dem i. g. alten Stil — fest.

fangsereigniß fällt, je 24 Stunden zu zählen, bis die Zahl der Tage erfüllt ist. Diese Berechnung nennt man die natürliche naturalis computatio oder Zeitrechnung a momento ad momentum.

Sie ist indessen keineswegs die auf dem Rechtsgebiete gewöhnliche. Vielmehr pflegt man bei Zeitbestimmungen nach ganzen Tagen — in dies — zu zählen.<sup>3</sup> Es wird dabei der Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht als ein Zeitpunkt angesehen; <sup>4</sup> kleinere Zeittheile werden nicht berücksichtigt. — Man nennt diese Berechnung nach ganzen Tagen die bürgerliche — computatio civilis.<sup>5</sup>

Die bürgerliche Berechnung scheint ungenau und unvollkommen. Sie ist dennoch wohlberechtigt. Denn der Augenblick, in welchem sich ein rechtlich relevantes Ereigniß vollzieht, z. B. der Erwerb des Besitzes einer Sache, deren Erziehung nach Jahren in Frage steht, ist in der Folgezeit oft mit Sicherheit nicht zu ermitteln. Jedenfalls stünde die Mühe der Ermittlung nicht im Verhältnisse zum Resultate. Denn ob ein paar Stunden mehr oder weniger bei einer Fristbestimmung zu laufen haben, ist für das allgemeine gleichgültig. Wichtig ist nur, daß die Berechnung gleichförmig und sicher ist.

Die natürliche Berechnung muß jedoch da eintreten, wo es sich nicht um Berechnung besonders festgestellter Zeitbestimmungen handelt, sondern einfach der Zeitpunkt eines rechtlich relevanten Ereignisses in das Gewicht fällt. Daher entscheidet der Moment über die Priorität der Geburt oder des Todes zweier Menschen. Das gleiche gilt für die Frage der Priorität dinglicher Rechte. Pfandrechte z. B. an derselben Sache von demselben Tage

3) l. 8 D. de feriis 2, 12.

4) Die römische Stundeneintheilung schloß sich an Tag und Nacht an. Man zählte 12 Tagesstunden von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang und 12 Nachtstunden von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang. Demgemäß fiel die Mitternacht mit der Vollendung der hora sexta noctis und der Mittag mit der Vollendung der hora sexta diei zusammen.

5) In den römischen Quellen wird die Naturalkomputation ausnahmsweise vorgegeschrieben bei Berechnung der Minderjährigkeit, um dem Minderjährigen die Wohlthat der restitutio in integrum nicht zu verkürzen l. 3 § 3 D. de minor. 4. 4. Diese Ausnahme besteht nach heutigem Rechte nicht mehr. Denn die Grenze der Minderjährigkeit ist jetzt durch das Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 geordnet, welche dieselbe auf das vollendete 21. Jahr setzt. Die Auslegung dieses Gesetzes kann nur eine gemeinsame für das gesammte Reichsgebiet sein. Es muß dabei der allgemeine Grundsatz zu Grunde gelegt werden, der auch in mehreren Reichsgesetzen besondere Anerkennung fand, daß Zeitbestimmungen civiliter berechnet werden; die singuläre Vorschrift des römischen Rechtes bezüglich der Minderjährigkeit läßt sich daher auch in den Ländern des gemeinen Rechtes nicht festhalten. Windscheid Bd. 1 § 103 Anm. 7, und andere beachten freilich bei dieser Frage das Reichsgesetz nicht. Früher berechnete man auch die Appellationsfrist naturaliter nach nov. 23 cap. 1 und gemeinem Brauch. Auf die Berufungsfrist der C.P.D. § 477 ist dies nicht anwendbar.

aber aus verschiedenen Stunden, ordnen sich untereinander nach der Folge der Stunden.<sup>6</sup>

### § 89. Die Civilkomputation im einzelnen.

Die Civilkomputation beruht auf dem Nutzen. Eine gewisse Willkür liegt aber in ihr. Es eröffnen sich zwei Wege, um sie durchzuführen, die an sich gleichwerthig sind. Man kann nämlich den Tag mitzählen, in dessen Lauf das Anfangsereigniß fällt, oder man kann ihn fortlassen. Welchen Weg man einschlägt, ist Sache der Volkslaune und der Gewohnheit.

Da man die Basis des realen verlassen hat, so knüpfen sich an die Ungenauigkeit, welche durch den Zweck gefordert wird, leicht andere, die an sich nicht nothwendig wären.

Die Civilkomputation als positive Rechtsbildung nahm in Rom eine andere Gestalt an, als den deutschen Verkehrsanschauungen und den deutschen Reichsgesetzen entspricht.

1. Die Römer lösten die Zeiträume in Tage auf. Die Jahresfrist beträgt 365 Tage<sup>1</sup>; die Monatsfrist gilt gleich 30 Tagen.<sup>2 3</sup>

6) Allerdings nimmt Marcian libro singulari ad formulam hypothecariam l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1 gleiche Berechtigung der Pfandgläubiger an „si eodem die pignus utrique datum est separatim“. Allein er unterstellt hierbei, daß nur der Tag, nicht die Stunde der Pfandbestellung erhellt. Dernburg. Pfandrecht Bd. 2 S. 408.

1) l. 134 D. de V. S. 50, 16, l. 51 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9, 2, l. 4 § 5 D. de statu liberis 40, 7.

2) Es ergibt sich dies indirekt daraus, daß die Ausdrücke 30, 60 Tage u. s. f. identisch mit 1 oder 2 Monaten genommen werden. So l. 12 § 6, l. 30 § 5 D. ad leg. Juliam de adulter. 48, 5, ferner l. 22 §§ 2, 2a und l. 11 C. de iure deliberandi 6, 30. Auch die Frist von 2 Monaten, welche die l. 28 D. de sedil. edicto 21, 1 für die dort erwähnte Medhibition angiebt, ist von der Frist von 60 Tagen für die in l. 31 §§ 22, 23 behandelte Medhibition gewiß nicht verschieden.

3) Nicht übereinstimmen scheint l. 101 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro singulari de cognitionibus: Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est: ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Schrader, Abhandlungen n. 3 unterstellt hiernach, die Römer hätten die Monate als Bruchtheile des Jahres von 365 Tagen gerechnet, unter Abrechnung der Stunden, daher sei 1 Monat = 30 Tagen, 2 Monate = 61 Tagen u. s. f. Dies ist bei der Studirlampe erfunden. — Guschke will durch Emendation helfen. Er verbessert primo in premo gleich postremo: es ist dies willkürlich; auch wurde die Berechnung der Monatsfristen, welche jedem Römer geläufig sein mußte, sicherlich nicht auf ein Reskript gegründet; postremo wäre endlich ein auffallender Pleonasmus. In Wirklichkeit sagt Paulus nicht, 2 Monate seien gleich 61 Tagen, sondern nur in einem Falle, in welchem das Gesetz von 2 Monaten spräche, solle auch noch der 61. Tag berücksichtigt werden. Der Ausspruch bezog sich wohl auf die Klausel der lex Julia de adulteriis, wonach Ehemann und Vater innerhalb 60 Tagen das Vorrecht der Anklage hatten, l. 15 § 2 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5. Erhoben sie erst am 61. Tage die Anklage, so blieb

Der Schalttag — bissextum —, d. h. der im Schaltjahre eingeschobene 25. Februar erfährt eine besondere Behandlung.<sup>4</sup> Er gilt als ein Tag mit dem 24. Februar.<sup>5</sup> Bei nichtgesetzlichen, in Tagen angelegten Fristen wird er jedoch als besonderer Tag gezählt.<sup>6</sup>

Die Römer zählten ferner als ersten den Tag, in welchen das Anfangsereigniß fällt. Hiernach vollendet sich eine Jahresfrist, deren Anfang dem 1. Januar — kalendis Januariis — angehört, mit dem 31. December — pridie kalendas Januarias.<sup>7</sup>

Da man erachtete in der Kaiserzeit, wenn es sich um den Erwerb einer Fähigkeit oder eines Rechtes handelte, den Beginn des letzten Tages als genügend — dies coeptus pro completo habetur. Der am 1. Januar geborene wurde beispielsweise bereits mit dem Beginn

ihnen nach dem Geiste der lex gleichwohl das Vorrecht, wenn auch ein Fremder an demselben Tage klagte, denn dies Vorrecht hatten sie stets, wenn sie der Vorwurf der Verschämniß nicht traf, l. 4 § 2 D. de adulteriis „et magis arbitrator hoc quoque casu maritum audiendum, si non negligentia praeventus est.“ Von solcher Verschämniß konnte nicht gut die Rede sein, wenn der Mann oder Vater noch am 61. Tage zur Anklage schritt.

4) Es besteht Streit darüber, ob der römische Schalttag der 25. Februar oder der 24. war. Das erstere hat Mommsen, römische Chronologie 2. Auflage S. 279 ff. und in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 14, das letztere Arndts ebendasselbst n. 10 vertheidigt.

5) l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4, l. 98 D. de V. S. 50, 16.

6) l. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3. Marcellus libro 6 digestorum. In tempore constituto judicatis an intercalaris dies proficere iudicato nec ne debeat, quaeritur. item de tempore, quo lis perit, sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones. Et si quis fundum ea lege venderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficere emptori. (Scaevola notat, ins. Mommsen) mihi contra videtur. Problematisch ist, ob der Schlußsatz auch auf gesetzliche, nach Tagen bestimmte Fristen zu beziehen ist. Da die Nichteinrechnung des Schalttages die Regel der Römer ist, so ist dies nicht anzunehmen. Nur bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder obrigkeitliche Verfügung festgesetzt sind, ist also der Schalttag besonders zu zählen.

7) Es ist dies freilich bestritten. Savigny Bd. 4 § 182 rechnet nach beweglichen Tagen, läßt aber den letzten beweglichen Tag nicht mit dem natürlichen Endpunkt, sondern mit der darauf folgenden Mitternachtsstunde enden. So gelangt er zum wiederkehrenden Kalendertag. Mit den Quellen ist dies unvereinbar. Nach l. 1 pr. D. de manum. 40, 1 ist der kalendis Januariis geborene — nach 20 Jahren — befugt „post sextam noctis“ „pridie kalendas“ zu manumittiren, also am 31. December und sicher nicht erst am 1. Januar. Desgleichen kann ein am 1. Januar geborener gemäß l. 5 D. qui test. 28, 1 — nach 14 oder 12 Jahren — „pridie kalendarum“ „post sextam horam noctis“ ein Testament machen. Savigny S. 384 erklärt, er könne schon am 31. December vor Mitternacht Zeugen versammeln, das Erz, die Testamentsurkunde bereit halten, um sofort nach Mitternacht am Neujahrstage das Testament zu vollziehen. Diese Erklärung ist unzulässig. Auch l. 1 §§ 5, 6, 12 D. quando appellandum 49, 4 ergeben, daß die Römer bei der Civilkomputation den Tag des Anfangsereignisses voll einrechneten, so daß sie nie auf den wiederkehrenden Kalendertag kommen konnten.

des 31. Decembers, d. h. in der Mitternacht vom 30. auf den 31. testamentsmündig.<sup>8</sup> Die Verleitung zu solcher Abkürzung, bei der ein lazes Willigkeitsgefühl mitspielte, lag eben darin, daß die Civilkomputation etwas künstliches ist, so daß einer gewissen Willkür Raum blieb.

Wo es sich um einen Rechtsverlust mit Ablauf der Zeit handelt, tritt eine derartige Verkürzung nicht ein. Hierhin gehört die erlöschende Verjährung.<sup>9</sup>

Alle diese Grundsätze gelten gemeinrechtlich noch für die Berechnung römischer Zeitbestimmungen.

2. Der heutige Verkehr berechnet Jahres-, Monats- und Wochenfristen nach der Kalenderzeit von Datum zu Datum. Es bedarf keiner Zählung der einzelnen Tage. Der Kalender präsentirt ohne weiteres den wiederkehrenden Tag. Denn derjenige Tag ist als der abschließende anzusehen, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, in welchem das Anfangsereigniß geschah. Fehlt

8) Liegt in dieser Verkürzung eine Singularität einzelner Fälle, wie dies Bachofen a. a. D., Krüger, kritische Versuche S. 59 ff. annehmen, oder ein Grund für jeden an einen Zeitablauf geknüpften Rechtsverwerb, wie dies Savigny a. a. D. S. 284 vertheidigt? Die Römer sind in der That zu dem auffallenden Satz gelangt, daß ein Rechtsverwerb innerhalb einer Jahresfrist, die am 1. Januar zu laufen beginnt, mit Ablauf des 30. Decembris vollendet ist. Sie sehen hierin geradezu eine Eigenheit der Civilkomputation. In diesem Sinne äußert Paulus libro 2 ad legem Juliam et Papiam l. 134 D. de V. S. 50, 16 daß man anniculus sei... trecentesimo sexagesimo quinto die incipiente plane non exacto die. quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. Folgerecht beginnt die Testamentsmündigkeit des am 1. Januar geborenen pridie kalendarum post sextam horam noctis, l. 5 D. qui test. 28, 1. desgleichen die Manumissionsmündigkeit post sextam noctis pridie kalendas quasi annum vicesimum compleverit, also mit dem Beginn des 31. Decembris. In gleichem Sinne entscheidet Gellius libro 22 digestorum l. 49 D. de cond. et dem. 35, 1 bezüglich letztwilliger Zuwendungen: si in annos decem heres dare damnatus aut quis liber esse jussus est, novissimo ejus temporis die legatum debebitur et libertas optingit. Bezüglich der Ersetzung freilich bestand Kontroverse. Venulejus libro 5 interdictorum, l. 15 pr. D. de div. temp. praeser. 44 3 beknüpft sich mit dem Beginn des letzten Tages: in usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. Dagegen erklärt Ulpian libro 11 ad edictum l. 6 D. de usurp. 41, 3: In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus, und in l. 7 D. eod. libro 27 ad Sabinum: Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Januarias implet usucapionem. Offenbar verlangt Ulpian also Ablauf des letzten Tages — also im gegebenen Falle des 31. Decembris — zur Ersetzung. Ulpian folgt alter Tradition bezüglich der Berechnung der Ersetzung, vgl. Gellius noct. atticæ III cap. 2. Venulejus schließt sich an das Princip der Verkürzung an, welches man wohl erst in der Kaiserzeit zur Geltung brachte. Seine Ansicht ist hiernach vorzuziehen.

9) Paulus libro 4 ad Sabinum l. 6 D. de obl. et act. 44, 7. In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem l. 1 § 9 D. de successorio edicto 38, 9.

dieser Tag in dem letzten Monat, so fällt das Ende auf den letzten Tag dieses Monates.

Die Berechnung nach der Kalenderzeit ist reichsgesetzlich für Handels- und Wechselsachen<sup>10</sup> vorgeschrieben, desgleichen für die Strafverbüßung,<sup>11</sup> ferner in der Civilprozeßordnung für prozessualische Fristen.<sup>12</sup> Da sie den Auffassungen des heutigen Verkehrs entspricht, so ist sie im Zweifel bei allen neueren Gesetzen,<sup>13</sup> sowie bei Rechtsgeschäften und bei obrigkeitlichen Verfügungen zur Anwendung zu bringen.

Der halbe Monat ist gleich 15 Tagen zu rechnen.

Bei Fristen, welche in Tagen angesetzt sind, ist nach deutschem Gebrauch der Tag des Anfangsereignisses nicht mitzurechnen.<sup>14</sup> Der Schalttag wird bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder Verfügung von Behörden angesetzt sind, als besonderer Tag gezählt.<sup>15</sup>

### § 90. Tempus continuum und utile.

Regel ist die ununterbrochene Zählung der Tage ohne Rücksicht auf Behinderung — tempus continuum. Den hieraus entspringenden Härten kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begegnen, sofern deren Voraussetzungen vorhanden sind.<sup>1</sup>

Ausnahmeweise rechnet man utiliter, d. h. man zählt die Tage der Behinderung nicht. Solchergestalt berechneten die Römer nach dem prätorischen Edikte die Fristen der bonorum possessio von 100 Tagen und von einem Jahr,<sup>2</sup> nach der Jurisprudenz einjährige, sowie kürzere prätorische und ädilicische Verjährungen,<sup>3</sup> nach Gesetzen einige kurze gesetzliche Fristen.<sup>4</sup>

10) Wechselordnung Art. 32, H.G.B. Art. 328.

11) Strafgesetzbuch § 19 Abs. 1. — Ist jedoch in Gemäßheit von Strafgesetzbuch § 44 Abs. 5 die Strafe auf ein Viertel eines Monates festzustellen, so ist der Monat wieder gleich 30 Tagen zu nehmen, und sein Viertel bilden  $7\frac{1}{2}$  Tage, welche sich strafgesetzlich auf 8 Tage abrunden, R.G. in Straffachen Bd. 5 S. 442.

12) C.P.D. § 200 Abs. 1.

13) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 277.

14) B.D. Art. 32, H.G.B. Art. 328, C.P.D. § 199.

15) Vgl. oben Anm. 6.

1) Beispielsweise giebt C.P.D. § 211 Abs. 1 demjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welcher durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert wurde eine prozessualische Nothfrist zu wahren.

2) l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15. Das Edikt über die bonorum possessio hob hervor, daß nur die Tage zu zählen seien, an welchen der Berufene „scierit“, „potuerit“. l. 1 D. de juris et facti ignorantia 22, 6.

3) Die Worte der prätorischen Edikte intra annum „quo primum experiundi potestas fuerit“, z. B. l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17, sagen an sich über die

Behinderungsgründe sind Nichtwissen<sup>5</sup> und Nichtkönnen, also:

a) entschuldbare Nichtkenntniß des Berechtigten oder seiner gesetzlichen Vertreter. Die Nichtkenntniß kommt meist nur für den Beginn der Frist in Betracht. Zu berücksichtigen ist aber auch ein später eintretender Irrthum, welcher zum Glauben verleitet, daß ein Anspruch nicht oder nicht mehr bestehe.<sup>6</sup>

b) Unzugänglichkeit des Gerichtes, bei welchem die Handlung innerhalb der festgesetzten Zeit vorzunehmen ist.

c) Zufälle, welche den Berechtigten treffen und ihn an persönlicher Vornahme der Handlung wie auch an der Bestellung eines Vertreters hindern z. B. Gefangenschaft, schwere Krankheit.

d) Endlich gehört auch der Fall hierher, daß die Person, gegenüber welcher die Handlung vorgenommen werden soll, nicht anzutreffen ist.<sup>7</sup>

Wer sich zur Erstreckung der Frist auf eine Hinderung beruht hat sie zu beweisen.

Im gemeinen Rechte hat sich die utile Berechnung nur bei den ädilicischen und gewissen prätorischen Klagen erhalten.<sup>8</sup>

utile Berechnung nichts aus. Man knüpfte indessen die utile Berechnung zunächst an diese Worte an, l. 1 pr. D. de diversis temp. praescr. 44. 3. Fehlt es, so berechnete man prätorische Verjährungen gleichwohl utiliter. Vgl. l. 1 pr. § 40 D. unde vi 43, 16.

4) l. 12 § 5, l. 30 § 5 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5.

5) Savigny behauptet Bd. 3 S. 403, Bd. 4 S. 433 ff., in der Regel habe man die Nichtkenntniß — abgesehen von der honorum possessio — bei der utilen Berechnung nicht berücksichtigt. Hiergegen hat sich Windscheid Bd. 1 § 104 Anm. 7 mit Recht erklärt. Vgl. namentlich l. 55 D. de aedilicio edicto 21, 1. Papinianus libro 12 responsorum. Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignoracionem emptoris excusari oportebit. Bezeichnend ist auch l. 8 D. de his qui not. infamia 3, 2 Ulpianus libro 6 ad edictum . . . cum tempus luctus continuum est, merito et ignorantia cedit ex die mortis mariti. Dies unterstellt, daß beim tempus utile die Ausmetzung der Zeit der Nichtkenntniß das normale ist. Damit steht nicht im Widerspruch, daß es Fristen giebt, die zwar continuo berechnet werden, jedoch erst von der Kenntniß an laufen, so beispielsweise die Frist zur Exculpation von der Vormundschaft § 16 J. de excusat. l. 25. Aeltere sprechen in solchem Falle von tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus.

6) l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15.

7) l. 1 D. de diversis temp. praescr. 44, 3.

8) Schon im späteren römischen Rechte wurde der annus utilis der Restitutionsfrist in ein quadriennium continuum verwandelt; desgleichen die ältere utile Appellationsfrist in zehn fortlaufend zu berechnende Tage. Im gemeinen Rechte erfolgt der Erwerb der honorum possessio nicht mehr nach den römischen Regeln. Es sind auch sonst zahlreiche Institute, bei denen in Rom utile Fristen und Verjährungen vorkamen, nicht recipirt.

Eine utile Berechnung hat zuweilen auch nach dem Wortlaut oder nach dem Sinn vertragsmäßiger Fristen einzutreten.<sup>9</sup>

### Drittes Kapitel.

## Die Rechtsgeschäfte.<sup>1</sup>

### I. Begriff. Arten.

#### § 91. Begriff des Rechtsgeschäftes.

Die menschliche Thätigkeit bewegt sich zum großen Theile im Abschluß und in der Auflösung von Rechtsgeschäften. Einige dieser Geschäfte gehören dem täglichen Leben an, wie Kauf, Dienstmieth, Sachenmieth; andere sind seltener, aber wichtigere Aktionen, wie die Testamenterrichtung, die Erbschaftsantretung; einen Lebensabschnitt bildet die Eheschließung, die Kindesannahme.

Jede der unzähligen Arten von Geschäften steht unter besonderen, ihrer Eigenart angepaßten Regeln. Aber wir ordnen sie sämmtlich dem einen allgemeinen Begriffe des Rechtsgeschäftes unter und entwickeln an demselben Rechtsgrundsätze, die allen Geschäften oder doch größeren Gruppen derselben zukommen. Das Rechtsgeschäft ist die Willenserklärung einer Person, mittels deren sie ein Rechtsverhältniß für sich begründen, verändern oder aufheben will.<sup>2</sup>

Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist ein Produkt der modernen Systematik.<sup>3 4</sup> In neuester Zeit haben sich einige gegen die innere

9) Beispielsweise enthalten die Versicherungsverträge meist die Klausel, daß die Ansprüche der Versicherten erlöschen, wenn sie nicht innerhalb bestimmter Frist geltend gemacht werden. Das R.D.F.G. Bd. 8 S. 408 interpretirte dies dahin, daß eine unverschuldete Versäumung der stipulirten Frist die Vermirkung des Anspruches des Versicherten nicht nach sich ziehen soll, so daß im einzelnen Falle untersucht werden müsse, ob unverschuldete Versäumung vorliege.

1) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877.

2) Ueber verschiedene Definitionen vgl. Windscheid Bd. 1 § 69 Anm. 1.

3) Die Römer haben einen entsprechenden technischen Ausdruck nicht gehabt. Das Bedürfniß der Generalisirung trat aber auch in Rom hervor. Man vermerkte den Ausdruck *negotium* § 8 I. de inut. stip. 3, 19. Doch bezeichnet derselbe im weiteren Sinne auch eine Thätigkeit faktischer Natur sowie Prozeßhandlungen, im engeren Sinne die Prozeßführung allein, vgl. oben § 42 Anm. 5. Auch die Worte der prätorischen Edikte „*quod gestum erit*“ generalisiren in ähnlicher Art, wie dies durch den Ausdruck *Rechtsgeschäft* geschieht. I. 1 pr. D. *quod metus causa* 4, 2, I. 1 § 1 D. *de minoribus* 4, 4, I. 1 pr. D. *quae fraudationis causa* 42, 8. Ueber den Begriff des *gestum* siehe I. 1 §§ 2 ff. D. *quae fraudationis causa* 42, 8.

4) Ueber die Entstehung des Wortes und des Begriffes *Rechtsgeschäft* vgl.

Berechtigung des Begriffes erklärt.<sup>5</sup> Nur die einzelnen Arten der Geschäfte, wie sie im Leben vorkommen, seien in Betracht zu ziehen, gemeinsame Sätze dürften nicht für sie aufgestellt werden, da sie unter einander gründlich verschieden seien. Dieser Widerspruch ist unberechtigt. Bei aller Verschiedenheit im einzelnen besteht eine tiefergehende Gemeinsamkeit. Denn das Rechtsgeschäft ist allgemein das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung. Daher sind auch den Rechtsgeschäften wichtige Grundsätze bezüglich der Handlungsfähigkeit, des Willens und seiner Erklärung, sowie der Anfechtung gemeinsam.

Das Rechtsgeschäft dient der privatrechtlichen Selbstbestimmung. Dies gibt dem Begriffe seine festen Grenzen. Nicht bloß wörtliche Willenserklärungen sind Rechtsgeschäfte, sondern ebenso sonstige Handlungen, welche auf Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind. Auch die Zahlung ist daher ein Rechtsgeschäft; ebenso die Occupation herrenloser Sachen. Es vollzieht z. B. der Jäger, welcher das erlegte Wild an sich nimmt, ein Rechtsgeschäft; es kommt auch nichts darauf an, ob ihm der Rechtseffekt seiner Handlung zum Bewußtsein kommt. Obrigkeitliche Verfügungen, insbesondere Urtheile sind keine Rechtsgeschäfte.<sup>6</sup>

Das charakteristische des Rechtsgeschäftes ist die Abhängigkeit der Rechtsfolge vom Willen. Hierdurch unterscheidet es sich vom Delikte. Beim Delikte knüpft die Rechtsordnung an den unlauteeren Willen Rechtsfolgen, welche diesem widerwärtig sind, beim Rechtsgeschäfte ist es der Wille, welcher die gewünschte Rechtsfolge hervorruft.

Neuerdings wird der unmittelbare Rapport zwischen Willen und Rechtseffekt von manchen Schriftstellern energijch in Abrede gestellt. Und unbedingt ist zuzugestehen, daß häufig die schließlichen Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes ganz andere sind, als der handelnde erwartete. Ein Ausländer tritt eine Erbschaft in einem Lande des gemeinen Rechtes an in der Meinung, nur bis zum Belaufe der Erb-

Pernice in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 467 ff. Im vorigen Jahrhundert sprach man von *actus juridici*. Nicht unwahrscheinlich ist, daß *actus legitimi* in l. 77 D. de R. J. 50, 17 denselben Sinn hatte, vgl. Enneccerus, Suspensivbedingung S. 24 ff.

5) Am entschiedensten geschah dies durch Schloßmann, Vertrag 1876 S. 129 ff. Ihm gilt der Begriff des Rechtsgeschäftes als „wissenschaftlich werthlos“, siehe auch Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 543. Dagegen hat die herrschende Systematik Vertheidiger in Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 238 ff. und Pernice in Grünhuts Zeitschrift S. 465 ff. gefunden.

6) Manche suchen den Begriff des Rechtsgeschäftes aus der Bezeichnung zu deduciren, vgl. Arndts § 63 Anm. 1. Aber das Wort „Rechtsgeschäft“ ist farblos und unpräcis. Auf innere Kriterien ist zurückzugehen.

schaftsmasse für die Erbschaftsschulden zu haften, wie dies nach seinem Landesrechte der Fall ist, er errichtet kein gehöriges Inventar und sieht sich schließlich wider Erwarten zur Zahlung der Nachlassschulden aus eigenen Mitteln verbunden. Man verkauft ein Pferd, welches man für gesund hält, während es den verborgenen Keim einer schweren Krankheit in sich trägt, die nach dem Verkauf ausbricht; der Verkäufer haftet in Folge der ädilischen Klagen. Auf seinen Willen kann dies nicht zurückgeführt werden, da der Gedanke eines Fehlers der Sache ganz außerhalb seiner Vorstellung lag. Hieraus hat man gefolgert, daß nur die Abgabe der Willenserklärung von dem Entschlusse des einzelnen abhängig sei; dagegen träten die Folgen der Erklärung unabwendbar *vi legis* ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie der erklärende wollte oder nicht.<sup>7</sup>

Eine richtige Beobachtung hat hier zu Schlüssen geführt, welche weit vom richtigen abführen.

Die Frage ist, welcher Rechtseffekt ist Produkt des Willens? Hierauf ist zu antworten: die Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsverhältnisses. Ich will Erbe werden und ich werde es; ich schließe einen Kaufvertrag und werde Käufer, Verkäufer. Der Rapport zwischen dem Willen und diesem Rechtseffekt ist ein offensichtlicher. Welche Wirkung aber dann weiter das einmal begründete Rechtsverhältniß hat, darüber hat der Wille dessen, der es hervorrief, nicht ausschließlich zu bestimmen. Dies normirt vielmehr die Rechtsordnung, welche den Willen des Handelnden wohl bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt, aber ihn hierüber nicht

7) Lotmar, die *causa* S. 15, führte zuerst aus, „weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat durch das Recht, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig“. Seitdem traten sich zwei Auffassungen gegenüber. Die eine Ansicht knüpft die Folge des Rechtsgeschäftes an die Rechtsordnung und keineswegs an den Willen der Beteiligten. Diese setzen nach ihr nur durch ihre Erklärung die Rechtsordnung in Bewegung, sie geben ihr gleichsam mechanisch den Anstoß. Solche Gedanken vertritt namentlich Thon, Rechtsnorm S. 371. Im wesentlichen hat sich ihm Kohler in Iherings Jahrbuch Bd. 18 S. 134 ff. in lebendiger und eindringlicher Ausführung angeschlossen. Früher hatte sich Kohler in demselben Jahrbuche Bd. 16 S. 106 unseres Ermessens zutreffender dahin geäußert, „der rechtliche Wille hat sich nur zu erstrecken bis auf das Rechtsinstitut, die Folgen desselben treten ein nach Art eines Naturphänomens“. Gegen Thon hat sich u. a. Pernice a. a. D. S. 474 erklärt; ferner Zitelmann, Irrthum S. 237, und Bruns in den Landektenfragmenten, Kleine Schriften Bd. 2 S. 454. Aber zu weit geht es, wenn Bruns mit der herrschenden Ansicht daran festhält, daß, „wer eine Miethsobligation will, implicite alle Folgen wolle, die das Recht mit derselben verbinde“. Dies heißt das Recht im objektiven Sinne auf den Willen der Kontrahenten zurückführen und bildet, wie mehrfach von den Gegnern der herrschenden Ansicht hervorgehoben wird, nur eine Fiktion. Vermittelnd ist Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 87 ff., Hartmann in Iherings Jahrbuch Bd. 20 S. 73 ff.

schlechthin entscheiden läßt. Ist man also Erbe geworden, so ist man es mit den Rechten und Pflichten, welche sich nach der Rechtsordnung ergaben, nicht mit den Folgen, die man erträumte.<sup>8</sup>

Rechtsverhältnisse kann man nicht willkürlich, nicht nach subjektiven Einfällen schaffen. Das Rechtsleben bewegt sich vielmehr in bestimmten typischen Arten von Geschäften.

Die größte Gebundenheit findet sich in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des Familienrechtes. Für die Geschlechtsverbindung besteht nur die Rechtsform der Ehe, keine andere Rechtsform steht offen. Adoptiren kann man jemanden nur als Kind, nicht als Bruder.<sup>9</sup> Freiere Bewegung giebt das Vermögensrecht. Doch kennt das römische Recht nur vier Arten von dinglichen Rechten an fremden Sachen, nämlich Servituten, Superficies, Emphyteusis und Pfandrecht; erst das deutsche Recht hat den Kreis erweitert. Am meisten Spielraum hat die individuelle Bestimmung auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Nach gemeinem Rechte sind alle obligatorischen Verträge klagbar, die sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte halten. Daher sind obligatorische Geschäfte möglich, welche nicht unter die hergebrachten Geschäftstypen fallen; es können sich neue Arten und Spielarten von Obligationen bilden.

Die allgemeinen Erfordernisse des gültigen Rechtsgeschäftes sind:

1. der Wille der Betheiligten,
2. Erklärung dieses Willens in gehöriger Form,
3. Handlungsfähigkeit der Betheiligten und die besondere Fähigkeit zu dem bezüglichen Geschäfte — Verfügungsfähigkeit,<sup>10</sup>
4. Einhalten der Schranken der Rechtsordnung.

8) Lenel, Parteiabsicht und Rechtsfolge in Iherings Jahrbuch Bd. 19 n. 5, sucht die Behauptung zu vertheidigen, daß die Betheiligten nur wirtschaftliche und gesellschaftliche Zwecke beim Abschluß der Rechtsgeschäfte verfolgten, und daß die rechtliche Gestaltung ausschließlich vom Rechte emanire. Dies ist unseres Erachtens verfehlt. Wirtschaftliche und rechtliche Momente lassen sich nicht der Art trennen. Denn das Recht bestimmt die Grenze, innerhalb deren uns das Gut, um das es sich handelt, zugetheilt wird, und individualisirt dasselbe. Damit steht nicht im Widerspruch, daß in manchen Fällen die Betheiligten über die Rechtsform, in der sie etwas verleißen oder erwerben, keine bestimmten und klaren Vorstellungen haben, so daß erst die Auslegung ihre bezüglichen Intentionen aus der Gesamthaltung des Geschäftes zur Bestimmtheit und Klarheit entwickelt.

9) l. 7 C. de hered. inst. 6, 24.

10) Für die Bezeichnung der besonderen Fähigkeit zum Abschluß eines Geschäftes fehlt es an einem allgemein zutreffenden technischen Ausdruck. Die Fähigkeit, an einer Sache Eigenthum oder dingliche Rechte zu begründen, nennt man Verfügungsfähigkeit. Dieser Ausdruck paßt nicht für die besondere Fähigkeit, eine Ehe abzuschließen, ein Kind zu adoptiren.

Man unterscheidet gültige, nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte. Gültig sind die Rechtsgeschäfte, wenn sie das beabsichtigte Rechtsverhältniß herstellen; nichtig, wenn sie die Kraft hierzu nicht haben; anfechtbar, wenn sie das Rechtsverhältniß zwar begründen, dieses aber in seiner Wirkung gehemmt werden kann.<sup>11</sup>

Der Ausdruck Rechtsgeschäft hat eine doppelte Bedeutung. Er bezeichnet einmal die Willenserklärung und dann das durch die Erklärung geschaffene Verhältniß.<sup>12</sup>

### § 92. Hauptarten der Rechtsgeschäfte.

1. Die Rechtsgeschäfte sind theils solche unter Lebenden — *inter vivos* — theils solche von Todeswegen — *mortis causa*.

Die Geschäfte von Todeswegen regeln die Verhältnisse des Verfügenden auf den Fall seines Todes. Ursprünglich war in Rom das einzige Geschäft von Todeswegen das Testament, d. h. die Einsetzung eines Erben, des Nachfolgers in das Gesamtvermögen. Seit der Kaiserzeit erkannte man auch *Kodicille* an, d. h. einseitige letztwillige Einzelverfügungen. Testamente und *Kodicille* beruhen auf einer besonders bestimmten Handlungsfähigkeit, der *testamenti factio*, und haben eine eigenartige Gestaltung. Ihnen gesellten sich die Schenkungen von Todeswegen hinzu.

Geschäfte unter Lebenden sind Willenserklärungen, welche nicht den Zweck haben, die Verhältnisse des Verfügenden für den Fall seines Todes zu ordnen.<sup>1</sup>

2. Die Rechtsgeschäfte sind theils einseitige, theils zweiseitige.

Die einseitigen gründen sich auf die Willenserklärung einer

11) Im engeren Sinne sind Rechtsgeschäfte nur die gültigen. I. 2 § 1 D. *quemadmodum test. aper.* 29, 3, l. 24 D. *de statu liberis* 40, 7.

12) *Karlowa*, Rechtsgeschäft S. 161.

1) Die Unterscheidung von Geschäften *mortis causa* und *inter vivos* findet sich in den Quellen bei Schenkungen l. 25 pr. D. *de in off. test.* 5, 2 und bei Manumissionen l. 1 pr. D. *de adsign. libertis* 38, 4 hervorgehoben, vgl. auch l. 67 § 1 D. *de V. S.* 50, 16. — Charakteristisch für das Geschäft von Todeswegen ist, daß es eine Disposition über den Nachlaß enthält. Es genügt nicht, daß es sich um ein Geschäft handelt, welches sich erst mit dem Tode des Verfügenden realisiren soll. Es ist z. B. die Obligation, wonach eine Summe bei meinem Tode an meinen Erben zu zahlen ist, kein Geschäft von Todeswegen, es ist dies namentlich auch nicht die Lebensversicherung. Der Begriff des Geschäftes von Todeswegen ist weiter als derjenige der letztwilligen Verfügung. Ein Erbvertrag insbesondere ist ein Geschäft von Todeswegen; er ist aber keine letztwillige Verfügung, weil der Wille zur Zeit des Vertragsschlusses und nicht ein etwaiger späterer letzter Wille das maßgebende ist.

Person, die zweiseitigen auf den zusammenstimmenden Willen zweier oder mehrerer Mitkontrahenten.

Die hauptsächlichlichen Geschäfte von Todeswegen, nämlich Testament und Kodicill, sind einseitige. Sie werden durch die einseitige Verfügung des Erblassers begründet; die Gegenwart oder die Zustimmung oder das Wissen des Erben oder des Legatars ist nicht erfordert. Allerdings tritt nach dem Tode des Erblassers an den letztwillig berufenen die Frage heran, ob er die Erbschaft antreten, das Legat behalten will. Aber die Erklärung hierüber bildet ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft; sie ist kein Theil des Testiraktes.

Schenkungen von Todeswegen sind zweiseitige Geschäfte.

Die hauptsächlichlichen Geschäfte unter Lebenden sind zweiseitige oder Verträge. Auch einseitige Geschäfte unter Lebenden kommen vor, sind aber verhältnißmäßig selten.

Zweiseitige Geschäfte oder Verträge fordern die zusammenstimmende Erklärung zweier Theile, die sich hierdurch zur Begründung, Veränderung, Bestärkung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses vereinigen.<sup>2 3</sup> Erforderlich ist Begehren des einen und Bewilligen des anderen Theiles. Es kommt nichts darauf an, ob die Initiative von dem ausgeht, welcher die Rechtsveränderung begehrt, oder von dem, welcher sie bewilligt.

Ein besonders wichtiger Vertrag ist der obligatorische, d. h. auf die Begründung einer Obligation gerichtete. Aber Verträge begründen auch dingliche Rechte — dingliche Verträge. Auf Verträgen beruhen auch familienrechtliche Geschäfte, insbesondere die Ehe und die Kindesannahme.<sup>4</sup>

2) l. 1 § 1 D. de pactis 2, 14. Ulpianus libro 4 ad edictum Pactum a pactione dicitur inde etiam pacis nomen appellatum est, et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus vgl. l. 3 pr. D. de pollicitationibus 50, 12. Consensus ist der erklärte übereinstimmende Wille der Kontrahenten. Ueber consensus vgl. Leonhard, Jrrthum S. 11 ff.

3) Schloßmann, Vertrag, erklärt den Vertragsbegriff für völlig hohl und für die Jurisprudenz werthlos. Doch nimmt er an, daß der Bruch des Versprechens, welches der eine Theil leistete und auf das sich der andere verließ, eine Verletzung sei, die zur Entschädigung verpflichte. Damit langt er schließlich bei der Verbindungskraft des Vertrages wieder an, die er zunächst so entschieden vermißt, freilich in eigenartiger und mit dem gegebenen Rechte nicht übereinstimmender Deutung.

4) Manche behaupten, das Wesen des Vertrages liege in dem Versprechen einer Leistung, der Vertrag könne daher nur eine Verpflichtung, das Versprechen zu halten, also eine Obligation begründen. So namentlich Rongerow Bd. 1 § 350 Anm. 1. Die bei weitem meisten neueren Juristen fassen aber den Vertrag viel weiter. Das ist freilich Rongerow zuzugestehen, daß die Römer den Begriff des Vertrages nicht in der abstrakten Weise durchdachten, wie dies in den neueren Systemen zu geschehen pflegt.

Die Verträge sind theils einseitige, theils zweiseitige. Bei den einseitigen belastet sich nur der eine Paciscent, bei den zweiseitigen Verträgen belasten sich beide Paciscenten. Ein einseitiger Vertrag ist die Schenkung, ein zweiseitiger Kauf und Miete.

Die Schenkung ist ein zweiseitiges Geschäft; denn sie fordert Angebot seitens des Schenkers und Annahme seitens des Beschenkten. Aber sie ist ein einseitiger Vertrag, denn sie verbindet nur den Schenker, nicht den Beschenkten.

3. Geschäfte, welche eine Vermögenszuwendung enthalten, sind für denjenigen, welchem sie geschieht, onerose, oder lukrative. Oneros sind sie, wenn er die Zuwendung durch eine Gegenleistung zu erkaufen hat, lukrativ, wenn er sie unentgeltlich erhält.<sup>5</sup> Wir bezeichnen die onerosen Geschäfte, in denen sich der menschliche Verkehr bewegt, als Verkehrs geschäfte.

## II. Bestandtheile des Rechtsgeschäftes.

### § 93. Die Essentialien des Geschäftes.

Die moderne Systematik unterscheidet essentialia, naturalia und accidentalia negotii.<sup>1</sup>

a) Essentialia sind die dem Geschäfte wesentlichen Bestandtheile. Sie geben demselben seinen Charakter. Für das Kaufgeschäft ist z. B. essentiell die Einigung des Käufers und des Verkäufers über Sache und Preis.

b) Naturalia sind Eigenschaften und Wirkungen eines Geschäftes, welche ihm in der Regel zukommen, die ihm aber nicht wesentlich sind, so daß sie die Parteien ausschließen können. Beispielsweise ist es ein Naturale des Kaufgeschäftes, daß der Verkäufer dem Käufer wegen verborgener Mängel der Kaufsache haftet. Durch Vereinbarung kann diese Haftung ausgeschlossen werden.

c) Accidentalialia sind Bestimmungen, welche dem Geschäfte begrifflich nicht wesentlich sind, die auch nicht aus dessen Natur folgen, die ihm vielmehr im Einzelfalle besonders zugefügt sind. Beispiele bildet die Zufügung einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, wonach der Kauf für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises auf-

<sup>5</sup>) In den römischen Quellen wird nur erörtert, ob man ex causa lucrativa oder non ex causa lucrativa erwirbt, l. 17, l. 19 D. de obl. et act. 44, 7, l. 83 § 6 D. de verb. obl. 45, 1, l. 4 § 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

<sup>1</sup>) Glück, Pandekten Bd. 4 S. 216 ff. Windscheid Bd. 1 § 85 Anm. 1.

gelöst sein soll, sowie die Verabredung einer antichresis beim Pfandgeschäfte, wonach der Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes statt der Zinsen gewinnen kann.

Soll ein Geschäft zu Stande kommen, so ist schlechthin erfordert die Regelung aller dem beabsichtigten Geschäftes seiner Art nach wesentlichen Punkte.

Es muß außerdem zu einer Erledigung aller derjenigen Punkte kommen, welche die Handelnden zur *conditio sine qua non* des Abchlusses machen. Bei Verträgen muß sich also die Einigung auf alle diese Punkte erstrecken. Solange dies nicht der Fall ist, ist ein Geschäft nicht zu Stande gekommen, wenn auch die Kontrahenten über die der Geschäftsart begrifflich wesentlichen Punkte zu einem Einverständnisse kamen.

Verlangt also der eine Theil die Ausschließung gewisser *naturalia negotii*, z. B. die Befreiung von der Haftung für verborgene Mängel, oder die Zufügung gewisser *accidentalialia negotii*, z. B. einer *lex commissoria* beim Kaufgeschäft, und ist der andere Theil hierauf nicht eingegangen, so ist das Geschäft nicht perfekt.

Hiernach giebt es zwei Klassen von Essentialien, nämlich diejenigen der Geschäftsart und diejenigen des besonderen Willens der Handelnden.

Die Regelung der begrifflich wesentlichen Essentialien ist nach der Rechtsnorm erfordert; die befriedigende Erledigung der anderen Punkte ist nach dem Entschlusse der Betheiligten zum Zustandekommen des Geschäftes nöthig.

#### § 94. Bewegungsgründe.<sup>1</sup>

Der Abschluß der Rechtsgeschäfte wird durch mancherlei Meinungen und Erwartungen der Betheiligten geleitet.

Die Verwirklichung dieser Vorstellungen kann einen Geschäftbestandtheil bilden. Dies ist aber keineswegs immer der Fall. Ich schließe z. B. einen Gesellschaftsvertrag mit dem N., weil ich ihn für einen guten Geschäftsmann halte; die Gesellschaft ist bindend abgeschlossen, auch wenn er kaum mäßigen Anforderungen genügt. Ich nehme ein Darlehen auf in dem Glauben, eine vorzügliche Spekulation damit machen zu können; das Darlehensgeschäft ist gültig, auch wenn sich die Spekulation nicht verwirklichen läßt.

1) Leonhard, Irrthum S. 252 ff.

Vorgedanken, welche den Abschluß veranlassen, deren Verwirklichung aber für das Geschäft nicht essentiell ist, nennt man Bewegungsgründe oder Motive.<sup>2</sup>

Das Kriterium ist also ein negatives. Ueber das Motiv hinaus geht alles, was dem Geschäfte seinem Begriffe nach essentiell ist und was durch den Willen der Betheiligten zum Essentiale erhoben ist.

Hierfür ist eine ausdrückliche Hervorhebung keineswegs immer erfordert. Als essentiell für die Betheiligten ist vielmehr auch das zu erachten, was nach der Verkehrsanschauung im regelmäßigen Verlaufe der Dinge bei Geschäften solcher Art als essentiell gilt. Es ist z. B. Regel des Verkehrs, daß man Kredit nur in der Meinung eröffnet, daß der Kreditnehmer zahlungsfähig ist, und in der Erwartung, daß er zahlungsfähig bleibt. Hierin liegt daher im Zweifel eine stillschweigende Geschäftsbedingung, nicht bloßes Motiv. Wer insolvent wird, kann die Verwirklichung einer Kreditzusage nicht beanspruchen.<sup>3</sup>

Was bloß Motiv ist, ändert seinen Charakter dadurch nicht, daß es dem anderen Theile kundgethan ist. Kauft man z. B. Möbel zur Ausstattung seiner Tochter, so wird der Kauf nicht hinfällig, wenn die Hochzeit nicht zu Stande kommt, auch wenn der Verkäufer den Zweck des Ankaufes kannte und wenn ihn der Käufer selbst beim Geschäftsschluß hervorgehoben hat. Die Verheirathung der Tochter könnte ausdrücklich zur Bedingung des Geschäftes gemacht sein; von selbst versteht sich eine derartige Bedingung nicht. Denn den Verkäufer geht es nach der Verkehrsanschauung nichts an, was der Käufer mit der Kaufsache beginnen will.

Die Motive sind zwar ohne selbständige Bedeutung für die Rechtsgeschäfte, welche sie veranlassen; kundgegebene Motive sind jedoch unter Umständen für die Interpretation des Geschäftes wichtig, welches sie herbeiführten.

2) Pomponius libro 27 ad Quintum Mucium l. 52 D. de cond. indebiti 12, 6 unterscheidet folgender Gestalt: *damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur quo non sequente repetitio competit.*

3) R.D.S.G. Bd, 23 S. 137.

§ 95. Die causa der vermögenmindernden Geschäfte.<sup>1</sup>

Wir bezeichnen als vermögenmindernde Geschäfte alle diejenigen, welche isolirt betrachtet das Vermögen des einen Beteiligten zu Gunsten des anderen vermindern, wobei dahingestellt bleibt, ob die Minderung durch Aequivalente ausgeglichen wird. Vermögenmindernde Geschäfte sind namentlich die Veräußerung von Vermögensbestandtheilen und die Uebernahme von Verbindlichkeiten.

Die Vermögensverminderung ist nicht Selbstzweck. Sie ist vielmehr nothwendig zur Erreichung von Zwecken bestimmt, welche ihren Grund — ihre causa<sup>2</sup> — bilden. Dieser Grund kann Erlangung eines Gegenvortheilcs oder Erweisung einer Liberalität sein. Der Gegenvorthcil kann namentlich darin liegen, daß man eine Forderung gegen den Mitkontrahenten erwirbt — *credendi causa* — z. B. bei Hingabe einer Darlehenssumme, ferner darin, daß man seine Schulden tilgt — *solvendi causa*.<sup>3</sup> Der Grund kann auch in einem Vortheil bestehen, den man für dritte erstrebt, mit deren Interessen man sich identificirt. Die Erweisung einer Liberalität beruht auf der Schenkungsabsicht, vermöge deren man den Beschenkten auf unjere Kosten bereichern will, — sie geschieht *donandi causa*.

Eine Vermögenszuwendung ohne Zwecke der einen oder anderen Art wäre ein sinn- und gedankenloses Handeln. Das Setzen von Zwecken bei vermögenmindernden Geschäften ist also nichts zufälliges, sondern im Wesen der Dinge begründet. Es ist eine psychologische Nothwendigkeit.

Die Vorstellung eines Zweckes in der Seele des Handelnden bildet die causa im subjektiven Sinne. Von einer objektiven causa spricht man, wenn sich dieser Zweck verwirklicht.

1) Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen 1840 S. 124, Gneist, die formellen Verträge des neueren Obligationenrechtes 1845 S. 124, Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 3.

2) Die verschiedenen Bedeutungen, welche das Wort causa hat, stellt zusammen Boigt über die *conditiones ob causam* 1862 S. 1 ff. Die Neueren verwenden den Ausdruck vorzugsweise zur Bezeichnung des bestimmenden Zweckes von vermögensminderndem Geschäft. Hierin folgen wir ihnen.

3) Die *causae solvendi, credendi, donandi* sind bei weitem die häufigsten. Sie werden daher von den Römern mehrfach nebeneinander aufgeführt. So in der l. 67 § 4 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 Maecianus libro 5 fideicommissorum... *si jussu meo tradantur, cui ego ex fideicommisso aliave qua causa eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim*, l. 49 D. de solut. 46. 3. Jene drei *causae* sind aber nicht die einzigen. Beispielsweise ist die Zahlung einer Summe, welche vom Erben geschieht, um eine ihm aufgelegte Bedingung der Erbsenfassung zu erfüllen — das *conditionis implendae causa datum* — weder Zahlung einer Schuld, noch Kreditgewähr, noch Schenkung.

Da das vermögenmindernde Geschäft nur ein Mittel zur Erreichung des vorgesteckten Zweckes ist, so erscheint es als das natürliche, daß das Geschäft nur im Falle der Verwirklichung dieses Zweckes Geltung hat. Dennoch wird nicht selten diese natürliche Abhängigkeit der vermögenmindernden Geschäfte von der Verwirklichung ihrer causa unterbrochen. Es geschieht dies aus Gründen der Nützlichkeit und insbesondere der Bequemlichkeit und Sicherheit des Verkehrs.

Hieraus ergibt sich eine für das gesammte System des Vermögensrechtes wichtige Unterscheidung. Die eine Kategorie der Geschäfte bilden die kausalen oder materiellen, die andere Kategorie die abstrakten oder formalen.

1. Bei kausalen Geschäften gehört die Verwirklichung des sie bestimmenden Zweckes zum Wesen und Bestand.

Ein Beispiel bildet das Darlehen. Eine Darlehensverpflichtung entsteht nicht durch das bloße Darlehensversprechen, noch auch etwa durch die Aushändigung eines Darlehensschuldscheines, vielmehr ist essentiell die Uebereignung der Darlehensvaluta, um derentwillen das Versprechen abgegeben ist.

2. Die abstrakten Geschäfte werden rechtsbeständig, auch ohne daß sich die causa, welche zu ihrer Eingehung führte, verwirklicht.

Es giebt zwei Arten solcher Geschäfte, nämlich die nothwendig abstrakten und die gewöhnlich abstrakten.

Nothwendig abstrakt sind die Geschäfte, welche auch nicht durch Vereinbarung der Betheiligten von der Verwirklichung ihrer causa abhängig gemacht werden können. Hierher gehört im heutigen Rechte der Wechsel, d. h. das Versprechen einer Geldsumme in Wechselform. Der Wechsel kann die causa, die ihn hervorrief, nicht aufnehmen; er wäre z. B. nicht gültig, wenn die Bedingung zugesügt würde, daß die Waare, derentwegen er ausgestellt wird, richtig und fehlerfrei geliefert werde. Nothwendig abstrakt waren im alten Rom auch die Uebereignungsgeschäfte der *mancipatio* und der *in jure cessio*.<sup>4</sup>

Regelmäßig abstrakt ist die Tradition als Uebereignungsgeschäft körperlicher Sachen. Denn in der Regel genügt für die Uebereignung durch Tradition außer der Uebergabe die beidseitige Absicht der Eigenthumsübertragung. Das Eigenthum geht daher auch dann über, wenn sich der Grund, welcher zur Uebertragung führte, z. B. der Abschluß einer Ehe, nicht objektiv verwirklicht hat.<sup>5</sup> Aber

4) Vgl. über diese Geschäfte § 97 Anm. 3 und Anm. 4.

5) Vgl. vorläufig 1. 36 D. de a. r. d. 41, 1.

die Uebereignung kann an die Bedingung des Eintrittes dieses Ereignisses durch Vereinbarung geknüpft werden. Aehnlich stand es in Rom mit der Stipulation. Sie konnte abstrakt auf ein Summenversprechen lauten, z. B. *centum dare spondes?* Aber nichts stand im Wege, die Verpflichtung des Stipulationsschuldners im Wege einer zugefügten Bedingung von einer Gegenleistung abhängig zu machen.

Bei abstrakten Geschäften ist die natürliche Verkettung mit ihrem Grunde unterbrochen, aber keineswegs völlig aufgehoben. Ergiebt sich hinterher, daß die causa objektiven Bestand nicht hat oder nicht gewinnt, so zeigt sich eben damit, daß der eine Theil einen Vermögensverlust ohne rechten Grund — *sine justa causa* — erlitten, und der andere Theil einen Vermögenserwerb ohne rechten Grund gemacht hat. Dieses unbillige Resultat wird wieder beseitigt, und zwar geschieht die Beseitigung vorzugsweise durch das Rechtsmittel der *condictio*. Wenn z. B. A. glaubt, dem B. ein bestimmtes Pferd zu schulden und ihm dies übereignet, so wird B. Eigenthümer, auch wenn die Schuld nicht bestand. Aber B. ist in diesem Falle ohne Grund bereichert; deswegen kann A. ihm gegenüber eine *condictio indebiti* auf Herausgabe seiner Bereicherung anstellen, dagegen kann der A. von einem etwaigen dritten Besitzer des Pferdes C., welcher dasselbe von B. erwarb, nichts fordern, also auch nicht Herausgabe des Pferdes, denn die Uebereignung des Pferdes an den B. und von diesem an C. ist unanfechtbar.

Die causa darf nicht identificirt werden mit einem bloßen Bewegungsgrunde. Es handelt sich bei der causa nicht um etwas dem Geschäfte fremdes, wie beim Bewegungsgrund, sondern um ein wesentliches Element des Geschäftes, welches sich, wenn auch zunächst zurückgedrängt, doch mit Nothwendigkeit geltend macht.

## II. Willenserklärung.

### § 96. Bedeutung der Willenserklärung.

In der Seele des Handelnden bildet sich die Idee des Rechtsgeschäftes. Sie findet Verwirklichung durch entsprechende Erklärungen. Ehe sie geäußert ist, ist sie beliebig wandelbar und ohne rechtliche Bedeutung.

Die Erklärung muß eine bewußte und beabsichtigte sein. Erklärung auch lange gehegter Absichten im Fieberdelirium, oder bei sinnloser

Trunkenheit, ist keine. Hiernach unterscheidet man den Geschäftswillen, d. h. den Willen, das Geschäftsbild, welches wir uns im Geiste machten, zu verwirklichen, und den Erklärungswillen, vermöge dessen jener Wille seine Aeußerung findet und damit sein Ziel erreicht.

Die Erklärung hat einen anderen Charakter bei einseitigen und einen anderen bei zweiseitigen Rechtsgeschäften. Bei zweiseitigen Geschäften muß sie dem anderen Theile gegenüber erfolgen und ihm zum Bewußtsein gebracht werden.<sup>1</sup> Die Erklärung einseitiger Rechtsgeschäfte dagegen geht in das allgemeine; es müssen Mittel gewählt werden, nach denen die Verfügung inskünftige erkannt werden kann.<sup>2</sup>

### § 97. Formelle und formlose Geschäfte.

Die Rechtsgeschäfte sind entweder formelle oder formlose.<sup>1</sup>

Sie sind formell, wenn sie an eine bestimmte Weise der Erklärung — Form — gebunden sind,<sup>2</sup> und formlos, wenn sie in beliebiger Weise erklärt werden können.

Die Formen sind bald Erzeugnisse eines naturwüchsigem Formenfinnes, wie er sich namentlich in der Kindheit der Völker geltend macht, bald Produkte bewußter Reflexion und der Erwägungen der Zweckmäßigkeit.

In älteren Zeiten haben die Formen oft einen dramatischen Charakter; so namentlich die altrömischen Uebereignungsformen der *mancipatio* und in *jure cessio*. Die *mancipatio* — die Uebereignungsform für *res mancipii* — hatte die Gestalt eines Kaufes. Es mußten der Wagehalter mit Wage und Erz, und, wenn es sich um eine Mobilie handelte, die Sache selbst, ferner mindestens 5 Zeugen sowie der

1) l. 1 pr. D. de V. O. 45, 1... *exaudire invicem debent*. Es ist freilich ein bestrittener Punkt, ob nicht die bloße Aeußerung einer zustimmenden Erklärung genügt, auch ohne daß sie der andere Theil vernimmt. Hierüber das nähere im Obligationenrechte.

2) Kohler in *Jherings Jahrbüchern* Bd. 16 S. 125 bemerkt bezüglich der Erbantretung: „Der Akt muß so erfolgen, daß er einen geschäftlichen Charakter an sich trägt; wer vor seinem Kammerdiener die Erbschaft antritt, hat schwerlich mit Rechtswirksamkeit angetreten.“ Wäre freilich dem Kammerdiener vom Erblasser ein Legat vermacht und das Legat ausgezahlt, so wäre der Erbschaftsantritt nicht zu bezweifeln. Denn dieser Akt hatte den geschäftlichen Charakter, welchen Kohler mit Recht fordert.

1) Vgl. vorzugsweise *Jhering*, *Geist des römischen Rechtes* Bd. 2 §§ 45 ff.; siehe ferner *Savigny* Bd. 3 § 30, v. *Bölderndorff*, die Form der Rechtsgeschäfte 1857.

2) Der Ausdruck formelles Geschäft oder Formalgeschäft wird auch verwerthet zur Bezeichnung des abstrakten Geschäftes, weil auch hier eine künstliche Formirung eintritt, vgl. oben § 95. Häufig ist übrigens das der Erklärung nach formelle Geschäft auch zugleich ein abstraktes, von seiner *causa* losgelöstes.

Veräußerer und Erwerber gegenwärtig sein, und es wurde dann durch Riten und Reden ein Kauf vorgestellt.<sup>3</sup> Die in jure cessio. Uebereignungsform für res mancipii und nec mancipii, hatte die Gestalt eines Prozesses. Erforderlich war das Erscheinen des Erwerbers, welcher den Kläger vorstellte, sowie des Veräußerers, der als Beklagter auftrat, beim Magistrat, ferner die Scheinvindikation des Erwerbers, das Schweigen oder Zustimmung des Veräußerers und endlich der Zuschlag durch den Magistrat.<sup>4</sup>

In späteren Epochen des Rechtes nehmen die Formen einen rein geschäftsmäßigen Charakter an. Derartige Formen sind Erklärung vor Zeugen<sup>5</sup> — z. B. beim Privattestamente — oder vor Gericht — z. B. bei der Adoption, oder bei anderen Beamten, z. B. nach Reichsrecht beim Standesbeamten im Falle einer Eheschließung. Die einfachste Form ist die Schrift.<sup>6</sup> Sie ist bei vielen Geschäften wesentlich, insbesondere beim Wechsel, bei Inhaberpapieren.

Die Vorzüge von Formen sind mannigfache. Sie bringen den Ernst des Aktes zum Bewußtsein, concentriren die Verhandlung und markiren den Abschluß scharf gegenüber bloßen Vorverhandlungen. Sie sichern auch häufig den Beweis.

Aber Formen sind mehr oder weniger unbequem, oft zeit- und kostspielig, sie bringen die Gefahr mit sich, daß ernstgemeinte Willensäußerungen wegen Bergreifens in der Form kraftlos werden; Formen erstarren leicht, veralten, werden unvolksthümlich. Dann tritt ein Gegensatz ein zwischen der Rechtsnorm, welche Beobachtung der Form erfordert, und dem Verkehr, welcher sich ohne sie zu behelfen

3) Gaj. Inst. I § 119.

4) Gaj. Inst. II § 24.

5) Wenn die Zuziehung von Zeugen eine gesetzliche Nothwendigkeit ist, kann man sie Solennitätszeugen nennen. Jedoch versteht man meist unter Solennitätszeugen nur diejenigen, für welche besondere Qualifikationen erfordert, z. B. männliches Geschlecht wie bei den römischen Privattestamenten, Volljährigkeit wie bei der Eheschließung vor dem Standesbeamten nach dem Reichsgesetze vom 6. Febr. 1875. An dem römischen Privattestamente mußten die Zeugen freiwillig Theil nehmen, l. 20 § 10 D. qui test. facere 28. 1. Dies ist unseres Erachtens historisch zu erklären. Nur freiwillige Zeugen unterlagen in der alten Zeit dem Zeugniszwange bei Strafe der Intestabilität. Nur ein Testament vor freiwilligen Zeugen war daher ein vollkommenes. Es liegt kein Grund vor, ein erzwungenes Zeugnis in anderen Fällen für nichtig zu erklären. Anders Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 293 ff.

6) Ueber die Form der Schrifturkunde vgl. Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880. Nach heutigem Gebrauche wird eine Schrifturkunde erst durch die Unterschrift vollendet. Man wird daher in der Regel ein Schriftstück, welches keine Unterschrift an sich trägt, als Projekt zu betrachten haben. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich, C.P.D. § 405 Abs. 2.

sucht. Im römischen Rechte, welches sich ursprünglich in Formalgeschäften bewegte, führte dies im Laufe der Zeit zur entschiedenen Begünstigung der Formlosigkeit.

Weiter noch ist hierin das gemeine Recht gegangen. Der Grundsatz der bindenden Kraft formloser Verträge hat sich hier zur Geltung gebracht, nicht bloß im Obligationenrechte, sondern auch darüber hinaus. Selbst formlose Erbverträge sind rechtsbeständig.

Die Geschäfte des Familienrechtes sind jedoch meistens formal. Vor allem die Eheschließung, die Kindesannahme. Auch die einseitigen letztwilligen Verfügungen blieben an Formen gebunden.

Schenkungen über 500 solidi bedürfen gerichtlicher Insinuation.

Formen sind nicht immer Bedingung der Gültigkeit des Geschäftes.<sup>7</sup> Sie können auch instruktioneller Natur sein. Zuweilen knüpft sich an die Vernachlässigung der Form zwar nicht Nichtigkeit, aber ein sonstiger Nachtheil. Zuweilen werden besondere Rechtsvorthelle an Formen des Geschäftes geknüpft.

#### § 98. Erklärung bei formlosen Geschäften.

Bei formlosen Geschäften genügt zur Erklärung jedes Mittel, welches den Willen erkennbar macht.

Dahin gehören schriftliche oder mündliche Worte, ferner Zeichensprache, z. B. bei einem Stummen,<sup>1</sup> endlich Handlungen.<sup>2</sup> Auch inkorrekte Erklärungen genügen, wenn die Meinung der Betheiligten aus ihnen erkennbar ist.<sup>3</sup>

Die Erklärung kann eine specielle, das fragliche Geschäft besonders bezeichnende sein, oder in allgemeiner Weise dem Willen Ausdruck geben.<sup>4</sup> Eine specielle Erklärung nennt man oft eine ausdrückliche.<sup>5</sup>

7) Windscheid § 72 Anm. 2 nimmt an, die Willenserklärung sei im Zweifel nichtig, wenn die für sie bestimmte Form nicht beobachtet sei. Dies ist auf Formvorschriften neuerer Gesetze nicht anzuwenden, vielmehr entscheidet sich nach der Absicht der bezüglichen Gesetze, welche Folgen die Vernachlässigung der Form hat.

1) l. 52 § 10 D. de obl. 44, 7, l. 17 D. de nov. et del. 46, 2, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

2) Man nimmt z. B. eine zu festem Preise ausgetobene Sache gegen Zahlung des Preises an sich, ohne Worte zu wechseln.

3) Falsche Benennung einer Person schadet nichts, l. 4 C. de testamentis 6, 23 Imp. Gordianus. Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit, incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati, l. 8 § 2 D. de bon. poss. s. t. 37, 11. Daß gleiche gilt von falscher Benennung der Objekte. Ueber die l. 4 pr. D. de leg. I ist im Erbrechte zu handeln. Ist statt des Namens eines Kontrahenten ein Abstraktum gewählt, z. B. „das Rittergut“, so verbindet der Vertrag den Kontrahenten.

4) Römische Ausdrücke für die besondere Erklärung sind specialiter, nominatim.

Die Erklärung kann eine indirekte sein oder auch in bloßem Schweigen bestehen.

1. Die indirekte Erklärung eines Geschäftes besteht in Handlungen, welche zunächst andere selbständige Zwecke haben, aber auf jenes Geschäft als ihren Grund zurückweisen. Derartige Handlungen nennt man schlüssige — *facta concludentia*.<sup>6</sup>

Der Schluß kann ein nothwendiger sein. Wer z. B. die Zinsen eines ausstehenden Kapitals für das folgende Jahr annimmt, willigt damit indirekt, aber selbstverständlich in dessen Stehenbleiben für das nächste Jahr.<sup>7</sup>

Es ist aber nicht erfordert, daß der Schluß auf den Geschäftswillen logisch zwingend ist. Es genügt, daß er empirisch begründet, d. h. der Lebenserfahrung entsprechend ist.<sup>8</sup> Beispielsweise liegt in der Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner seitens des Gläubigers die Erklärung des Schulderlasses,<sup>9</sup> denn wer die Forderung geltend machen will, wahrt erfahrungsmäßig und verständigerweise den Schuldschein.<sup>10</sup>

Diese Ausdrücke sollen aber nicht selten hervorheben, daß ein bezüglicher Wille nicht nach der Rechtsregel anzunehmen, sondern besonders zu erklären ist, sei dies nun in mehr oder minder präcisen Worten, l. 30 pr. D. de serv. pr. rust. 8. 2. l. 8 pr. C. de novat. 8, 41.

5) Was unter „ausdrücklicher“ Erklärung zu verstehen sei, darüber gehen die Meinungen sehr auseinander. Savigny Bd. 3 S. 242 versteht hierunter unmittelbare Erklärungen im Gegensatz zu indirekten Erklärungen; Zitelmann, Irrthum S. 266, die nach den Verkehrsbegriffen üblichen Erklärungsmittel; Leonhard, Irrthum S. 197, erachtet für entscheidend, ob der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert wurde. Eine Legalbedeutung hat das Wort „ausdrücklich“ selbstverständlich im gemeinen Rechte nicht. Jeder Schriftsteller ist daher befugt, ihm einen bestimmten Sinn für seinen Gebrauch aufzuprägen. Gemeingültigkeit hat aber keine Auffassung nicht. Wie der Ausdruck in neueren Gesetzen zu interpretiren ist, muß aus dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes und dem Zusammenhange entnommen werden.

6) Stöfel, die stillschweigende Willenserklärung, Zürich 1859.

7) l. 57 pr. D. de pactis 2. 14.

8) Andere Auffassungen hat Burckhard, civilistische Präsumtionen S. 270 ff. — Bloße Wahrscheinlichkeit reicht freilich nicht hin.

9) l. 2 § 1 D. de pactis 2. 14. Ein besonders wichtiger Fall stillschweigender Willenserklärung ist die *pro herede gestio*. Der zur Erbschaft berufene, welcher Erbschaftsgeschäfte besorgt, z. B. Erbschaftsschulden bezahlt, Erbschaftsobjekte veräußert, erklärt damit seinen Willen, die Erbschaft zu erwerben, es sei denn, daß er nachweisbar andere locale Zwecke damit verfolgt, z. B. für den abwesenden nächstberufenen Erben verwalten will, l. 20 pr. D. de a. vel o. her. 29. 2.

10) Die Römer sprechen nicht selten von stillschweigenden Willenserklärungen, um sich eine nach dem Gesetze eintretende Rechtswirkung theoretisch zurechtzulegen. Daß hierin nur der Versuch liegt, die reale Gestaltung der Rechtsverhältnisse mit römischen Grundanschauungen in Uebereinstimmung zu bringen, darüber vgl. oben S. 189.

Gegen derartige auf Empirie gegründete Schlüsse ist aber Gegenbeweis zulässig. Man kann z. B. beweisen, daß man den Schuldchein nur zurückgab, weil der Schuldner an dessen Statt einen neuen präciseren auszustellen versprach, den er nicht aushändigte.

Eine Reservation kann einen derartigen Gegenbeweis sichern.<sup>11</sup> Reservation ist ein Vorbehalt bei einer Handlung, durch welchen man eine uns nachtheilige Auslegung derselben ablehnt. Allgemeiner ist der Begriff der Protestation. Man versteht hierunter jede Verwahrung gegen die Wirkung von rechtlichen Thatsachen, welche unsere Rechte bedrohen.<sup>12</sup>

2. Eine interessante Frage ist, welche Rechtsfolgen Schweigen zu Anträgen und Erklärungen anderer hat.<sup>13</sup>

Stillschweigen auf einen Antrag, Nichtzurücksendung unberlangt zum Ankauf zugesendeter Waaren ist an sich keine Zustimmung.

Aber Stillschweigen gilt dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren.<sup>14</sup>

Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Geschäftsverbindung bestand und auch bisher Propositionen des anderen Theiles schweigend angenommen waren.<sup>15</sup> Erklärt uns ferner ein Mitkontrahent nach

11) l. 20 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

12) Vgl. z. B. l. 1 §§ 3 und 4 D. de agnosc. et al. liberis 25, 3, l. 10 § 3 D. quae in fraudem 42, 8, l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. In Rom vollzogen sich Protestationen durch private Denunciationen unter Zuziehung von Zeugen. Daher der Name. Nach heutigem Gebrauch bedient man sich möglichst bei Protestationen der Vermittelung des Gerichtes.

13) Ueber die Rechtswirkung des Schweigens sagt l. 142 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 56 ad edictum: qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare. So abgerissen ist der Ausspruch zweideutig wie ein Drakel-spruch. Er bezieht sich auf die confessio in jure, mit der sich auch ein anderes Bruchstück aus dem 56. Buche des Ediktskommentars von Paulus l. 1 D. de confessis 42, 2 beschäftigt. Der Sinn ist also, wer in jure auf die Klage schweigt, steht dem confessus in jure gleich. Eine allgemeine Bedeutung hat hiernach der Ausspruch nicht. Doch wiederholt ihn cap. 44 in 6<sup>to</sup>. de R. J. 5, 12. Es soll dies offenbar zur Abschwächung des vorhergehenden famosen cap. 43 dienen: qui tacet consentire videtur.

14) Savigny Bd. 3 S. 248 nimmt an, bloßes Stillschweigen sei in der Regel keine Einwilligung. Hiervon gebe es zwar Ausnahmen; diese aber seien ganz positiver Natur; es sei unzulässig, sie durch Aufnahme anderer ähnlicher Fälle vermehren zu wollen. Es liegen aber jenen Ausnahmen allgemeine Gesichtspunkte zu Grunde, die eine allgemeine Anwendbarkeit haben. Dies ist die neuerdings über-wiegende Ansicht geworden. Sie theilt auch R.D.S.G. Bd. 1 S. 81.

15) Wird eine bestellte Waare mit einer Rechnung, die vom Vertrage abweicht, überendet, so ist Stillschweigen hierauf allein noch keine Zustimmung zu den von den früheren Abmachungen abweichenden Modalitäten, R.D.S.G. Bd. 5 S. 35.

dem Geschäftsschluß, den Vertrag in einer bestimmten Weise zu verstehen, ihn in einer gewissen Art ausführen zu wollen, so wird meist Treu und Glauben eine Gegenerklärung erheischen, wenn man sich nicht bei der kundgegebenen Auffassung beruhigen will; Schweigen gilt daher hier als Zustimmung.<sup>16</sup> Als Ueberlistung erscheint es auch, falls wir bei einer Verhandlung schweigend gegenwärtig sind, bei welcher ein Dritter in unserm Namen Verbindlichkeiten übernimmt, die wir nicht wollen. Wir müssen uns daher gefallen lassen, daß dies Schweigen als Zustimmung ausgedeutet wird.<sup>17</sup> Andernfalls würden wir uns selbst der Arglist bezichtigen.

### III. Zwiespalt zwischen Willenserklärung und Willen.

#### § 99. Die Bedeutung des Willensmomentes.

Die Erklärung des Geschäftes muß mit den Vorstellungen des Erklärenden übereinstimmen.<sup>1</sup> Wort und Wille müssen sich decken.<sup>2</sup>

16) So hat das R.D.S.G. oft erkannt, R.D.S.G. Bd. 1 S. 82, Bd. 19 S. 123.

17) l. 4 § 3 D. de fidejuss. et nom. 27, 7. l. 12 D. de evict. 21, 2. Leichter ist Schweigen als Zustimmung anzusehen, wenn man bei der Erklärung eines anderen gegenwärtig ist, ohne zu widersprechen, als wenn man in der Ferne von derselben Kunde erhält und schweigt. Allein dies alles hängt von der Würdigung des Falles ab. Vgl. l. 16 D. de S. C. Maced. 14, 6.

1) Natürlich handelt es sich hierbei nur um diejenige Vorstellung, zu welcher der Kontrahent schließlich und endgültig gelangte, nicht um Absichten, mit denen er zum Geschäftsschluß herantrat und von denen er sich mehr oder weniger abdrängen ließ: l. 8 C. de rescindenda venditione 4, 44. Diocletianus et Maximianus... videlicet, si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat addente ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum...

2) Die Frage des Verhältnisses des Willens und der Willenserklärung ist in der neueren Zeit Gegenstand zahlreicher und interessanter Erörterungen geworden. Die herrschende Meinung — die „Willenstheorie“ — geht davon aus, daß die Erklärung ohne Willen ebensowenig rechtliche Wirkung hat, wie der Wille ohne Erklärung. Sie haben in wesentlichen festgehalten: Windscheid, Wille und Willenserklärung im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 3, Zitelmann in Ihering's Jahrbüchern Bd. 16 n. 8, Scheiff, die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Inauguraldissertation, Bonn 1879. Eine entgegengesetzte Ansicht will der Erklärung, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, dann unbedingt Wirkung beilegen, wenn sie dem Mitkontrahenten als Ausdruck des Willens erschien und erscheinen konnte — s. g. Verkehr-, oder Vertrauens-, oder Lästionstheorien. — Die Vertreter dieser Ansicht hat Windscheid a. a. O. S. 73 aufgeführt. Wir heben nur hervor: Bähr, über Irrungen im Kontrahiren in Ihering's Jahrbuch Bd. 14 n. 9, und Kohler ebendasselbst Bd. 16 S. 325 ff., vgl. auch Leonhard, Irrthum, insbesondere §§ 15 und 17. Eine vorzügliche Abhandlung über die Frage hat

Selbstverständlich gilt aber das erklärte zunächst als das gewollte. Wer behauptet, daß der Wille fehlte, hat dies zu beweisen. Ein solcher Beweis ist thatsächlich schwierig, er ist auch rechtlich erschwert. Handelt es sich doch darum — dies ist der Hauptfall — anzukämpfen gegen die eigenen Worte. Dem Tüchtigen und Redlichen aber ist sein Wort ehrwürdig. Auf dem Halten seines Wortes beruht das Vertrauen zu seiner Persönlichkeit, sein moralischer und ökonomischer Kredit.

Eine Verleugnung des erklärten ist nicht gestattet, wenn sie dem Anstande und tüchtiger Gesinnung widerspricht.<sup>3</sup> Unter diesem Gesichtspunkte ist zwischen liberalen und lechtwilligen Zuwendungen einerseits und Verkehrsgeschäften andererseits zu unterscheiden.

Bei liberalen Zuwendungen und lechtwilligen Verfügungen steht der Nachweis mangelnden Willens schlechthin offen; es ist für den anderen Theil unanständig, wenn er sich gegen den Willen des Verleihenden, gestützt auf das bloße Wort, Vortheile anzumaßen sucht.

Die Verleugnung eines Verkehrsgeschäftes wegen Mangels des Willens ist dagegen nur gestattet, wenn der erklärende ohne Schuld daran ist, daß der andere Theil durch die falsche Erklärung getäuscht wurde.

Man kann sich hiernach unbedingt darauf berufen, daß die Fähigkeit zu klaren Vorstellungen durch Krankheit zur Zeit der Erklärung behindert war.<sup>4</sup> Trunkenheit kann man vorschützen, wenn sie das Bewußtsein raubte oder doch die Einsicht in die Bedeutung des Geschäftes erheblich verdunkelte.<sup>5</sup> Denn solche Trunkenheit muß der

Gustav Hartmann geschrieben in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 1. Sie nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein, welcher unseres Ermessens der richtige ist, und nach welchem die Jurisprudenz das einzelne auszubilden hat. Vgl. auch Czyslarz in Iherings Jahrbüchern S. 20.

3) Diese Auffassung tritt zu Tage in l. 12 D. de transactionibus 2, 15 Celsus libro 3 Digestorum... si tamen postea codicilli proferuntur non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. Auf diese Aeußerung hat namentlich Hartmann a. a. D. S. 55 aufmerksam gemacht. — Nur mit der hieraus sich ergebenden Beschränkung sind die Stellen zu verstehen, welche auf den Willen Gewicht legen, z. B. l. 3 D. de rebus dubiis 34, 5, § 23 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 5 C. plus valere 4, 22.

4) Es kommt vor, daß man im Nervenfieber scheinbar klar und bewußt Erklärungen abgiebt, von denen man im gesunden Zustande hinterher nicht das geringste weiß. Solche Erklärungen sind anfechtbar. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie gerichtlich aufgenommen wurden und wenn das Gericht das Vorhandensein des Bewußtseins konstatiert hat. Anders Leyser med. vol. V sp. 348 II.

5) Die Rechtsquellen sprechen sich über die in der Trunkenheit geschlossenen Geschäfte nicht aus. Man pflegt einige allgemeine Betrachtungen des kanonischen Rechtes anzuführen, insbesondere can. 7 caus. XV qu. I. „nesciunt quid

andere Theil bemerken. Auf bloße Zerstretheit kann man sich bei Verkehrsgeschäften nicht berufen.<sup>6</sup>

Unzulässig ist ferner die Berufung auf eine reservatio mentalis, d. h. den dem Mitkontrahenten verschwiegenen Vorbehalt, nicht zu wollen was man erklärt.<sup>7 8</sup>

Die Einwendung eines Scherzes ist bei Verkehrsgeschäften nur zu beachten, wenn der Mitkontrahent an ihm Theil nahm, oder wenn der Scherz aus den Umständen des Falles oder dem Inhalte des erklärten erkennbar war. Das gleiche gilt von Erklärungen, die bloß aus Prahlerei, geschehen, ohne in ernsthaften Verkehrsmotiven zu beruhen.<sup>9 10</sup>

Von zwei Extremen haben wir uns hiernach frei zu halten. Wir dürfen der äußerlichen Auffassung nicht nachgeben, als sei das erklärte schlechthin maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob es der Vorstellung oder dem Willen des Erklärenden entspricht. Aber auch die einseitige Betonung des Willens führt auf Abwege, falls hierbei nicht

loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent ut sepulti“ und cap. 14 X de vit. et honest. cler. 3, 1 „cum ebrietas et mentis inducat exilium“. Hieraus ergibt sich für unsere Frage wenig oder nichts. Bei der Beurtheilung ist die Lage des einzelnen Falles von Bedeutung, da sich die Grade der Trunkenheit nicht bestimmt abzurufen lassen. Eine bloße Erhöhung der Stimmung durch geistige Getränke kommt an sich nicht in Betracht. Ist sie aber vom Mitkontrahenten künstlich hervorgerufen, so ist exceptio und actio doli zulässig, Leyser med. vol. I spec. 59 med. 3.

6) Ueber die Behauptung, daß ein Zerstreuter, welcher sich verspricht oder verspricht, im Zustande momentaner Besinnungslosigkeit handle und daß daher derartige Akte nicht verbindlich seien, vgl. Leonhard, Irrthum S. 141.

7) In cap. 26 X de spons. 4, 1 wird von einer Mentalreservation gegenüber einer Eheschließung gehandelt. Es ist streitig, ob ihr dort Rechtswirkung beigelegt wird. Wie dem aber auch sei, so ist die Unwirksamkeit der Mentalreservation unstreitig.

8) Ueber Mentalreservation siehe Savigny Bd. 3 S. 259, Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 n. 2 und n. 9.

9) l. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 2 institutionum. Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero spondes? et tu responderis spondeo, nascetur obligatio. Varro lingua latina 6. 72. Ein interessantes Beispiel findet sich R.G. Bd. 8 S. 248 ff.

10) Nicht selten ist die Fassung der Urkunde über ein Geschäft ungenau, weil die Betheiligten nicht im Stande waren, ihren Gedanken völlig präcis auszudrücken, oder weil sie der Kürze halber nur die Hauptpunkte hervorheben wollten. Dann gilt gleichwohl das mündlich vereinbarte; eine Ausbeutung der Fassung der Urkunde durch einen der Kontrahenten gegen die Vertragsabsichten ist nicht zu gestatten, l. 36 D. de verb. obl. 45, 1; Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes S. 103. Ganz anders liegt der Fall, wenn die Urkunde geradezu anderes feststellte, als vorher mündlich verabredet war. Dann ist der Inhalt der Urkunde, welche die letzte Willensäußerung der Betheiligten bildet, maßgebend, vorbehaltlich der Einwendung von Betrug, Irrthum, Simulation, Zwang.

gewürdigt wird, welches Gewicht das Wort für den Verkehr hat und für die Rechtsordnung haben muß.

§ 100. Simulirte, dissimulirte, fiduciarische Geschäfte.

Simulirte Geschäfte sind zum Scheine geschlossene.<sup>1</sup> Die Scheinkontrahenten sind darüber einig, nicht zu wollen, was sie nach außen hin vorgeben.<sup>2</sup> Sie wollen entweder kein Geschäft oder ein Geschäft anderer Art oder ein Geschäft derselben Art, aber unter anderen Modalitäten als das vorgegebene. Simulirte Geschäfte sind nichtig.

Auf simulirte Geschäfte können sich daher die Kontrahenten in keiner Hinsicht stützen.<sup>3</sup> Wer ferner sonst ein rechtliches Interesse dabei hat, kann die Simulation aufdecken und das Geschäft als nichtig bekämpfen. Besonders häufig sind Scheinveräußerungen der Habe eines Schuldners, um diese dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Gläubiger des Scheinveräußerers können die Pfändung oder Subhastation der zum Scheine veräußerten Objekte durchführen, wenn sie die Simulation darthun können.<sup>4</sup>

Auch der Simulant seinerseits kann die Simulation gegen seinen Mitkontrahenten und gegen Dritte geltend machen, welche die Simulation kannten, trotzdem aber Rechte auf das simulirte Geschäft stützen.<sup>5</sup> Wer aber im Vertrauen auf die Echtheit des simulirten Geschäftes mit dem Scheinkontrahenten in Verhandlung trat, kann durch den späteren

1) Savigny Bd. 3 § 132; Kohler, Mentalreservation und Simulation in Jhering's Jahrbüchern Bd. 16 n. 2 und n. 7.

2) Von anderer Art sind die „typischen Scheingeschäfte“ des älteren römischen Rechtes. Es gehörte dahin das Mancipationstestament, die in jure cessio. Die Rechtsakte wurden hierbei zu anderen Zwecken verwendet, als diejenigen waren, welche geäußert wurden. Es lag hierin eher Spiel als Schein, denn getäuscht wurde niemand. Vgl. Jhering, Geist Bd. 2 § 46, 3. Auflage S. 528 und Bd. 3 § 58 S. 274.

3) Verbotsgesetze durch simulirte Geschäfte zu umgehen, waren die Römer sehr geneigt; so die Strafen der Ehelosigkeit durch simulirte Ehen, l. 30 D. de ritu nuptiarum 23, 2, das Verbot der Schenkung unter Ehegatten durch scheinbare Kaufgeschäfte, l. 5 § 5, l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 36, l. 38 D. de contr. emt. 18, 1, vgl. l. 4 § 5 D. de in diem addict. 18, 2.

4) Zwei Fälle sind zu unterscheiden. a) Der Schuldner blieb auch nach der Veräußerung in der Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte. Dann sind die Gläubiger befugt, diese Sachen unmittelbar zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, insbesondere zu pfänden. Treten die Scheinerwerber intervenierend auf, so werden sie durch die Einwendung der Simulation zurückgewiesen. b) Die Scheinerwerber sind in die Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte gesetzt. Hier machen die Gläubiger der Exekution in dieselben freie Bahn, wenn sie durch Feststellungslage — § 231 C.P.O. — zur Anerkennung bringen, daß der Scheinerwerber auf Grund eines Scheingeschäftes für ihren Schuldner besitzt. R.G. Bd. 4 S. 252.

5) l. 54 D. de obl. et act. 44, 7. Tit. Cod. 4, 22 plus valere, quod agitur quam quod simulate concipitur. l. 5, l. 6 C. si quis alteri 4, 50.

Nachweis der Scheinnatur nicht leiden. Wenn also der Scheinkäufer die zum Schein gekaufte Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiter veräußert, so wird dieser Eigenthümer; der Scheinverkäufer kann ihm gegenüber nicht vindiciren.<sup>6 7</sup>

Das simulirte Geſchäft verdeckt nicht ſelten ein ernſtlich gemeintes. Solche verdeckte Geſchäfte nennt man diſſimulirte. Es wird beipielsweiſe der Kaufpreis in der Schrifturkunde über ein Kaufgeſchäft niedriger angegeben, als vereinbart iſt, um Stempelbeträge zu ſparen, oder er wird in höherem Betrage niedergeſchrieben, als vereinbart iſt, um dem Käufer die Weiterveräußerung zu dem höheren Preise zu erleichtern. Das diſſimulirte Geſchäft iſt gültig, wenn es den geſetzlichen Vorausſetzungen der Geſchäfte ſeiner Art entſpricht.<sup>8</sup>

Mit den simulirten Geſchäften ſind die fiduciariſchen nicht zu verwechſeln. Bei den fiduciariſchen Geſchäften iſt das Verhältniß nach außen und nach innen verſchieden. Man giebt hierbei dem Fiduciar nach außen hin die Stellung des Eigenthümers unſerer Sache oder des Gläubigers einer uns zuſtehenden Forderung und verſchafft ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung des Rechtes. Nach innen bleibt aber der Fiduciar bloßer Bevollmächtigter; die Sache beziehungsweise die Forderung iſt für ihn im Verhältniß zum Vollmachtgeber eine fremde.<sup>9</sup> Mißbraucht der Fiduciar ſeine Ver-

6) Dieſe Auffaſſung, die in meinem Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 104 Anm. 9 verteidigt wurde, hat im weſentlichen Zuſtimmung gefunden bei Kohler a. a. D. S. 128; Hartmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 3 ff.; Leonhard, Juribus S. 136. Zweifelnd verhält ſich Windscheid Bd. 1 § 75 Anm. 3. Es iſt zuzugeben, daß ſich der Satz aus den Quellen nicht beſonders belegen läßt. Aber in Rom ſind ſeit Alters nur feſt, daß simulirte Geſchäfte nicht zur Umgehung der Geſetze dienen könnten. Es war offenbar beſtritten, ob ſich der Simulant überhaupt ſeinerſeits auf die Nichtigkeit des Geſchäftes berufen könne. Dieß wurde durch zahlreiche Reſkripte feſtgeſtellt. Daß ſich der Simulant aber auch dritten redlichen Erwerbem gegenüber auf die Simulation berufen kann, wird nirgends ausgeſprochen. Das Gegentheil erſchien wohl als ſelbſtverſtändlich. Es iſt insbeſondere nicht zu bezweifeln, daß der Schuldner befreit wird, wenn er einem durch simulirte Ceſſion ſcheinbar legitimirten zahlt. Vgl. R.D.G.G. Bd. 24 S. 324.

7) Kohler a. a. D. nimmt an, die Einrede der Simulation gegen eine Ehe ſei unzuläſſig. Ich bin dem in meinem Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 104 beigetreten. Dieſe Auffaſſung kann ich nicht feſthalten. Man denke, eine Dame der Demimonde ſchließe, um einen Namen zu gewinnen, eine simulirte Ehe. Dritten kann die Simulation keinesfalls entgegengeſtellt werden. Will jedoch der Scheinehemann trotz der Simulation Rechte als Ehemann, z. B. Erbrechte, geltend machen, ſo wird ihm die Einrede der Simulation entgegenſtehen, vgl. l. 30 D. de ritu nupt. 23. 2.

8) l. 3 C. de contr. empt. 4, 38, l. 2, l. 4 C. plus valere 4, 22.

9) Wir behaupten nicht, daß dieſe Konſtruktion dem römischen Rechte angehört. Sie hat ſich im heutigen Rechte ausgebildet, welches die Verhältniſſe nach innen und nach außen häufig ſcharf ſondert. Fiduciariſche Geſchäfte ſolcher Art bilden namentlich oft Ceſſionen von Forderungen, Uebernahme von Wechſeln zum Inkaſſo mit Vollindoffament.

trauensstellung, indem er das anvertraute zu eigenem Nutzen verwendet, so begeht er daher eine Unterschlagung.<sup>10</sup> Geräth er in Konkurs, so kann der Vollmachtgeber richtiger Ansicht nach das fiduciarisch weggegebene Aktivum aus der Konkursmasse vindiciren.

### § 101. Geschäftsrirrhum.<sup>1</sup> Einleitung.

Zirrhum bewirkt nicht selten den äußerlichen Abschluß von Geschäften, welche die Betheiligten innerlich nicht wollten.<sup>2</sup>

Dies geschieht in verschiedener Weise. Es kann sein, daß die eigene Erklärung mit der Absicht des Erklärenden nicht übereinstimmt. Man unterschreibt z. B. ungelesen einen vorgelegten Kaufvertrag, den man für einen Pachtvertrag hält.<sup>3</sup> Es kommt ferner vor, daß sich die beiderseitigen Erklärungen der Kontrahenten nicht decken, während scheinbar eine Einigung erzielt ist. Es kann die Willenserklärung des einen Theiles falsch ausgerichtet werden; man beauftragt z. B. einen Banquier durch Telegramm zum Verkauf von Inhaberpapieren, die Telegraphenanstalt meldet aber einen Auftrag zum Ankauf.<sup>4</sup> Auch gegenwärtige mißverstehen sich zuweilen, sie tauschen übereinstimmende Erklärungen aus, aber der eine verbindet mit ihnen einen ganz anderen Sinn als der Gegentheil.<sup>5</sup>

Zirrhum solcher Art wollen wir Geschäftsrirrhum nennen. Derselbe kann die Nichtigkeit des Geschäftes begründen. Der letzte Grund

10) R.G. in Straffachen Bd. 3 S. 344.

1) S. Richelmann, Einfluß des Zirrhum's auf Verträge 1837; Savigny Bd. 3 § 135. Neuerdings Zitelmann, Zirrhum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung 1879 und Leonhard, Zirrhum bei wichtigen Verträgen. Vgl. auch Lotmar, Recension dieses Werkes in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 368, Bd. 26 S. 220.

2) Nur von Fällen eines dem äußeren Anscheine nach vorhandenen Geschäftsschlusses, welcher entkrätet werden soll, ist im folgenden die Rede. Ganz anders liegen Fälle, in welchen ein Geschäft auch nicht einmal scheinbar geschlossen ist, z. B. A. und B., die schwerhörig sind, verhandeln mündlich, A. erklärt den Willen, eine Sache zu verkaufen, B. dieselbe zu miethen. Beide mißverstehen sich, der Dissens liegt den Zuhörern offen zu Tage. Hier kann weder A. noch B. eine Klage begründen; es fehlt selbst an dem Anscheine des Konsenses. Auf den Zirrhum und seine Qualität kommt es hier nicht an.

3) l. 5 C. plus valere quod agitur 4, 22. Diocletianus et Maximianus. Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis, quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est.

4) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 309 Anm. 5 und dort citirte. Die Frage etwaigen abenerjages ist im Obligationenrechte zu untersuchen.

5) R.D.S.G. Bd. 11 S. 172.

der Richtigkeit liegt aber nicht im Irrthum, sondern in dem Fehlen des Geschäftswillens. Seine Aufdeckung macht nur den Mangel des Willens erkennbar.

Savigny unterscheidet echten und unechten Irrthum. Er nennt den Irrthum einen echten, welcher positiver Grund einer Rechtswirkung ist. Dies ist z. B. der Fall beim Irrthum über das Bestehen einer Schuld, welcher zu einer Zahlung führte und aus welchem die *condictio indebiti* erwächst. Den Irrthum, welcher einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung veranlaßt — den Geschäftsirrtum — bezeichnet Savigny als unechten.<sup>6</sup>

Diese Terminologie ist nicht empfehlenswerth. Auch der Geschäftsirrtum ist echt, er ist wesentlich. Es ist verwirrend, wenn man ihn als einen unechten bezeichnet.

Die Konsequenzen, welche Savigny aus seiner Unterscheidung zieht, sind von großer Bedeutung. Er folgert aus derselben, daß es auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Geschäftsirrtumes nicht ankommen könne. Allerdings sei zu tadeln, wer aus grober Unachtsamkeit die Proposition eines anderen falsch auffasse und ihr in solchem Mißverständniß beitrete. Aber es fehle nun einmal der übereinstimmende Wille. Ohne Willensvereinigung aber sei ein Vertrag nicht denkbar.

Die Auffassung Savignys wäre unwiderleglich, wenn eine philosophische oder mathematische Aufgabe in Frage stünde. In der That aber handelt es sich um ein praktisches Problem, welches nicht nach rein abstrakten Gesichtspunkten zu lösen ist. Ein Geschäft liegt wenigstens scheinbar vor: dasselbe muß erst aus dem Wege geräumt werden. Hiermit ist es nicht leicht zu nehmen.

Nur wer ~~Un~~entschuldbar irrte, kann ein zweiseitiges Geschäft wegen Irrthumes anfechten. Denn es ist eine allgemeine Regel des römischen Rechtes, daß man sich nur auf entschuldbaren Irrthum berufen kann.<sup>7</sup> Keine Andeutung findet sich davon, daß diese Regel in dem wichtigen Falle des Geschäftsirrtumes außer Anwendung blieb. Der Grund der Regel, daß sonst Leichtsinns und oberflächliches Wesen

6) Savigny a. a. O. S. 264, 444.

7) Vgl. oben § 87. Dafür, daß nur entschuldbarer Geschäftsirrtum berücksichtigt wird, spricht l. 15 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit. Denn Paulus handelte in diesem Buche — vgl. auch l. 10 D. eod. — vom Geschäftsirrtum; vgl. mein Preuß. Pr. Recht Bd. 1 § 109 Anm. 3. Windscheid im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 103 kommt auf anderem Wege zum Resultat, daß der Irrende bei einem auf grober Nachlässigkeit beruhenden Geschäftsirrtum zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet sei.

gegenüber der Besonnenheit begünstigt würde, trifft vielmehr beim Geschäftsirrtum durchaus zu.

### § 102. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrtum.

Wir nennen den Geschäftsirrtum wesentlich, wenn durch ihn die Wichtigkeit des Geschäftes begründet wird, unwesentlich, wenn dies nicht der Fall ist. Irrthum, welcher in diesem Sinne unwesentlich ist, hat oft in anderer Hinsicht rechtliche Bedeutung. Er kann namentlich bei Ansprüchen wegen Betruges, sowie bei den ädilischen Klagen wegen verborgener Mängel in Betracht kommen.

Der wesentliche Irrthum muß

1. entschuldbar;

2. er muß sachlicher Natur sein. Nicht in Betracht zu ziehen ist bloßer Irrthum über Namen und Bezeichnungen.<sup>1</sup>

3. Der Irrthum muß das Geschäft selbst betreffen. Unzweifelhaft ist der Irrthum in bloßen Bewegungsgründen unwesentlich.<sup>2</sup> Oft ist es aber schwierig zu entscheiden, ob ein Irrthum zur einen oder zur anderen Kategorie gehört.

4. Es ist endlich Erheblichkeit des Irrthumes erfordert.

Der Irrthum muß nämlich von solchem Gewicht sein, daß man nach den Auffassungen des Verkehrs und nach der Erfahrung annehmen kann, der Irrende hätte das Geschäft nicht geschlossen, wenn er das Sachverhältniß gekannt hätte.

Die Rechtsicherheit wäre auf das äußerste gefährdet, wenn man wegen eines jeden untergeordneten Irrthumes über Geschäftsbestandtheile Wichtigkeit des Geschäftes geltend machen könnte. Die richtige Grenze jedoch zwischen dem erheblichen und dem nichterheblichen Irrthum ist nicht leicht zu ziehen. Die römische Jurisprudenz suchte einen Anhalt in äußeren Momenten. Sie ist dabei nicht durchweg zu befriedigenden und folgerechten Resultaten gelangt. Die neuere gemein-

1) l. 9 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio. l. 32 D. de verb. obl. 45, 1.

2) Hierüber ist man einig. Nur ist ein Vorbehalt bezüglich der Motive letztwilliger Verfügungen zu machen, welcher bei diesen zu erörtern ist. Um so bestrittener ist, was unter den Bewegungsgründen zu verstehen ist. Wir haben unsere Ansicht oben § 94 entwickelt, ganz andere Auffassungen gewinnt Zitelmann a. a. D. namentlich S. 414 ff. Vgl. auch Leonhard a. a. D. S. 258.

rechtliche Jurisprudenz mußte daher in der Ausbildung des einzelnen zum Theil selbständige Wege gehen.<sup>3</sup>

Wir fassen im folgenden vorzugsweise die gegenseitigen lästigen Verträge in das Auge.

a) Erheblich ist der Irrthum über die Art des Geschäftes,<sup>4</sup> — z. B. wenn der eine Kontrahent schenken, der andere ein Darlehen entnehmen will. Sind dagegen die Kontrahenten über die Geschäftsbedingungen einig und irren sie nur über die juristische Charakterisirung des Geschäftes, so ist dies unerheblich.

b) Erheblich ist der Irrthum über die Identität des Mitkontrahenten.<sup>5</sup> Das heutige Verkehrsleben kennt jedoch zahlreiche Geschäfte, z. B. Verkäufe auf baar, welche in der Regel mit jedermann ohne Unterschied geschlossen werden. Bei solchen Geschäften kommt eine falsche Vorstellung über die Persönlichkeit des anderen Theiles nicht in Betracht.

Irrthum über die Eigenschaften des anderen Theiles ist an und für sich unerheblich,<sup>6</sup> sofern sie denselben nicht gerade individualisiren.

c) Irrthum über die Identität des Geschäftsobjectes ist erheblich.<sup>7</sup>

3) Leonhard a. a. O. stellt den Satz auf: die Erheblichkeit des Irrthumes über einen Umstand für die Gültigkeit eines Vertrages hängt nicht von der Beschaffenheit dieses Umstandes ab, sondern von der Bedeutung, welche die Parteierklärungen ihm beilegen, ob sie also die Richtigkeit eines Umstandes ausdrücklich oder stillschweigend zur Geschäftsbedingung machten. Dieses Princip verweist uns auf die subjektiven Absichten der Beteiligten, aber diese sind, weil sie eben im Irrthum befangen waren, meist nicht zu erkennen. Deswegen hat eben das Recht objektive Kriterien aufgestellt, nach denen bemessen wird, ob ein Irrthum erheblich ist oder nicht.

4) l. 18 D. de r. cr. 12, 1. l. 36 D. de a. r. d. 41, 1. Sirelmann S. 528 ff.; Leonhard S. 472.

5) Die römischen Juristen haben einem derartigen Irrthum in weitem Maße Erheblichkeit beigegeben. Sehr merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Entscheidung von Celsus libro 5 digestorum l. 32 D. de reb. cred.: Si et me et Titium tuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim. tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Die hier erwähnte *condictio* pflegt man nach Juventius Celsus die *Juventiana* zu nennen.

6) Bgl. l. 14 § 3 D. de in diem addictione 18, 2. Gültig war hiernach in Rom selbst ein Geschäft mit einem Sklaven, den man für einen Freien hielt, obgleich es den Sklaven nur naturaliter verpflichtete.

7) l. 9 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Ulpianus libro 28 ad Sabinum... si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem. l. 34 pr. D. de a. vel o. p. 41, 2. l. 2 § 6 D. pro emptore 41, 4.

Ob auch Irnthum über Eigenschaften des Geschäftsobjectes<sup>8</sup> erheblich sei, war bei den Römern bestritten. Die herrschende Ansicht nahm dies an, falls man sich über die stoffliche Zusammensetzung des Objectes total getäuscht hatte — *error in substantia*. Der Stoff also galt als das entscheidende Merkmal. Diese Lösung war eine äußerliche, sie wäre vom Standpunkte der heutigen Naturwissenschaft kaum noch praktisch durchführbar.

Die neuere Jurisprudenz erachtet daher den Irnthum über Eigenschaften dann als wesentlich, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im Verkehre herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. Die Verschiedenheit des Stoffes ist hierzu weder nothwendig noch stets hinreichend.<sup>9 10</sup>

8) Unter Eigenschaften versteht man die Beschaffenheit einer Person sowie einer Sache, und die Beziehungen, welche sich an sie anschließen, z. B. der Miethertrag eines Hauses. Der Werth einer Sache ist keine Eigenschaft derselben. Er beruht bloß auf einem Urtheil über dieselbe, vgl. R.D.S.G. Bd. 22 S. 392; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 79.

9) Diese Sätze hat Savigny a. a. D. S. 283 mit der ihm eigenen juristischen Intuition aufgestellt. Die Praxis ist ihm hierin gefolgt, Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 32 Anm. 6 und dort citirte. Dem römischen Rechte gehören sie nicht an. Die Römer legten das Hauptgewicht auf die Identität des Stoffes. Ulpianus libro 28 ad Sabinum, l. 9 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit.* Marcellus scripsit libro sexto digestorum *emptioem esse et venditionem, quia in corpus consensus est etsi in materia sit erratum. ego in vino quoque consentio, quia eadem prope *ovovia* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, quod ab initio acetum fuit ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam venditionem esse puto, quotiens in materia erratur. l. 11 pr. d. eod.* Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit. § 1. *Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.* Hiernach galt als erheblich bei Sklaven error in sexu, bei Objecten anderer Art error in substantia. Hiernit stimmt überein, daß Paulus in der l. 21 § 2 D. de act. empti 19, 1 nach der unzweifelhaft richtigen Lesart der Florentina den Kauf für gültig erklärt, wenn jemand ordinäre Tische, z. B. tannene statt solcher aus feinsten Nadelhölzern kaufte, trotzdem daß beide verschiedenen Verkehrsfunktionen: zum Luxus, zum bürgerlichen Gebrauch dienen, daß Ulpian und Paulus in der l. 10, l. 14 D. de contr. empt. 18, 1 den Kauf eines Gefäßes für gültig erachten, welches der Käufer für ein ungemischt goldenes hielt, sofern es nur etwas Gold enthielt, daß endlich nach der l. 45 D. de contr. empt. 18, 1, wie Marcian unter Anführung vieler Autoritäten entscheidet, der Kauf alter Kleider statt vermeinter neuer gültig ist, und selbst der Kauf von Messing — *aurichalcum* — statt Gold zu Recht besteht, da man Messing nicht als substantiell verschieden von Gold ansah. Vgl. mein Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 108 Anm. 8, ähnlich Zitelmann a. a. D. S. 566; siehe freilich auch Leonhard a. a. D. S. 449.

10) Gültig sind Pfandgeschäfte und Stipulationen, wenn der Erwerber auch

Außerdem ist der Irrthum über solche Eigenschaften erheblich, welche beim Geschäftsschluß ausdrücklich als wesentlich bezeichnet wurden.<sup>11</sup>

Mißverständniß der Kontrahenten über den Betrag der zu leistenden Summe kann die Willensübereinstimmung in Frage stellen und erheblich sein. Unter Umständen schließt das Mißverständniß den Konsens nicht aus. Hat der Verkäufer ein geringeres als Kaufpreis gefordert, der Käufer bewilligt mißverstehend ihm einen höheren Preis, so liegt Einverständniß über die geringere Summe vor, welche der Käufer in der höheren Summe zugesagt hat.<sup>12 13</sup>

### § 103. Zwang.<sup>1</sup>

Zwang kann den Anschein eines Geschäftes herbeiführen, welches der gezwungene nicht wollte. Es wird z. B. jemandem, welcher widerstrebt, die Hand zur Unterzeichnung eines Wechsels geführt. Solche Gewalt, die in physischer Ueberwältigung besteht, nennt man *vis absoluta*.<sup>2</sup> Ein Rechtsgeschäft kommt nicht zu Stande.

Häufiger ist Zwang, welcher dem anderen Theile ein Handeln aufzwingt — *vis compulsiva*. Der Gedanke liegt nahe, daß nur der freie Wille Verbindungskraft haben könne, daß also alle der

über die Eigenschaften der Sache irrte, wenn er z. B. das verpfändete bronzene Gefäß für ein goldenes hielt, l. 1 § 2 D. de pign. act. 13. 7. l. 22 D. de verb. obl. 45, 1. Dies um deswillen, weil dem Erwerbenden bei solchen Geschäften lieber sein mußte, etwas als nichts zu bekommen.

11) l. 58 D. de contr. empt. 18, 1. Papinianus libro 10 quaestionum. Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam. si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore. Die letzten Worte müssen auf die Kenntniß des Verkäufers vom Windbruch oder vom Brand bezogen werden.

12) l. 52 D. locati 19, 2. Vgl. auch Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 67.

13) Die Quellen sprechen sich nicht darüber aus, ob sich bloß der irrende oder auch der andere Theil auf die Nichtigkeit des Geschäftes berufen kann, wenn er hinterher den Sachverhalt erfährt. Die Frage ist daher eine offene. Der andere Theil kann eine Erklärung des irrenden über die Genehmigung oder Verwerfung des Geschäftes fordern und ist im Fall eine Genehmigung nicht unmittelbar erfolgt, befugt, die Nichtigkeit des Geschäftes auch seinerseits geltend zu machen. Dies entspricht der *bona fides*.

1) Savigny Bd. 3 § 114; Schlimann, die Lehre vom Zwang 1861; Czoblarz, der Einfluß des Zwanges in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 1; Schloßmann, die Lehre vom Zwange 1874. Der Zwang wird strafrechtlich verfolgt. In Rom begründete er das *crimen vis*; das Strafgesetzbuch §§ 240 ff., 253 ff. bestraft Nöthigung und Erpressung.

2) Absolute Gewalt liegt unter anderem auch dann vor, wenn man jemandem eine Sache wegnimmt, oder ihn aus seinem Grundstück hinauswirft oder seine Sache gewaltsam zerstört.

Art erzwungene Geschäfte nichtig seien.<sup>3</sup> Doch dieser Gedanke konnte im römischen Rechte keine Wurzel fassen. Dort spielte der Zwang zu Rechtsgeschäften eine große und anerkannte Rolle. Der Prätor erzwang den Abschluß prätorischer Stipulationen, die Ertheilung des väterlichen Eheconsenses, den Antritt von Erbschaften auf Grund des S. C. Pegasianum; der Hausherr nöthigte das Hauskind, den Sklaven durch seinen jussus zu Rechtsgeschäften.

Durch Zwang herbeigeführte Geschäfte sind also gültig.<sup>4</sup> Aber sie sind anfechtbar, wenn der Zwang ein großes Unrecht bildet. Mit dieser Anfechtung nahm man es indessen nicht leicht. Man fand die Sicherheit des Verkehrs und den Kredit gefährdet, wenn jedwede wirkliche oder scheinbare Beeinflussung berücksichtigt würde. Man verlangte daher zur Anfechtung eine unsittliche Bedrohung mit einem ernstlichen Uebel, welche auf einen besonnenen Menschen Eindruck machen kann.<sup>5</sup> Erforderlich ist also:

a) die Androhung eines schweren Uebels. Die Quellen erwähnen Gefahr für Leib und Leben und die Freiheit des Bedrohten und seiner Angehörigen.<sup>6</sup> Auch schwere Vermögensgefahren sind aber ohne Zweifel erheblich genug.<sup>7</sup>

Die Drohung übler Nachrede ist an und für sich nicht zu beachten. Wenn sich aber an eine Verleumdung ernsthafte Nachtheile knüpfen können, weil man ihr nach den Umständen nicht sofort ausreichend begegnen kann, so begründet die Drohung eine Anfechtung.<sup>8</sup>

Ähnlich steht es mit verleumderischen Anklagen und Denunciationen. Sie kommen an sich nicht in Betracht. Knüpfen sich aber an sie reelle Gefahren, so bilden sie wirksame Anfechtungsgründe.<sup>9</sup>

3) Vgl. l. 116 pr. D. de R. J. 50, 17.

4) l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2. Paulus libro 11 ad edictum. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

5) l. 6 D. h. t. Gajus libro 4 ad edictum provinciale. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicimus. Aeltere Schriftsteller führten das Princip auf den Einfluß der stoischen Philosophie zurück.

6) l. 3 § 1, l. 4, l. 5 D. h. t. 4, 2.

7) Savigny a. a. D. S. 197 Anm. 5 erachtet die Drohung einer bloß auf das Vermögen gerichteten Rechtsverletzung nicht als hinreichend. Allein auch solche Furcht kann eine sehr ernste sein. Sie zu ignoriren wird nicht schon dadurch gerechtfertigt, daß sie die Quellen nicht besonders erwähnen. Wächter, Würt. P.R. Bd. 2 S. 762; Windscheid § 80 Anm. 6; Arndts § 61 Anm. 4; R.G. Bd. 10 S. 190.

8) l. 7 pr. D. h. t. 4, 2; R.G. Bd. 10 S. 188 hat die exceptio quod metus causa bei Bedrohung des Krediters zugelassen.

9) l. 10 C. de his, quae vi metus ve causa 2, 19. Vgl. von Gläsenapp über den metus accusationis im Archiv für civ. Pragis Bd. 65 n. 8.

b) Die angeandrohte Gefahr muß eine gegenwärtige sein;<sup>10</sup> dem Bedrohten dürfen keine Mittel zur Abwehr zu Gebote gestanden haben.<sup>11 12</sup>

c) Jede Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Drohende befugt war, das Geschäft zu erzwingen. Aber die Anfechtung ist statthaft, wenn man mit Schritten droht, zu denen man befugt ist, um sich einen Vortheil zu verschaffen, auf den man kein Recht hat. Man droht z. B. mit der Denunciation eines geheimen Verbrechens oder auch mit Einleitung einer Subhastation zum Zweck einer Erpressung.<sup>13</sup>

d) Die Drohung muß einen Vermögensnachtheil im Gefolge haben. Erzwingt man also durch Drohungen die Zahlung einer fälligen Schuld, so ist die Anfechtung wegen Zwanges nicht begründet.<sup>14</sup>

Anfechtbar sind nur die Geschäfte, welche durch die Drohung herbeigeführt werden sollten. Geschäfte, die man zur Abwehr des angeandrohten Uebels eingeht, z. B. zur Vertheidigung gegen die Volkswuth, sind selbstverständlich unanfechtbar.<sup>15</sup>

10) l. 9 pr. D. h. t. 4, 2. Ulpianus libro 11 ad edictum. Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus.

11) l. 2 D. h. t. 4, 2. Paulus libro 1 sententiarum.

12) Savigny Bd. 3 S. 107 Anm. 2 nimmt an, daß es bei Drohungen, welche die actio quod metus causa nicht begründen, wenn sie nur überhaupt Eindruck machen, an Schutz nicht fehle. Es sei namentlich eine condictio ob turpem causam zulässig, welche nur unter anderen Regeln siehe, als die actio quod metus causa. So auch Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 383 und Windscheid Bd. 1 § 80 Anm. 7. Dies ist nach römischem Rechte nicht begründet. Das römische Recht ignorirte geringere Drohungen schlechthin, dasselbe achtete es nicht, „si quis meticulous rem nullam frustra timuerit“, l. 7 pr. D. h. t. 4, 2. Es läßt sich jedoch nach heutigem Rechte die Ansicht wohl vertheidigen, daß auch objectiv nicht zu fürchtende Drohungen ein Recht zur Anfechtung gegenüber dem Erpressenden selbst und seinen Erben gewähren, sofern sie ihren Zweck erreichten. Denn das Strafgesetzbuch § 253 bestraft die Erpressung ohne zu unterscheiden, ob die Drohung eine schwerere oder geringere war und ob sie auf einen besonnenen Menschen einwirken konnte. Es ist folgerichtig, diesen Gedanken im Civilrecht zur Durchführung zu bringen. Dies ist um so mehr berechtigt, als die römischen Beschränkungen mit den Rechtsauffassungen, welche in Deutschland walten, nicht übereinstimmen. So ist denn auch die Praxis der Reichsgerichte, R.D.H.G. Bd. 8 S. 171, R.G. Bd. 10 S. 191.

13) Es handelt sich hierbei um eine besonders difficile Frage. In l. 7 § 1 D. h. t. wird bezeugt, daß wer bei einem Diebstahl oder Ehebruch ergriffen, etwas giebt oder leistet, damit man ihn losläßt oder damit er nicht verrathen wird, die Anfechtung wegen Zwanges geltend machen kann. Dagegen soll nach l. 21 pr. D. eod. die unbankbare Freigelassene, welche vom Patron wegen ihrer Undankbarkeit in die Sklaverei zurückgefordert werden kann, kein Recht der Anfechtung haben, wenn sie etwas dafür giebt oder verspricht, daß die Rückforderung in die Sklaverei unterbleibt. Im ersten Fall liegt eine Unsitlichkeit vor, im zweiten nicht. Der Vertrag hat hier den Charakter eines erlaubten Vergleiches. Vgl. Unger Bd. 2 S. 50 Anm. 24; Schliemann a. a. O. S. 24.

14) l. 12 § 2, l. 23 § 1 D. h. t. 4, 2.

15) l. 9 § 1 D. h. t.

Seit Alters versprach der Prätor gegen erzwungene Geschäfte *restitutio in integrum*.<sup>16</sup>

Zu Ende der Republik stellte er eine besondere Klage, die *actio quod metus causa* auf,<sup>17</sup> und gab eine *exceptio quod metus causa*, wenn aus dem erzwungenen Geschäfte Klage erhoben wurde. Seitdem wird Restitution nur noch in Fällen eines besonderen Bedürfnisses ertheilt, namentlich gegen einen erzwungenen Erbschaftsantritt.<sup>18</sup>

Diese Rechtsmittel gehen gegen jeden, welcher etwas in Folge des Zwanges erhalten hat.

Der zwingende selbst hat dem gezwungenen den vollen Schaden zu ersetzen. Dritte haben herauszugeben, was an sie in Folge des Zwanges gekommen ist.<sup>19</sup>

Nach römischem Rechte erließ der Richter in der *actio quod metus causa* einen Restitutionsbescheid. Wurde demselben nicht Genüge geleistet, so erfolgte Verurtheilung in das vierfache. Nach einem Jahre — *annus utilis* — ging die Klage nur auf das einfache.<sup>20</sup> Der Strafsatz ist nicht recipirt.

In einigen wenigen Fällen waren erzwungene Geschäfte nach römischem Rechte nichtig. Es gehörte hierher die erzwungene Eheschließung, denn die Ehe fordert ihrem Begriffe nach freie Einigung der Ehegatten.<sup>21</sup> Nach dem jetzigen Rechte ist die erzwungene Ehe ungültig, d. h. relativ nichtig.<sup>22</sup>

16) Das Edikt lautete — l. 1 pr. D. h. t. — *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit*; früher, d. h. wohl vor der Redaktion Julians, „*quod vi metus-ve causa*“.

17) Die Klage hatte zuerst ein Prätor Octavius aufgestellt. Cicero in *Verrem* II, 3 cap. 65 § 152, ad *Quintum fratrem* I, 17 § 21. Vgl. Lenel, *edictum perpetuum* S. 94; Rudorff, über die Octavianische Formel, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* Bd. 12 S. 131. Sie ist auch in Fällen der absoluten Gewalt und selbst bei bloß thatfächlicher Vergewaltigung, z. B. Zerstörung von Gebäuden, zulässig, l. 9 pr. § 2 D. h. t.

18) l. 21 § 5 D. h. t., siehe oben Anm. 4, l. 85 D. de a. vel o. her. 29, 2.

19) l. 14 §§ 3, 5 D. h. t. 4, 2.

20) l. 14 §§ 1 ff. D. h. t. 4, 2.

21) l. 22 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Auch erzwungene Manumissionen waren nach kaiserlichen Verordnungen nichtig, l. 9 pr., l. 17 pr. D. qui et a quibus 40, 9. Es ist aber nicht nachweisbar, daß in Rom eine Verschiedenheit der Grundanschauung darüber bestand, ob erzwungene Geschäfte nichtig oder anfechtbar seien, wie Schloßmann a. a. D. S. 87 ff. unterstellt, oder daß die Römer zwischen civilen und prätorischen Geschäften in dieser Hinsicht unterschieden, wie Cypharz bei Thering, *Jahrbücher* Bd. 13 S. 3 ff. behauptet, oder daß sie einen Gegensatz zwischen formellen und formlosen Geschäften machten, wie Schloßmann a. a. D. auszuführen sucht. Eine Hauptstelle, die für die Nichtigkeit angeführt zu werden pflegt und die Vangerow die bedencklichste schien, hat Schloßmann selbst sehr gut in anderem Sinne erklärt. Es ist dies die l. 21 § 3 D. h. t. von Paulus, welche nur verneint, daß im Falle

## § 104. Betrug.

Betrug — Dolus im engeren Sinne — ist absichtliche Täuschung durch Vorspiegelung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Thatsachen, um sich einen Vortheil zu verschaffen.<sup>1</sup>

Es kommt vor, daß Betrug die Erklärung eines Geschäftes bewirkt, ohne den Willen des betrogenen gefangen zu nehmen, z. B. im Falle des betrügerischen Unterschlebens einer Urkunde über ein Geschäft zur Unterschrift. Das so vollzogene, aber nicht gewollte Geschäft ist nichtig.

Der Betrug dient öfter als Mittel, um den Willen zum Geschäftschluß hervorzurufen. Das Geschäft ist dann gültig; denn es ist erklärt und gewollt, aber es ist wegen Betruges anfechtbar.

Das ältere römische Recht gab dem betrogenen nur in besonderen Fällen einen Anspruch wegen Betruges.<sup>2</sup> Seit dem Ende der Republik

der erzwungenen Promission einer Dos eine *actio rei uxoriae* gegen den Ehemann erwächst. Vgl. Bangerow Bd. 3 § 605 Anm. 2; Windscheid Bd. 1 § 80 Anm. 2.

22) Ist das erzwungene Geschäft nichtig, wenn man sich gegen dasselbe im voraus heimlich verwahrt und dadurch konstatierte, daß man es nicht wollte? Für den erzwungenen Erbschaftsantritt wird dies in l. 6 § 7 D. de a. vel o. her. 29. 2 bejaht. Celsus libro 15 digestorum scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Selbstverständlich setzt Celsus in den letzten Worten einen *jussus* des Herrn des Inhaltes voraus, si expedit adire, adito l. 25 § 9 D. de a. vel o. her. 29, 2. Fallens mit Schloßmann, Zwang S. 46 und Köhler in Ihering's Jahrbuch Bd. 16 S. 123 ff., S. 340 ff. durch „heimlich“ zu übersetzen und hiernach zu interpretiren: nichtöffentlicher Erbschaftsantritt ist nichtig, thut der Stelle Zwang an. Fallere heißt täuschen l. 5 § 2, l. 7 § 2 D. si mentor 11. 6, l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1; Pernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 95 Anm. 1. Wer aber anders sollte getäuscht sein, als der Zwingende. Es hat also der Bedrohte, ehe er den Drohenden durch den Antritt befriedigte, vorher heimlich gegen ihn protestirt; dann wird er nicht Erbe; es bedarf keiner Restitution, die Erbschaft wird weiter deferirt. So die Glosse, Bartolus zur l. 6 § 7 D. cit.; Cujacius zu Papinians liber 30 quaestionum l. 85 D. de a. vel o. her. 29, 2; Bangerow Bd. 3 § 605 S. 281. Bartolus beschränkt übrigens die Entscheidung auf einseitige Willenserklärungen. Hierin kann man ihm Recht geben.

1) Vgl. oben S. 194. Neben die *actio doli* trat in Rom die öffentliche Bestrafung wegen *stellionatus*, l. 3 § 1 D. *stellionatus* 47, 20, Ulpianus libro 8 de officio proconsulis. quod enim in privatis judiciis est de doli actio, hoc in criminibus *stellionatus* persecutio. Auch das deutsche Strafgesetzbuch § 263 bedroht Betrug mit öffentlicher Strafe. Demgemäß unterscheidet man civilrechtlichen und kriminalrechtlichen Betrug. Trotzdem daß der Begriff nicht verschieden ist, fällt beides nicht zusammen, denn die kriminalistische Praxis verlangt ein höheres Maß schlechter Gesinnung, als für den civilrechtlichen Dolus gefordert ist.

2) Es gehört hierher der Schutz der Minderjährigen gegen Betrug durch die *lex Plaetoria*, vgl. l. 7 § 1 D. de except. praeser. 44, 1, ferner das Edikt gegen denjenigen, „qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicitur“, l. 7 pr. D. quod falso tutore 27, 6.

gewährte man dem betrogenen allgemein Klage und Einrede gegen den Betrüger wegen eines jeden erheblichen Betruges.<sup>3</sup>

Die Anfechtung geht nur gegen die Person des Betrügers und seine Erben.<sup>4</sup> Sie richtet sich also nicht, wie dies bei den Rechtsmitteln wegen Zwanges der Fall ist, gegen dritte Personen. Denn Zwang kann jeden überwältigen, gegen Betrug kann man sich durch Vorsicht wahren.

Betrug kann wie im Reden und im Handeln so auch im Verschweigen liegen.<sup>5</sup> Wann aber ist Mangel an Offenheit Betrug und wann erlaubte Klugheit? Betrug ist das Verschweigen von Thatfachen, deren Mittheilung im Geschäftsverkehr gewöhnlich ist und die der andere Theil daher erwarten darf. Betrug ist z. B. in der Regel das wissentliche Verschweigen von Mängeln der zum Verkaufe angebotenen Sache, es sei denn, daß der Verkäufer annehmen konnte, sie seien dem anderen Theile bekannt oder dieser werde, auch wenn er sie kenne, kein Gewicht auf sie legen.<sup>6</sup>

Nur die Vorspiegelung solcher Thatfachen bildet einen Betrug, die, wenn sie richtig wären, rationellerweise auf den Entschluß, das Geschäft abzuschließen, Einfluß haben konnten. Nicht in Betracht kommt die Vorspiegelung von Thatfachen, welche höchstens die Stimmung des anderen Theiles beeinflussen konnten, aber in Wirklichkeit ohne Bedeutung für den Kontraktsschluß sind.<sup>7</sup>

Der betrogene kann nach seiner Wahl entweder Beseitigung der Folgen des betrügerischen Geschäftes, sowie Schadensersatz wegen Ver-

3) Die *actio doli* hat Ciceros Freund Aquilius Gallus zuerst aufgestellt: Cicero *de natura deorum* III, 30; *de off.* III, 14. Ueber die Einführung der *exceptio doli* vgl. I. 4 § 33 D. de dol. mal. exc. 44, 4, Rudorff, *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* Bd. 12 S. 166; Vangerow Bd. 1 § 185 Anm. 1. Bei den *bonae fidei iudicia* machte man die Ansprüche wegen Betruges durch die Kontraktklage geltend. Dies gilt heutzutage bei allen Geschäften.

4) Nach römischem Rechte hafteten die Erben des Betrügers nur soweit, als *betras* in Folge des Betruges an sie gelangt war, I. 17 § 1, I. 29, I. 30 D. de dol. mal. 4, 3. Der Umfang der Haftung nach heutigem Rechte wird im Obligationenrechte erörtert werden.

5) I. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Florentinus libro 8 institutionum. *Solum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat.*

6) R.G. Bd. 1 S. 299, vgl. I. 11 § 5 D. de a. e. v. 19, 1, I. 35 § 8 D. de contr. empt. 18, 1. Anders R.G. in Strafsachen Bd. 2 S. 430. Siehe ferner R.G. Bd. 5 S. 177.

7) Daher sind in der Regel Erklärungen eines Geschäftsmannes gegenüber einem anderen Geschäftsmanne über den allgemeinen Stand der Preise oder über die von ihm in anderen Geschäften geforderten oder gewährten Preise unverbindlich. Unter Umständen können aber auch solche Erklärungen als betrügerische anzusehen sein. R.D.S.G. Bd. 9 S. 305.

eitelung des erhofften fordern — Rescissionsklage —, oder er kann Vergütung der Werthdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft, bei dem er es beläßt, beanspruchen — Differenzklage.<sup>8</sup>

#### IV. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

##### a) Bedingungen.

##### § 105. Wesen der Bedingungen.<sup>1</sup>

Bedingungen — condiciones — sind einem Rechtsgeschäfte willkürlich zugefügte Bestimmungen, wodurch seine Rechtswirkungen von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig gemacht werden.<sup>2 3</sup>

Das Wesen des bedingten Geschäftes besteht darin, daß es seine

8) Die älteren Schriftsteller unterscheiden *dolus causam* dans, wenn ohne den Betrug das Geschäft nicht abgeschlossen wäre, und den *dolus incidens*, wenn der Betrug nur einzelne Modalitäten des Geschäftes herbeiführte. Beim *dolus causam* dans sollte das Geschäft nichtig, beim *dolus incidens* nur anfechtbar sein. Dies ist quellenwidrig. Betrug als solcher begründet stets nur Anfechtbarkeit. Neuerdings wird häufig behauptet, daß der betrogene beim *dolus causam* dans eine Rescissionsklage habe, daß er aber beim *dolus incidens* auf die Differenzklage verwiesen sei. So z. B. Vangerom Bd. 3 § 605 S. 274; Windscheid Bd. 1 § 78 Anm. 7. Die hierfür angeführten Quellenstellen beweisen dies nicht. In der l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19, 1 wird eine Rescissionsklage zugestanden, *si quis virginem se emere putasset, quum mulier esset et sciens errare eum venditor passus est, in l. 13 § 4 D. eod. eine Differenzklage, „si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est...“*. Eine Täuschung über die Kunst des Sklaven kann gewiß nicht minder *causam* dans sein, wie die über die Jungfräulichkeit der Sklavin. Betrogenen stehen eben beide *petita* offen, die eine Stelle hat das eine, die andere das andere im Auge. Es wäre auch nicht zweckmäßig, dem betrogenen, welcher das Geschäft aufrufen will, aufzulegen, außer dem Betrug zu beweisen, daß er durch den Betrug zum Geschäfts-schluss selbst bestimmt wurde. Dies wird thatsächlich meist mehr oder weniger zweifelhaft bleiben.

1) Die älteren Hauptwerke citirt Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 360. Im Jahre 1859 beklagte Fitting — in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 24 — die unbegreifliche Vernachlässigung, welche die Lehre von den Bedingungen erfahren habe. Sie ist seitdem ein bevorzugtes Thema der Civilisten geworden. Vgl. vorzugsweise Savigny Bd. 3 § 116; Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 n. 13; Scheurl, Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 1871 S. 69 ff.; Emmecerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermines 1871; D. Wendt, vom bedingten Forderungsrechte 1872, das bedingte Forderungsrecht 1873; Abdies, Bedingungen 1876; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 76, 107.

2) Diese Definition ist die herkömmliche. Vgl. die Zusammenstellung bei Fitting, Begriff der Bedingung im Archive für civ. Praxis Bd. 39 S. 309 ff.

3) Das Wort Bedingung — *condicio* — ist vieldeutig. Man bezeichnet als Bedingung einmal den Bestandtheil der Willenserklärung, welcher das Geschäft von einem Thatbestand abhängig macht, dann diesen Thatbestand selbst. Vgl. noch Abdies a. a. D. S. 5. — In einem anderen Sinne versteht man unter Bedingungen eines Geschäftes alle getroffenen Vereinbarungen. In diesem Sinne sprechen wir von „Geschäftsbedingungen“.

Bestimmungen den Eventualitäten der Zukunft akkommodirt.<sup>4</sup> Sehr häufig hat die Bedingung den besonderen Zweck, den anderen Theil zu einem Handeln oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Es wird z. B. eine lechtwillige Zuwendung an die Ehe mit einer gewissen Person oder an das Nichtwiederverheirathen geknüpft, oder einem Makler eine Prämie für den Fall zugesagt, daß der Verkauf unseres Grundstückes zu Stande kommt. Indem man hierbei die Geschäftswirkung formell in Abhängigkeit von Ereignissen der Zukunft setzt, sucht man diese Ereignisse herbeizuführen und zu gestalten. Dies geschieht nicht so, daß man dem anderen Theile Verbindlichkeiten auflegt, sondern der Art, daß man ihm Vortheile anbietet, wenn er unseren Wünschen entsprechend handelt.<sup>5</sup>

Die Bedingung beruht auf der Willkür der Betheiligten, auf ihrer besonderen Vorsorge für die Zukunft. Hierdurch unterscheidet sich die Bedingung im engeren Sinne — *condicio facti* — von der Rechtsbedingung — *condicio juris*.<sup>6</sup> Die Rechtsbedingungen machen die Wirkksamkeit gewisser Geschäfte von Rechtswegen von künftigen Ereignissen abhängig. Es sind beispielsweise die lechtwilligen Verfügungen an die Rechtsbedingung geknüpft, daß der bedachte den Erblasser überlebt.

Jedes bedingte Geschäft bewirkt einen Schwebezustand, enthält eine Ungewißheit. Nicht wenige Schriftsteller setzen diese Ungewißheit in den Willen. Der Wille mache sich abhängig von der Wirklichkeit eines äußeren Umstandes.<sup>7</sup> In der That ist aber nicht der Wille ungewiß, sondern sein Erfolg — das Rechtsgeschäft in diesem Sinne. Der bedingt verfügende hat einen bestimmten Plan; er will, daß sich die Verhältnisse unter der einen Eventualität so, unter der entgegengesetzten Eventualität anders gestalten.<sup>8</sup>

4) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abth. 1 S. 164 3. Auflage.

5) l. 41 D. de contr. emt. 18, 1. Julianus libro 3 ad Ursejum Ferocem. Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut essetis sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Julias liberaret, quaesitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret: respondit... si sub condicione facta emptio est, non poterit agi ut condicio impleatur. Die Lehre von den Bedingungen wird zum großen Theil durch den Gedanken beherrscht, daß ihre Hauptbestimmung war, eine Thätigkeit oder Unterlassung des bedingt berechtigten hervorzurufen. Es ist dies die „Unterströmung“, aus welcher sich zahlreiche Rechtsätze dieser Lehre erklären, die sonst schwer zu rechtfertigen wären.

6) l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1, l. 21 D. de cond. et dem. 35. 1; Eisele, zur Lehre von den conditiones juris im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 4.

7) So namentlich Fitting über den Begriff der Bedingung im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 n. 13.

8) Vgl. Scheurl a. a. D. S. 75.

Die Bedingungen haben sich aller Wahrscheinlichkeit nach zuerst bei den letztwilligen Verfügungen entwickelt. Da diese dazu bestimmt sind, zukünftige Verhältnisse zu regeln, so ergibt es sich gleichsam von selbst, daß man die verschiedenen Eventualitäten der Zukunft in das Auge faßt. Bei Geschäften unter Lebenden sind die Bedingungen erst später in Gebrauch gekommen, bei zweiseitigen Geschäften, wie Kauf, Miete<sup>9</sup> und Gesellschaft,<sup>10</sup> nicht ohne Widerstreben.

Schließlich ist die Zulassung von Bedingungen Regel geworden.<sup>11</sup> Doch gibt es Geschäfte, bei denen eine definitive und fertige Erklärung verlangt wird, Bedingungen also unzulässig sind.<sup>12 13</sup> Bei Geschäften des Familienrechtes ist die Zufügung von Bedingungen sogar überwiegend ausgeschlossen. Eine bedingte Eheschließung,<sup>14</sup> Kindesannahme,<sup>15</sup> Anerkennung eines Kindes ist unzulässig. Bedingte Verlöbniße sind jedoch gültig.

9) Gaj. Inst. III § 146 ... jam enim non dubitatur quin sub condicione res venire aut locari possint, l. 20 pr. D. locati 19, 2.

10) l. 6 C. pro socio 4, 37 Justinianus ... de societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest.

11) Nach älterem Rechte waren Bedingungen insbesondere bei mancipatio fragm. Vat. § 329 und in jure cessio, fragm. Vat. § 49 ausgeschlossen. Auch der cognitor konnte nicht bedingt bestellt werden, dagegen konnte ein procurator unter Bedingungen und Zeitbestimmungen ernannt werden, l. 3 D. de proc. 3, 3.

12) l. 77 D. de reg. jur. 50, 17. Papinianus libro 28 quaestionum. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem. nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt ... Vgl. Enneccerus, Suspensivbedingungen §§ 3 ff.; Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 164 ff.; Beckmann, Kauf Bd. 1 S. 237. Von den aufgeführten Rechtsakten gehören dem heutigen Rechtsverkehr noch Erbschaftsantritt und Emancipation an. Nicht bloß eigentliche Bedingungen, sondern Zusätze jeder Art, welche die Form von Bedingungen oder von Zeitbestimmungen haben, sollen vernichtend wirken. Es darf sich in der Erklärung kein Zweifel darüber aussprechen, daß der bezweckte Zustand wirklich unmittelbar eintrete. Nicht kann aber heutzutage nicht gefordert werden. Eine Erklärung z. B. über den Erbschaftsantritt in der Fassung: ich trete die Erbschaft an, wenn sie nicht bereits von meinem Vertreter rechtsgültig für mich angetreten ist, kann unmöglich als nichtig angesehen werden.

13) In manchen Fällen ist die Verfügung gültig, die Beschränkungen werden gestrichen; so Zeitbestimmungen und Resolutivbedingungen bei Erbeseinsetzungen. Nach der C.P.D. §§ 79, 80 muß man Bedingungen, die einer Prozeßvollmacht zugefügt sind, soweit es sich um das Verhältniß zum Prozeßgegner handelt, für nicht geschrieben ansehen. Das gleiche gilt für Bedingungen der Vollmacht eines Prokuristen, S.O.B. Art. 43.

14) Dies nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875.

15) l. 34 D. de adoptionibus 1, 7.

## § 106. Form und Arten der Bedingungen.

Die einfachste Form der bedingten Willenserklärung ist die des Konditionalsatzes mit „wenn“, „si“.<sup>1</sup> Nicht immer wählt aber der Verkehr diese prägnante Form. Man sagt z. B., du erhältst das Darlehen unter der Voraussetzung, daß dein Haus innerhalb eines Jahres fertig gestellt wird. Dies ist Bedingung. Man spricht auch wohl den einheitlichen Gedanken in verschiedenen Sätzen aus, z. B. ich verspreche dir das Darlehen, dasselbe wird dir nach Vollendung des Baues deines Hauses ausbezahlt werden.

Daß bedingende Ereigniß kann ein thatsächliches sein, z. B. wenn N. stirbt, oder ein rechtliches, z. B. wenn mir N. ein Darlehen gewährt.

Die Haupteintheilungen der Bedingungen sind folgende:

a) die Bedingungen sind affirmative, wenn sie eine Veränderung, negative, wenn sie eine Nichtveränderung zur Erfüllung fordern.

Die Fassung der affirmativen Bedingung ist meist eine bejahende, die der negativen eine verneinende. Doch wäre es irrthümlich, hierin das entscheidende Kriterium zu sehen. Es ist gleichgültig, ob man sagt, „wenn du ledig bleibst“ oder „wenn du nicht heirathest“. Die Bedingung ist in beiden Fassungen eine negative, weil sie eine Nichtveränderung verlangt.

b) Die Bedingungen sind entweder potestative oder kasuelle.<sup>2</sup>

Die potestativen Bedingungen verlangen zur Erfüllung eine Handlung oder Unterlassung des bedingt berechtigten. Sie sind rein potestativ, wenn ihre Erfüllung nach Lage der Umstände ausschließlich vom Willen des bedingt berechtigten abhängig ist, z. B. „wenn er will“ oder „wenn er den N. zum Erben einsetzt.“<sup>3</sup> Sie sind gemischt, wenn ihre Erfüllung nicht bloß vom Willen des Berechtigten abhängt, z. B. „wenn du den X. heirathest.“<sup>4</sup>

1) Vgl. Scheurl, Nebenbestimmungen S. 84.

2) l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51; Maaßen, Civ. Erörterungen I. Potestativbedingungen.

3) Hiervon handelt l. 4 § 1 D. de hered. inst. 28, 5. Ulpianus libro 4 ad Sabinum. Puto recte generaliter definiri: utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est: potest enim et haec „si Alexandriam pervernerit“ non esse in arbitrio per hiemis condicionem, potest et esse, si ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest et haec „si decem Titio dederit“ esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere...

4) Manche nennen Potestativbedingungen auch solche, deren Erfüllung vom Willen des bedingt verpflichteten abhängig ist, code Napoléon art. 1169 ff., Windscheid Bd. 1 § 89 Anm. 14. Dem römischen Sprachgebrauche ist dies fremd. Mit Recht.

Eine wichtige Unterart bilden die negativen Potestativbedingungen — *condiciones in non faciendo* —, welche von dem bedingt berechtigten eine Unterlassung, z. B. das Nichtwiederheirathen, fordern.<sup>5</sup>

Kasuell sind die Bedingungen, deren Erfüllung von dem Willen des bedingt berechtigten völlig unabhängig ist. Es kann sich hierbei um Naturereignisse handeln, z. B. im Falle der Wiederholung eines Erdbebens, oder auch um Handlungen Dritter, z. B. wenn A. die B. heirathet.

c) Man theilt die Bedingungen endlich ein in aufschiebende — *suspensive* — und in auflösende — *resolutive*.

Die aufschiebenden Bedingungen setzen das Zustandekommen des Geschäftes in Abhängigkeit. Aufschiebende Bedingungen können auch einzelne Modalitäten eines an sich unbedingten Geschäftes bedingen.<sup>6</sup> Man behält sich z. B. bei einem Verkaufe vor, daß die Zahlung des Kaufpreises in gewissen Aktien statthaft ist, wenn sie einen regelmäßigen Börsenkurs erlangen sollten.

Die Resolutivbedingungen bezwecken die Auflösung eines Geschäftes für den Fall des Eintretens der Bedingung. Es wird z. B. ein Kauf abgeschlossen, aber er soll aufgelöst sein, wenn der bedungene Kaufpreis nicht zum bestimmten Termine bezahlt wird.

Mittels der Resolutivbedingung wird dem Geschäfte ein Nebenvertrag eingefügt, nach welchem dasselbe für den Fall des Eintretens gewisser Eventualitäten aufgehoben wird. Man würde daher korrekter von einer bedingten Resolutivklausel reden.<sup>7</sup> Die Bedingung der Resolutivklausel ist eine aufschiebende. Aber sie bedingt nicht das

---

erklärt sich Arndts § 67 Anm. 1 gegen eine solche Erweiterung. In Folge derselben würden ungleichartige Dinge mit demselben Ausdruck bezeichnet, und dies ist störend und verwirrend.

5) l. 7 pr., l. 67 D. de cond. et dem. 35, 1; l. 7 D. de verb. obl. 45, 1.

6) *Adides*, Lehre von den Bedingungen S. 28.

7) So sprechen sich in der That die römischen Juristen aus, l. 2 D. de in diem addicione 18, 2. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est, et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.* vgl. 14 pr. D. eod. l. 1 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Hiernach stellt auch Paulus libro 54 ad edictum l. 2 § 3 D. pro emptore 41, 4 die Frage, ob eine Klausel eine aufschiebende oder auflösende Bedingung enthalte, folgender Art: *sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur — emptio — quam implebitur.*

Hauptgeschäft, sondern den Nebenvertrag, welcher in dasselbe den Keim der Vernichtung legt.<sup>8</sup>

### § 107. Uneigentliche Bedingungen.

Uneigentliche Bedingungen haben die Form, nicht aber das Wesen der Bedingungen.

Einige sind wirkungslos. Wir können sie Scheinbedingungen nennen. Andere haben juristische Bedeutung, obgleich sie keine wahren Bedingungen sind.

1. Scheinbedingungen sind die sog. *notwendigen* Bedingungen, d. h. Ereignisse, welche sich unausbleiblich vollziehen müssen. Sie können negative sein. Mit Unrecht hat man häufig solche Bedingungen als negativ unmögliche bezeichnet;<sup>1</sup> es handelt sich nicht um eine Unterart der Unmöglichkeit, sondern um Nothwendiges.

Nothwendige Bedingungen sind ohne rechtliche Bedeutung. Das Geschäft kommt zu Stande, wie wenn sie nicht zugefügt wären.<sup>2</sup> Es kann aber in ihnen eine Befristung liegen. Verspricht z. B. A. dem B. 100, wenn C. sterben sollte, so ist dies keine Bedingung, sondern eine Befristung.<sup>3</sup>

2. Bedeutungslos ist auch die bloße Wiederholung einer Rechtsbedingung. Der Erblasser bestimmt z. B.: „wenn mich meine Frau überlebt, soll sie meine Erbin sein.“ Es kann ohnehin nur Erbe werden, wer den Erblasser überlebt. Oder er sagt: „wenn meine Erben die Erbschaft angetreten haben, sollen sie dem Titius 1000 als Vermächtniß zahlen.“ Auch dieser Zusatz ist bedeutungslos. Denn Vermächtnisse werden von Rechtswegen nur geschuldet, wenn die Erbschaft angetreten wird.<sup>4</sup>

8) Diese Auffassung hat namentlich Thibaut, *civilistische Abhandlungen* S. 360 ff. vertreten. Sie ist die herrschende; doch finden sich auch Dissidenten, siehe Windscheid *Vb.* 1 § 86 Anm. 6, der aber mit Recht bemerkt: welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Vgl. die Stellen der Anm. 8.

1) 1. 7 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 6 ad Sabinum geht von solcher Auffassung aus. *Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi „si in caelum non ascenderit“: nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet, vgl. Scheurl a. a. D. S. 107.*

2) 1. 9 § 1 D. de novat. 46, 2. Eine Folge zieht aus dem Satz 1. 18 D. de cod. indebiti 12, 6.

3) Vgl. 1. 8 D. de verb. obl. 45, 1.

4) Logisch denkbar ist allerdings, daß der Erblasser den Erbschaftsantritt zur wahren Bedingung des Vermächtnisses machen wollte. Dies könnte von Bedeutung werden. Denn das Vermächtniß wird mit dem Tode des Erblassers erworben

3. Auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellte Bedingungen — in praeteritum oder in praesens collatae — sind keine wahren Bedingungen; denn sie knüpfen das Rechtsgeschäft an etwas schon entschiedenes.<sup>5</sup> Es handelt sich hierbei nur um eine Aufklärung über das bereits Geschehene, welche die Folgezeit giebt, nicht um die Erfüllung einer Bedingung.

4. Auch unmögliche Bedingungen sind nur uneigentliche. Es sind dies Bedingungen, die sich nicht erfüllen können.

Unmögliche Bedingungen vernichten, wenn sie als aufschiebende

und geht auf die Erben des Vermächtnisnehmer über, wenn es bloß von einer Rechtsbedingung abhängig ist; ist es aber von einer wahren Bedingung abhängig, so wird es erst mit deren Eintritt erworben und geht verloren, wenn der Vermächtnisnehmer vorher stirbt. Den Römern lag nun nach dem Grundsatz, daß überflüssiges nicht zu unterstellen sei, nahe, in jenem Zusatz eine wahre Bedingung zu finden. Doch erklärte sich die herrschende Ansicht der römischen Juristen dagegen. Ulpianus libro 5 disputatum, l. 19 § 1 D. de cond. et dem. 35. l. Haec scriptura „si Primus heres erit, damnas esto dare: pro condicione non est accipienda: magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam condicionem inseruit: nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret condicionem, vgl. l. 22 § 1 D. quando dies 36. 2. l. 107 D. de cond. 35. 1, ferner l. 12 D. de cond. inst. 28. 7. Woraus ergibt sich die besondere Absicht, den Erbschaftsantritt zur wahren Bedingung des Vermächtnisses zu machen? Es ist dies dann der Fall, wenn die Fassung des Testaments keinen Zweifel darüber läßt, daß der Erblasser jeden Satz, jedes Wort in seiner prägnantesten Bedeutung erfasst hat, daß alle juristischen Feinheiten gewahrt werden sollten, so daß die Annahme der Wiederholung von selbstverständlichem und überflüssigem ausgeschlossen ist. Solche Testamente mochten in Rom vorkommen, in Deutschland ist eine Subtilität in der Wahl der Ausdrücke, wie sie hier vorausgesetzt ist, unerhört. Hier ist die Ausnahme, welche Ulpian als möglich setzt, unpraktisch. — Eine wahre Bedingung nahmen die Römer an, wenn der Erblasser das Legat an den Zusatz knüpfte: „wenn es der Legatar will“, l. 69 D. de cond. et dem. 35. l. 1. § 1 D. de leg. I. Dies um deswillen, weil von Rechtswegen das Legat ohne Wissen und Willen des Legatars erworben wird, aber durch ihn zurückgewiesen werden kann. Der Zusatz enthält also etwas vom Rechte verschiedenes — eine Bedingung. Der heutige Erblasser wird so fein nicht distinguieren. Er will in der Regel durch eine derartige Bestimmung das dem Legatar zustehende Repudiationsrecht hervorheben und thut dies in ungenauer Weise. Auch in diesem Zusatz kann man daher im Zweifel derzeit eine wahre Bedingung nicht sehen. Doch können besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, daß der Erblasser den Erwerb des Legates von der persönlichen Entscheidung des Legatars abhängig machen wollte.

5) l. 37 D. de reb. ered. 12. l. Papinianus libro 1 definitionum: Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur, et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorant, veluti „si rex Parthorum vivit centum mihi dari spondes?“ eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur, l. 38. Scaevola libro 1 quaestionum: Respicendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire, eam debitu iri; l. 39. Papinianus libro 1 definitionum: Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur; l. 10 § 1 D. de condie. inst. 28. 7. Eine besondere Auffassung hat Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 326 ff. und Unger Bd. 2 § 82 Anm. 15; vgl. aber Scheurl a. a. D. S. 100 ff.; Enneccerus a. a. D. S. 99 ff.

gefaßt sind, die Verfügungen unter Lebenden;<sup>6</sup> als Resolutivbedingungen sind sie wirkungslos.

Letztwillige Verfügungen unter aufschiebenden unmöglichen Bedingungen sind rechtsbeständig. Die Bedingung gilt wie nicht geschrieben.<sup>7</sup>

5. Den unmöglichen Bedingungen stehen die unsittlichen gleich. Unsittlich sind Bedingungen, welche eine unsittliche Handlung oder Unterlassung zur Erfüllung fordern, z. B. „wenn du die Fabrik des A. niederbrennst, erhältst du 100.“ Aber auch solche Bedingungen gelten als unsittlich, deren Einfügung dem Geschäfte den Charakter des Unsittlichen aufdrückt, z. B. versprichst du mir 1000, wenn ich dich heirathe. Unsittlich ist nicht der Ehebund, aber unsittlich ist, sich für die Eheschließung belohnen zu lassen.<sup>8</sup>

6. Verplege Bedingungen sind von den unmöglichen verschieden. Sie enthalten einen inneren Widerspruch. Daher vernichten sie als Suspensivbedingungen die Verfügung, und zwar auch die letztwillige.<sup>9</sup> Verplege Resolutivbedingungen sind wie nicht geschrieben.

### § 108. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung.<sup>1</sup>

Die herrschende Ansicht behauptet, es sei unzulässig, Geschäfte durch Bedingungen in die reine Willkür des Promittenten zu stellen. Denn eine Einwilligung unter der Bedingung der Einwilligung sei in der That keine.<sup>2</sup>

Zulässig seien indessen Bedingungen, welche auf eine materielle

6) § 11 J. de inut. stip. 3, 19, l. 1 § 11, l. 31 D. de obl. et act. 44, 7 l. 29 D. de fidejuss. 46, 1, l. 137 § 5 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. aber auch l. 9 § 6 D. de reb. cred. 12, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum. Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condicione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit conductio.

7) Das nähere hierüber im Erbrecht.

8) Ueber Verträge contra bonos mores ist im Obligationenrechte zu handeln.

9) l. 16 D. de condic. institutionum 28, 7. Marcianus libro 4 institutionum: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto“. Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit.

1) Die Fragen, welche hier in Betracht kommen, wurden neuerdings im Anschluß an den Kauf auf Probe in einer Reihe interessanter Aufsätze erörtert. Zunächst behandelte Goldschmidt den Kauf auf Probe eingehend und allseitig in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 5, 9, 11; ihm folgte Fitting daselbst Bd. 2 n. 5; wiederum Unger daselbst Bd. 3 n. 7 und Fitting daselbst Bd. 5 n. 3. Die Resultate dieser Aufsätze stellte zusammen Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 46 n. 11.

2) Die herrschende Ansicht hat namentlich Unger a. a. D. S. 391 ausgeführt. Sie vertritt auch Windscheid Bd. 1 § 93.

Handlung des bedingt verpflichteten oder auf dessen sachverständiges Ermessen gestellt seien.

Mit dieser Theorie stimmt nicht, daß die Quellen und das praktische Leben den Kauf auf Probe kennen, welcher unter der Bedingung geschlossen wird, daß die Waare dem Käufer gefällt.<sup>3</sup> Denn die Erklärung des Gefallens oder Nichtgefallens steht in der reinen Willkür des Käufers.<sup>4</sup>

Das richtige ist wohl folgendes.

Einwilligung unter der Bedingung, daß man das Geschäft künftig wollen wird, ist regelmäßig Erklärung der Nichteinwilligung. Ich schlicke z. B. keinen Kaufvertrag durch die Erklärung auf eine Kaufofferte: „falls ich künftig Zeit und Lust dazu finde, kaufe ich dir die Sache ab,“ wenn auch der Händler antwortet, es sei ihm dies recht.<sup>5</sup>

Es ist gleichwohl nicht unmöglich, ein Geschäft schon jetzt unter der Bedingung künftiger willkürlicher Genehmigung abzuschließen, sofern man dies eben will. So ist es beim Kauf auf Probe. Es liegt hierin nichts widersinniges. Denn der Wille, einen Kontrakt zu schließen, ist ein anderer als der zur Bedingung erhobene Wille,

3) § 4 J. de empt. et vend. 3, 23. *Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti „si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.*

4) H.G.B. Art. 339 Abs. 1. Allerdings stellen manche Schriftsteller in Abrede, daß der Kauf auf Probe ein bedingtes Geschäft sei, vgl. die in Anm. 1 und 2 citirten Schriften. Doch es handelt sich hierbei um Thatfachen, die zu erklären, nicht abzuleugnen sind.

5) Der römischen Jurisprudenz traten zunächst Fälle entgegen, in welchen die Promittenten gerade um deswillen auf ihr künftiges Wollen verwiesen, weil sie sich noch nicht binden wollten. Hiervon abstrahirte man als allgemeine Regel, daß solche Versprechen keine Obligation erzeugten, l. 8 D. de obl. et act. 44, 7. Pomponius libro 16 ad Sabinum. *Sub hac condicione „si volam“ nulla fit obligatio. pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis...* l. 7 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 17, l. 46 § 3, l. 108 § 1 D. de verb. obl. 45, 1, l. 13 C. de contrahenda emptione 4, 38 Diocletianus et Maximianus. In *vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.* Allein dies war doch nur die eine Seite. Die andere ist den Römern nicht entgangen, wie sich in der Anerkennung des Kaufes auf Probe zeigt, vgl. oben Anm. 3. Damit haben sie stillschweigend, aber deutlich rectificirt, worin sie in ihren allgemeinen Ansprüchen zu weit gingen. Das letzte Wort ist eben: es ist eine Frage der Auslegung, ob man sich durch die Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch gar nicht binden, oder ob man sich bedingt binden will. Das erstere nehmen die Römer namentlich an, wenn man verspricht, „si volam“, das letztere „si Stichus mihi placuerit“. Dies entspricht der Weise, wie man sich im Verkehr auszudrücken pflegt. Ähnliche Gedanken hat Fitting a. a. O. verteidigt. Man hat ihm vorgeworfen, er verlange einen Glauben an den Kultus des Wortes, welcher in der Lehre von der Bedingung, Kauf, lektwilliger Verfügung ungreiflich sei, Windscheid Bd. 1 § 93 Anm. 4. Dies trifft keinesfalls unsere Auffassung. Es handelt sich um verschiedene Intentionen. Aber diese Intentionen kleiden sich nach der menschlichen Verkehrsitte in verschiedene Formen

das Geschäft zu bestärken. Ersterer hat nur Bedeutung, wenn er acceptirt wird, letzterer wirkt einseitig mit seiner Abgabe.

Nicht selten behauptet man, daß Bedingungen, deren Erfüllung vom Willen des Promittenten abhängig sei, einer besonderen Behandlung unterlägen, daß insbesondere bei ihnen Rückziehung nicht stattfindet. Dies ist nicht beweisbar.<sup>6</sup>

### § 109. Suspensivbedingungen. Schwebezustand.<sup>1</sup>

Das bedingte Geschäft ist zunächst in einem Schwebezustand — in pendentia. Erst die Folgezeit bringt die Entscheidung, und zwar entweder die Erfüllung der Bedingung — *condicio exstitit* —, womit das Geschäft vollwirksam wird, oder das Ausfallen der Bedingung — *condicio deficit* —, womit es vereitelt ist.

Während der Schweben der Bedingung besteht das erhoffte Recht noch nicht. Aber es besteht bereits ein Recht darauf, daß die Hoffnung nicht verkümmert werde.

1. Das bedingte Recht besteht noch nicht.<sup>2</sup>

Die bedingte Forderung giebt keinen Anspruch auf Zahlung, ja sie kann noch nicht gezahlt werden. Erfolgt aus Irrthum Zahlung, so ist der zahlende, solange die Bedingung schwebt, zur Rückforderung mit der *condictio indebiti* befugt.<sup>3</sup> Nur versteht es sich von selbst, daß unter Umständen dieser Rückforderung entgegengestellt werden kann, daß der bedingte Schuldner kautionspflichtig ist. Ist Zahlung in Kenntniß des Obsehens der Bedingung geschehen, so bildet das gezahlte zunächst eine Geldkaution; erst nach Eintritt der Bedingung dient es der Schuldtilgung.<sup>4</sup>

6) Die Frage behandelt eingehend Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 391. Die Hauptstelle für die Gegenansicht l. 9 § 1 D. qui pot. 20, 4 ist beim Pfandrecht zu berühren.

1) Vgl. Wächter, Würt. P.R. Bd. 2 S. 196 ff.; Scheurl a. a. O. S. 122; Wendt, vom bedingten Rechtsgeschäft S. 2 ff.

2) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1 sagt: si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur... l. 213 D. de V. S. 50, 16, § 4 J. de verb. obl. 3, 15: ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

3) l. 16 pr. D. de cond. indebiti 12, 6. Pomponius libro 15 ad Sabinum. Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest, l. 48 D. eod., l. 38 § 3 D. de solut. 46, 3.

4) l. 16 D. de solut. 46, 3.

Wird Eigenthum unter einer Bedingung übertragen, so bleibt während ihres Schwebens der veräußernde Eigenthümer; er kann die Sache vindiciren,<sup>5</sup> veräußern, belasten.<sup>6</sup> Wird der bedingt berechtigte in den Besitz gesetzt, so erhält er zwar juristischen Besitz, aber nur in der Art eines Pfandgläubigers.<sup>7</sup> Durch Veräußerung kann er sich einer Unterschlagung schuldig machen.

2. Die Anwartschaft des bedingt berechtigten ist eine rechtlich gesicherte.

Es war alte Regel des *jus civile*: *quotiens per eum, ejus interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset.*<sup>8</sup> Es ist wie eine Wiedervergeltung gegenüber dem bedingt belasteten, daß die Bedingung als erfüllt gilt, wenn er deren Vereitelung herbeiführt.

Freilich greift die Regel nicht ein, wenn die Bedingung gerade seiner Entschliebung anheimgestellt sein sollte. Dies ist ganz klar im Falle eines Kaufes auf Probe.

Aber auch Dolus des bedingt verpflichteten ist zur Anwendung der Regel nicht erfordert. Erfordert ist nur, daß er die Erfüllung wider den Sinn des Geschäftes vereitelt.<sup>9</sup>

Der bedingt verpflichtete ist dem anderen Theile wegen schuldhafter Handlungen, insbesondere wegen Beschädigung, Zerstörung der geschuldeten Sache während der Schwebzeit verantwortlich.<sup>10</sup>

5) Vgl. l. 66 D. de rei vind. 6, 1. Hat der Veräußerer den bedingt berechtigten in Besitz gesetzt, so ist derselbe gegen die Vindikation bis zur Entscheidung der Bedingung geschützt, l. 7 § 3 D. de jure dotium 23, 3.

6) Das dingliche Verfügungsrecht wurde dem Veräußerer da entzogen, wo es absolut mit den Anrechten des bedingt berechtigten unverträglich war, so daß seine Ausübung eine *fraus* gegen denselben gebildet hätte, l. 11 D. de manum. 40, 1. l. 34 D. de religiosis 11, 7.

7) Denkbar ist auch, daß der bedingt berechtigte bei der Uebergabe nur bedingterweise juristischen Besitz, zunächst also bloße Detention erhält, l. 38 § 1 D. de a. vel. o. p. 41, 2. Mit Recht hat aber Ihering bestritten, daß diese Konstruktion als die regelmäßige anzusehen sei; es liegt in ihr etwas überaus künstliches. Gegen Ihering erklärte sich jedoch neuerdings Scheurl a. a. O. S. 141 ff.

8) Ulpianus libro 77 ad edictum l. 161 D. de reg. jur. 50, 17. Ulpian hat hier den Ausdruck Julianus in der l. 24 D. de cond. et dem. 35, 1 im wesentlichen wörtlich abgeschrieben. Die Vergleichung der beiden Stellen ergibt, daß in der l. 24 ein „non“ vor „implere“ trotz der Florentina zu ergänzen ist. Daß die Regel zuerst für testamentarische Freilassungen eingeführt war, dann von der Mehrzahl der Juristen auf andere letztwillige Verfügungen übertragen wurde und schließlich bei Geschäften unter Lebenden Anwendung fand, geht aus den Ausführungen Julianus und Ulpianus deutlich hervor. Vgl. noch l. 3 § 9 D. de cond. causa data 12, 4. l. 50 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 5 D. quando dies 36, 2, l. 85 § 7 D. de verb. obl. 45, 1.

9) H. D. S. G. Bd. 21 S. 125.

10) arg. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Der Anspruch wegen der

Er hat Sicherheit zu leisten, und zwar bei Vermächtnissen schlechthin — es habe denn der Erblasser die Kautio erlassen<sup>11</sup> —, bei Geschäften unter Lebenden im Falle des Eintrittes einer Gefährdung.<sup>12</sup>

Der bedingte Anspruch kann im Konkurse des Schuldners angemeldet werden.<sup>13</sup>

Er ist veräußerlich und verpfändbar.<sup>14</sup>

### § 110. Die Entscheidung der Bedingung.

Affirmative Bedingungen sind erfüllt, wenn sich die zur Bedingung gesetzten Begebenheiten verwirklicht haben, und vereitelt, wenn es feststeht, daß dies nicht geschieht.<sup>1</sup> Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn es sicher ist, daß sich nicht ereignet, was nach der Bedingung nicht geschehen soll, und ausgeschlossen, wenn sich dies ereignet.<sup>2</sup> Maßgebend ist für die Beurtheilung nicht der Wortlaut der Bedingung, sondern der Sinn, welcher den Worten zu Grunde liegt.<sup>3</sup>

Zweifel entstehen leicht bei Bedingungen, welche eine Handlung des bedingt berechtigten fordern. Genügt hier, daß sich derselbe zur Handlung anschickt, oder ist deren Vollzug erfordert? An und für sich ist dies Auslegungsfrage.

Bei lektwilligen Zuwendungen besteht aber eine Präsumtion, falls eine Handlung zur Bedingung gesetzt ist, deren Vollzug die Mit-

schuldhaften Handlung wird erst fällig nach Erfüllung der Bedingung. Bis dahin ist auch er — bedingt.

11) l. 2 C. ut in possessionem legatorum 6, 54.

12) l. 41 D. de iudiciis 5, 1, l. 38 pr. D. pro socio 17, 2.

13) Vgl. R.D. §§ 47 Abs. 3, 60, 88, 142, 144, 155 Ziff. 2, 156, 158. Im corpus juris besteht anscheinend eine Antinomie, vgl. l. 6 pr. l. 14 § 2 D. quibus ex causis 42, 4. Dernburg, emtio honorum S. 97 ff.; Wendt a. a. O. S. 38 ff.

14) Bezüglich der bedingten Legate erregt Zweifel l. 41 D. de cond. 35, 1. Vgl. aber R.G. Bd. 8 S. 192 und dort citirte Autoritäten.

1) Ist eine Handlung zur Bedingung gemacht, so muß sie in der Regel sobald als möglich vorgenommen werden, bei unentschuldigter längerer Verzögerung gilt die Bedingung als ausgefallen. l. 29 D. de cond. 35, 1. Julianus libro 1 ad Ursejum Ferozem. Haec condicio „si in Capitolium ascenderit“ sic recipienda est „si cum primum potuerit Capitolium ascendere.“

2) Sind die negativen Bedingungen an eine Zeit gebunden, so sind sie erfüllt, wenn die Zeit verfloß, ohne daß das verpönte Ereigniß geschah. Die Erfüllung negativer Potestativbedingungen, welche an keine Zeit gebunden sind, ergibt sich in der Regel erst mit dem Tode des bedingt berechtigten, da nunmehr erst ausgeschlossen ist, daß er die verpönte Handlung, z. B. eine Wiederverheirathung, noch vornimmt, § 4 J. de verb. obl. 3, 15. Die verpönte Handlung kann jedoch unter Umständen auch früher unmöglich werden, z. B. „wenn du die Titia nicht heirathest“ und die Titia stirbt.

3) l. 101 pr. D. de cond. 35, 1, l. 19 D. eod.

wirkung eines unmittelbar interessirten Dritten fordert. Es genügt dann in der Regel die bloße Bereitschaft des bedingt berechtigten zur Handlung, auch wenn deren Vollzug an der Weigerung des Dritten scheiterte.<sup>4</sup> Man unterstellte, daß eine derartige Handlung um des Dritten willen zur Bedingung gesetzt, und daß es dem Erblasser daher vorzugsweise darauf angekommen sei, daß diesem die Gunst angeboten werde.<sup>5</sup> Auf Geschäfte unter Lebenden ist diese Präsumtion nicht zu beziehen.<sup>6</sup>

Besteht die Bedingung in einer Handlung, die wiederholt werden kann, z. B. in einer Gabe an die Armen von 1000 Mark, so genügt in der Regel nicht, daß eine derartige Handlung zufällig in Unkenntniß der Verfügung geschah. Vielmehr gilt die Bedingung nur als erfüllt, wenn die Handlung in Kenntniß der Verfügung geschah.<sup>7</sup>

Es ist oben ausgeführt, daß es der Erfüllung gleichsteht, wenn der durch das Geschäft verpflichtete kontraktwidrig die Erfüllung der Bedingung hindert.<sup>8</sup>

4) l. 5 § 5 D. quando dies 36. 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum. Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat, quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: ut puta si jussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit, sed et si ita mihi legatum sit, si Sejam ujorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quo minus paream conditioni, sed per alium stat, quo minus impleatur condicio. Vgl. l. 3, l. 11. l. 23 D. de cond. inst. 28. 7.

5) Vgl. Maassen, Erörterungen S. 5 ff. Savigny Bd. 3 S. 138 formulirt die Präsumtion dahin, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung berechnet ist, auf denselben freiwillig verzichtet. Diese Fassung ist zu eng. Denn hiernach müßte erst bewiesen werden, damit die Präsumtion eintrete, daß die Bedingung vom Erblasser im Interesse des Dritten zugefügt war, was z. B. bei der Bedingung, eine bestimmte Person zu heirathen, schwer beweisbar wäre. Gerade dies wird daher bei Bedingungen, bei welchen Dritte mitzuwirken haben, präsumirt, und um deswillen steht die Verweigerung ihrer Mitwirkung der Erfüllung gleich. Der weitere Umfang, welchen Windscheid Bd. 1 § 92 der Präsumtion zuschreibt, läßt sich unseres Ermessens aus den Quellen nicht begründen. Doch waren die römischen Juristen selbst über die Tragweite der Präsumtion nicht einig, vgl. einerseits l. 23 § 2 D. ad legem Aquilianam 9, 2. l. 31. l. 94 pr. l. 112 § 1 D. de cond. 35, 1, l. 20 § 2 D. de statuliberis 40, 7 und andererseits l. 54 § 2 D. de leg. I. bezüglich deren Savignys Konjektur Bd. 3 S. 148 nicht annehmbar ist.

6) So auch Windscheid Bd. 1 § 92 Anm. 3; anderer Ansicht u. a. Savigny Bd. 3 S. 140.

7) l. 2, l. 11 § 1 D. de cond. 35, 1, vgl. jedoch Rengerow Bd. 2 § 43 S. 118.

8) Siehe oben S. 250.

## § 111. Rechtsfolgen der Entscheidung.

Mit dem Ausfallen der Bedingung entscheidet sich die Vereitelung des Geschäftes. Was inzwischen zu seiner Ausführung oder behufs Sicherstellung geleistet wurde, ist zurückzuerstatten. Hierzu steht die Kontraktflage offen.<sup>1</sup>

Die Erfüllung der Bedingung vollendet das Geschäft. Sie bildet ein letztes und wesentliches Element seines Thatbestandes. Deshalb muß die Möglichkeit des Geschäftes jetzt vorhanden sein. Ein bedingter Kauf z. B. wird nur perfekt, wenn die Kaufsache zur Zeit der Erfüllung existirte.<sup>2 3</sup>

Die Erfüllung der Bedingung ist eine rechtbestätigende Thatfache.<sup>4</sup> Um deswillen spricht man von einer Rückziehung — Retrotraktion — der Bedingung.

Die Theorie der Bedingungen verliert ihren Halt, wenn man, wie dies manche thun, die Rückziehung leugnet.<sup>5 6</sup> Aber man geht

1) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 21 D. de sol. 46, 3; vgl. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Ohne Zweifel kann auch der zur Rückstattung Verpflichtete wegen etwaiger Verschuldung in Anspruch genommen werden.

2) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 10 § 5 D. de jure dotium 23, 3. Beim bedingten Kauf trifft daher den Käufer die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber des Unterganges der Kaufsache während der Schwebezeit. Näheres beim Kaufgeschäfte. Ueber die Verantwortlichkeit des Verkäufers, welchem der Untergang der Kaufsache zur Last fällt, vgl. oben S. 250 Anm. 10.

3) Umgekehrt genügt es, daß die Möglichkeit der Kontrakterfüllung im Augenblicke des Eintrittes der Bedingung besteht, wenn sie auch zur Zeit des Kontraktchlusses nicht bestand, l. 31, l. 98 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

4) Vgl. das oben § 82 ausgeführte.

5) Ob die Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist seit langer Zeit kontrovers. Die Kontroverse ist um so hartnäckiger, weil man unter der Rückziehung der Bedingung verschiedenes versteht. Die Hauptschriften über die Frage siehe bei Windscheid Bd. I § 91. Windscheid selbst in seiner Abhandlung: die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1852, und Pandekten §§ 89, 91 hat folgende Theorie: Die Rückwirkung sei Frage der Absicht der Beteiligten; im Zweifel sei sie zu verneinen, in allen Fällen bestehe eine Gebundenheit und zwar eine dingliche. Natürlich bestehe dieselbe nur für den Fall des Eintrittes der Bedingung und nur zu Gunsten des Rechtes des bedingt berechtigten. Uns erscheint die Konstruktion der Rückziehung durchsichtiger und befriedigender. Sie ist die römische: a) Die Rückziehung der Forderungsrechte bezeugt insbesondere l. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4. Gajus libro singulari de formula hypothecaria. Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio, ut potior sit, qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Es wird also das Datum des Geschäftschlusses als maßgebend erklärt. Aehnlich l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6. Paulus „obligatos esse — quasi jam contracta obligatione — in praeteritum.“ b) Bezüglich der bedingten Eigentums-

auch fehl, wenn man sie wie eine Fiktion behandelt, wonach das Geschäft von seinem Abschluß an wirksam wäre.

Die Bedeutung der Retroaktion liegt darin, daß die Zeit des Geschäftsschlusses und nicht die der Erfüllung der Bedingung das Datum des Geschäftes bestimmt. Hierdurch gewinnt es den festen Pol im Rechtsleben.<sup>7</sup> Besonders wichtig ist dies für dingliche Rechte. Die bedingte Eigenthumsübertragung schützt in Folge der Rückziehung den Erwerber gegen alle Verfügungen, welche der Veräußerer bezüglich der Sache noch nach dem Geschäftsschluß vornimmt. Bedingt übertragene dingliche Rechte an fremder Sache, z. B. bedingte Pfandrechte, nehmen ihren Rang unter den dinglichen Rechten nach der Zeit ihrer Bewilligung, nicht nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung ein.

Die Rückziehung der Bedingung hat nicht die Bedeutung, daß dem bedingt berechtigten die Nutzungen der Zwischenzeit zukommen.<sup>8</sup>

übertragung leugnet Vangerow Bd. 1 § 95 S. 146 die Rückziehung, während er sie bei Forderungen und Pfandrechten anerkennt. Er schließt sich hierbei Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 155 Anm. 79 an. So gründlich die Argumentation Vangerows ist, so ist sie doch widerlegbar. Es wäre auch unnatürlich, die Rückwirkung bei Obligationen anzunehmen, nicht aber bei bedingter Eigenthumsübertragung. Einige Stellen, welche Vangerow anführt, insbesondere die l. 9 § 1 D. de jure dotium 23, 3, handeln nicht von einer bedingten Eigenthumsübertragung, sondern von einer Uebereignung, die von einem künftigen ungewissen Zeitpunkt ab — der Eheschließung — geschehen soll. Hier kann freilich eine Rückziehung nicht eintreten. Ob eine derartige Vereinbarung dingliche Kraft habe, war den römischen Juristen, wie es scheint, zweifelhaft. Das Hauptzeugniß für die Rückziehung bedingter Eigenthumsübertragung ist von Vangerow nicht voll gewürdigt. Es ist l. 8 D. de rebus creditis 12, 1. Pomponius libro 6 ex Plautio. Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus: item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Das Darlehen wird von Pomponius als rückwärts hin vom Moment der Hingabe rechtsbeständig bezeichnet, wenn die Bedingung der Uebereignung eintritt. Dies doch offenbar, weil auch der bedingte Eigenthumsübergang auf den Moment der Hingabe zurückgezogen wird. Denn ein Darlehen kann erst mit der Uebereignung entstehen. Durch die Zusammenstellung mit dem Fall, in welchem der Erbe legitimes Geld kreditirt, welches in Folge der Ausschlagung des Legates rückwärts hin als ihm gehörig angesehen wird, tritt der Gesichtspunkt der Rückziehung noch bestimmter hervor. — Das einschlägige Merkmal erörtert vollständig Scheurl, Nebenbestimmungen S. 182 ff., S. 50 ff.

6) Bei bedingten Vermächtnissen tritt die Rückziehung nicht ein. Hier handelt es sich darum, erst in der Zukunft ein Recht zu erschaffen. Das nähere siehe im Erbrecht.

7) Konsequenzen der Rückziehung bedingter Forderungen treten in folgenden Stellen hervor: l. 27 D. pro socio 17, 2, l. 27 pr. D. qui et a quibus 40, 9, l. 14 § 1 D. de novat. 46, 2, l. 16 D. de solut. 46, 3.

8) Für das Recht des bedingt berechtigten auf die Nutzungen der Zwischenzeit erklärt sich Thibaut, civil. Abhandlungen S. 363, welcher ältere Schriftsteller anführt; auch Savigny Bd. 3 S. 152 sieht hierin die Regel, dagegen sind aber die meisten neueren; vgl. Vangerow a. a. D.

Es steht aber nichts im Wege, sie ihm für den Fall des Eintrittes der Bedingung zuzusagen.<sup>9</sup> Ist er bereits durch bedingte Eigenthums-  
tradition in den Besitz gesetzt, so behält er sie regelmäßig, so nament-  
lich beim Kauf auf Probe sowie bei suspensivem Eigenthumsvorbehalt  
bis zur Zahlung des Kaufpreises. Selbstverständlich hat der Käufer  
dann auch den Kaufpreis von der Zeit des Besitzerwerbes an zu ver-  
zinsen.<sup>10</sup>

Das bedingte Recht kann erst von Eintritt der Bedingung an  
durch Klage geltend gemacht werden. In diesem Sinne ist es be-  
fristet.

### § 112. Resolutivbedingungen.<sup>1</sup>

Mit dem Ausfallen der Resolutivbedingung konsolidirt sich  
das Geschäft; seine Bedrohung durch die Resolutivbedingung ist be-  
seitigt. Etwaige für den Fall ihres Eintrittes gestellte Sicherheiten  
sind zurückzuerstatten.

Die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung<sup>2</sup> kann  
eine bloß persönliche oder eine dingliche sein.<sup>3</sup>

a) Der Zweck kann sein, eventuell eine persönliche Verpflichtung  
des Mitkontrahenten zur Wiederherstellung des früheren  
Zustandes zu begründen. In die Rechtsstellung Dritter greift sie  
dann nicht ein. Nur persönliche Wirkung hat z. B. der Vorbehalt

9) l. 64 D. de verb. obl. 45, 1 bezeichnet bestimmt Regel und Ausnahme.

10) Der Erfindungsbesitz des Käufers, welchem der Verkäufer eine ihm nicht-  
gehörende Sache unter einer Bedingung tradirt hat, beginnt erst mit Erfüllung der  
Bedingung. Dies hat man — Vangerow Bd. 1 § 95 — als Argument gegen die  
Rückziehung der Bedingung benutzt. Der Grund liegt aber darin, daß dem Käufer  
in der Zwischenzeit der Glaube, Eigenthümer zu sein, fehlte, „nondum putat se  
emisse“, er hatte also noch nicht die für die Erfindung erforderliche fides. l. 2 § 2  
D. pro emptore 41, 4.

1) Der Begriff der Resolutivbedingung ist oben § 106 entwickelt.

2) Die Wirkung der Resolutivbedingungen besprechen Thibaut, civilistische Ab-  
handlungen S. 359 ff.; Rießer in Linds Zeitchrift Bd. 2 n. 1 und 8; Vangerow  
Bd. 1 S. 96; Fitting in Goldschmidts Zeitchrift Bd. 2 S. 240 ff.; Cylharz, Reso-  
lutivbedingung 1871; Schulin, Resolutivbedingungen und Endtermine 1875; vgl.  
noch weitere Litteratur bei Fitting a. a. D. S. 243; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6,  
§ 90 Anm. 3.

3) Manche Schriftsteller verstehen unter „wahren“ Resolutivbedingungen nur  
solche, die dinglich wirken, vgl. die bei Fitting a. a. D. S. 243 angeführten Schrift-  
stellen. Fitting hat indessen überzeugend nachgewiesen, daß die Römer auch bei bloß  
persönlich wirkenden Klauseln von Geschäften reden, die „sub condicione solvuntur“.  
So namentlich l. 1 D. de donat. 39, 5 und l. 2 C. de cond. ob causam dato-  
rum 4, 6.

der Aufhebung des Kaufvertrages durch den Käufer bei Nichtgefallen der Waare.<sup>4</sup>

b) Die Resolutivbedingung kann mit dinglicher Kraft ausgerüstet sein. Dann ist sie weniger harmlos. Durch ihren Eintritt wird der frühere Rechtszustand von selbst hergestellt und jede auf dem resolutiv bedingten Geschäfte beruhende Veränderung unmittelbar beseitigt. Die Vernichtung betrifft wie den Mitkontrahenten, so auch Dritte, welche Rechte von ihm ableiten. *Resolutio jure concedentis resolvitur jus accipientis*.

Dies ist die herrschende Lehre. Nicht wenige leugnen jedoch die unmittelbare Wirkung der Resolutivbedingung.

Dem älteren römischen Rechte war die dingliche Kraft von Resolutivbedingungen allerdings fremd. Sie kam aber und zwar zunächst bei Verkäufen unter *lex commissoria* und *addictio in diem* zur Anerkennung.

*Lex commissoria* ist die einem Verkaufe beigelegte Klausel, wonach dieser seine Kraft im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises verliert,<sup>5</sup> *addictio in diem* die Klausel des Verkaufes, wonach derselbe kraftlos wird, wenn innerhalb bestimmter Zeit ein besseres Gebot erfolgt.<sup>6</sup> Diese Klauseln würden wenig Werth haben, wenn sie der dinglichen Wirkung entbehrten. Ganz besonders gilt dies von der *lex commissoria*. Sie ist von dem Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Käufers eingegeben; ihr Hauptzweck ist die Gewährung einer dinglichen Sicherung.

Noch zu Anfang der Kaiserzeit behandelte man *lex commissoria* und *addictio in diem* als *Suspensivbedingungen*. Der Zweck, den Verkäufer dinglich zu sichern, wurde damit erreicht. Er behielt das Eigenthum, solange ihm der Kaufpreis nicht bezahlt und solange die für das Einlegen des besseren Gebotes bestimmte Frist nicht ab-

4) l. 3 in fine D. q. m. p. vel hyp. solv. 20. 6. Ulpianus libro 8 disputationum . . . ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisse, pignus hinc non putet. Das vom Käufer vor dem Eintritte der Resolutivbedingung auf die Sache gelegte Pfandrecht bleibt also bestehen. Dagegen ist der Käufer natürlich zur Rückforderung des Kaufpreises nur befugt, wenn er die Kaufsache in der Rechtslage zurückgibt, in welcher er sie erhielt, wenn er sie insbesondere von den Pfandrechten befreit, die während der Zeit seines Eigenthumes entstanden sind. Ueber den Grund, weswegen beim *pactum displicentiae* bloß persönliche Verbindlichkeiten entstanden, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 215.

5) l. 2, l. 4 pr., l. 5 D. de lege commissoria 18, 2.

6) l. 1 D. de in diem additione 18, 2. Paulus libro 5 ad Sabinum. In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximam meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.

gelaufen war. Aber diese Behandlung des Geschäftes war im übrigen den Interessen beider Theile nicht gemäß. In der Zwischenzeit entbehrte der Käufer der dinglichen Verfügungsmacht über die Sache; er gewann an ihr kein Eränzungsrecht; den Verkäufer traf noch die Gefahr des Unterganges.

Den Intentionen und Interessen der Betheiligten entsprach es in höherem Grade, wenn man *addictio in diem* und *lex commissoria* im Zweifel als Resolutivbedingungen mit dinglicher Kraft behandelte. Es geschah dies auf Grund der Autorität von Julian.<sup>7</sup> Resolutivklauseln mit dinglicher Kraft fanden seitdem folgerrecht auch in anderen Fällen Anerkennung.<sup>8 9</sup>

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist folgende. Während

7) 1. 2 §§ 3, 4 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum. Sabinus, si sic empta sit, ut nisi pecunia intra certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia. Sed videamus utrum condicio sit hoc, an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. — Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub conditione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat: quae sententia vera est. Auf die Bedeutung dieser Erörterung für die Geschichte der Resolutivbedingung hat Fitting a. a. D. S. 262 ff. zuerst aufmerksam gemacht.

8) Julian scheint auch die *mortis causa donatio* als resolutiv bedingt zu behandeln, l. 14 D. de mortis causa don. 39, 6. Dies fand freilich nur theilweise und erst allmählig Anflang. Hierüber später.

9) Die dingliche Kraft der Resolutivbedingungen hat vorzugsweise Rießer in *Sindes Zeitschrift* Bd. 2 S. 1 ff., 270 ff. bestritten; vgl. gegen ihn Bangerow Bd. 1 § 96 S. 149 ff. Wenn sich Rießer darauf stützt, daß Eigenthum an den Rückfallsberechtigten nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes nur durch Tradition übertragen werden könne, so ist zu erwidern, daß Eigenthum nicht auf ihn übertragen wird, sondern bei ihm auflebt, und zwar in Folge der Klauseln, unter welchen die Tradition an den Zwischeneigenthümer erfolgte. Die l. 4 § 3 D. de in diem addictione 18, 2 Ulpianus libro 28 ad Sabinum schneidet allein schon den Zweifel ab: Marcellus libro 5 Digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret, — denn mit Rießer vor desinere ein non einzufchieben, ist allzu Kühn. Diese Konjektur tritt auch mit dem Bericht Ulpian's über die Aeußerung von Marcellus in l. 3 D. q. m. p. 20, 6 in unterschiedenen Widerspruch. Hierzu kommt l. 41 D. de rei vind. 6, 1, desgleichen l. 9 D. de aqua et a. p. a. 39, 3, nicht weniger l. 8 D. de lege commissoria 18, 3. Demzufolge giebt Alexander in der l. 4 C. de pactis inter emptorem 4, 54 dem Verkäufer, welcher bei Nichtzahlung des Kaufpreises von der *lex commissoria* Gebrauch machen will, die Bindikation. Selbstverständlich liegt hierin kein Widerspruch mit der l. 3 C. eod. von Alexander: qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. In dem vorgetragenen Falle hatte die Resolutivbedingung nur persönliche Wirkung, weil sie nur dem Kaufgeschäfte, nicht der Eigenthumsübertragung anlebte; diese war nicht *precario*, d. h. hier nicht revokabel gesehen.

des Abschwebens der dinglichen Resolutivklausel hat der Erwerber alle Rechte des Eigenthümers; er kann die Sache veräußern, mit dinglichen Lasten beschweren, vindiciren. Im Fall von Gefährdungen steht dem anderen Theil aber der Anspruch auf Sicherstellung auch gegenüber dritten Erwerbern der Sache zu.

Mit dem Eintritt der Resolutivbedingung lebt der frühere Zustand unmittelbar auf und zwar rückwärts hin.<sup>10</sup> Der Erwerb von Früchten und von Klagrechten durch den Zwischeneigenthümer wird aber nicht schlechthin zunichte gemacht. Nur eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Herausgabe dieser Vortheile aus dem Kontrakt tritt häufig ein.<sup>11</sup>

Dies ist gemeines Recht. Aber nach den meisten deutschen Rechten wirkt die Resolutivbedingung bei Grundstücken nur dann dinglich, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist; und bei Mobilien kommen dem Erwerber vom Zwischeneigenthümer die Rechte zu gute, welche dem redlichen Besitzer nach deutschen Rechten, insbesondere auch nach dem Handelsgesetzbuche<sup>12</sup> gesichert sind.

## b. Zeitbestimmungen.

### § 113. Gewisse und ungewisse Zeit.

Zeitbestimmungen, welche den Rechtsgechäften einverleibt werden, sind bald gewisse, bald ungewisse.

Es kann das Datum des Zeitereignisses ungewiß, also das „wann“ fraglich sein — dies *incertus quando*.

10) Anders Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 255, dem Vangerow Bd. 1 S. 150 und Andts § 7 Anm. 6 beitrifft. Nach Fittings Ansicht wirkt die Resolutivbedingung nicht *ex tunc*; sie giebt dem Rückfallsberechtigten nur *ex nunc*, d. h. vom Eintritte der auflösenden Bedingung an das Eigenthum. Die inzwischen begründeten Rechte sollen nur von jetzt an aufhören, nicht rückwärts hin zusammenfallen. Für zutreffend ist diese Ansicht von Fitting nicht zu halten; vgl. Windscheid § 91 Anm. 3 und dort citirte. In l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2 und l. 3 D. q. m. p. s. 20, 6 wird allerdings hervorgehoben, die vom Zwischeneigenthümer bestellten Pfandrechte endigten; ob dies aber *ex nunc* oder *ex tunc* geschieht, bleibt offen. In der l. 9 D. de aqua 39, 3 erklärt Paulus libro 49 ad edictum: *In diem addicto praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emptorem, sive recesserit, certum sit voluntate domini factam esse cessionem*. Dies ist entscheidend, und zwar gegen Fitting. Der Eigenthümer muß die Cession vornehmen; wer dies während des Abschwebens der Bedingung ist, steht endgültig noch nicht fest. Deshalb muß der Verkäufer wie der Käufer mitwirken, denn nur dann steht es fest, daß der Eigenthümer consentirte. — Daß die Rückziehung dem Charakter der Resolutivbedingung entspricht, scheint uns offensichtlich.

11) Vgl. namentlich l. 4 § 4 D. de in diem addict. 18, 2.

12) H.G.B. Art. 306 ff.

Es kann aber auch der Eintritt des Zeitereignisses ungewiß, also das „ob“ fraglich sein — dies *incertus an*.

Die Ungewißheit der ersteren Art können wir als relative, die der letzteren als absolute bezeichnen.

Beides kann sich kreuzen. Es sind folgende Kombinationen möglich:

a) Eintritt und Datum der Zeit sind gewiß, z. B. „1. Februar 1885“ oder „3 Monate a dato“. Es ist nicht wesentlich, daß das Datum den Beteiligten genau bekannt ist, z. B. „Ostern übers Jahr.“

b) Der Eintritt des Zeitereignisses ist gewiß, sein Datum ungewiß, z. B. am Todestage des X. Es gehört hierher die Zahlbarkeit einer Summe „nach Kündigung“; denn mit Grund ist nicht daran zu zweifeln, daß die Forderung künftig einmal gekündigt werden wird; ebenso die Vereinbarung der Zahlung des Kaufpreises „nach Belieben“, das heißt nichts anderes, als: längstens in angemessener Frist.<sup>1</sup>

c) Das Datum des Zeitereignisses ist gewiß, sein Eintritt ungewiß, z. B. „bei deiner Großjährigkeit“.

d) Datum und Eintritt des Zeitereignisses sind ungewiß, z. B. „am Tage deiner Verheirathung“.

Die Einordnung von Vereinbarungen unter diese Kategorien hat nicht nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem Sinne zu geschehen. Es werden z. B. in den Gutsüberlassungsverträgen nicht selten dem Gutsübernehmer Abfindungen an seine Geschwister aufgelegt, welche bei der Großjährigkeit oder selbständigen Etablierung der Abfindlinge zahlbar werden. Und dennoch ist die Abfindung in der Regel nicht ihrer Existenz nach ungewiß, sie vererbt sich vielmehr auf die Erben der Abfindlinge. Denn die Meinung ist, daß sie schlechthin geleistet werden und nur ihre Fälligkeit aufgeschoben sein soll, solange der Abfindling seinen Unterhalt auf dem Hofe finden kann.<sup>2</sup>

#### § 114. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen.<sup>1</sup>

Nicht alle Rechtsgeschäfte lassen Zeitbestimmungen zu. Es giebt Geschäfte, wie Adoption, Emancipation, Erbschaftsantritt, welche durch

1) R.D.G.G. Bd. 10 S. 234.

2) R.G. Bd. 8 S. 140, vgl. 1. 48 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, 1. 26 § 1 D. quando dies legat. 36, 2, 1. 5 C. h. t. 6, 53.

1) Scheurl, Nebenbestimmungen S. 21 ff.

Zeitbestimmungen vernichtet werden.<sup>2</sup> Eine befristete Erbeseinsetzung ist gültig, aber die Zeitbestimmung gilt wie nicht zugefügt.<sup>3</sup>

Die Zeitbestimmungen bilden entweder Anfangstermine oder Endtermine.<sup>4</sup>

1. Wesentlich verschieden ist die Wirkung des gewiß eintretenden und des absolut ungewissen Anfangstermins.

Rechte unter gewissem Anfangstermine bestehen bereits, aber ihre Geltendmachung ist aufgeschoben.

Dies war früher die allgemeine Auffassung.<sup>5</sup> Neuerdings behauptet man meist, das befristete Recht sei Zukunftsrecht, es beginne erst mit dem Eintritt der Bedingung.<sup>6</sup> Dies ist nicht richtig. Es bildet dasselbe ein rechtlich gesichertes Gut, das meinem Vermögen zugehört; nur seine Geltendmachung ist aufgeschoben. So wird es im Rechte behandelt und in den Rechtsquellen charakterisirt.

Dies gilt für Forderungsrechte,<sup>7</sup> Pfandrechte,<sup>8</sup> Servituten.<sup>10</sup>

2) l. 77 D. de R. J. 50, 17, siehe oben § 105 Anm. 12 S. 242.

3) l. 34 D. de her. inst. 28, 5.

4) Die neueren nennen Anfangstermine *dies a quo*, Endtermine *dies ad quem*. Die Römer sagen *ex die* und *ad diem* l. 34 D. de hered. inst. 28, 5. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1, fragm. Vaticana § 50. In diem wird häufig für Anfangstermine gebraucht: § 2 J. de verb. obl. 3, 15, l. 10 D. de cond. indeb. 12, 6. l. 213 pr. D. de V. S. 50, 16, l. 22 D. de cond. inst. 28, 7, anders aber in l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

5) Vgl. Savigny Bd. 3 § 126, Wächter, Würt. P.R. Bd. 2 § 97.

6) So zuerst Unger, Destr. P.R. Bd. 2 § 83 Anm. 6 und 7. Seitdem ist die Theorie in das Schwanken gerathen und krankt. Arnolds hat sich § 73 Anm. 6 seit der 3. Auflage an Unger angeschlossen; das gleiche thut Windscheid Bd. 1 § 96 Anm. 5, jedoch keineswegs mit voller Entschiedenheit. Gegen die Ansicht von Unger hat sich im wesentlichen Scheurl a. a. O. S. 29 erklärt.

7) Sehr deutlich spricht sich aus l. 46 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 12 ad Sabinum. „Centensimis kalendis dari“ *utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*. Obligationen, die erst in der Person des Erben des Gläubigers entstanden, waren zur Zeit des Paulus ungültig. Aber die hier besprochene war gültig, denn nur die Fälligkeit war in eine ferne Zukunft hinausgeschoben, nicht der Beginn. In gleichem Sinne charakterisirt das Verhältniß l. 213 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum. „Cedere diem“ significat incipere deberi pecuniam: „venire diem“ significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Die Kunstausdrücke *cedere diem* und *venire diem* erklärt Scheurl a. a. O. S. 34 dadurch, daß die Zeit als ein bewegliches Ding gedacht werde, das einen Punkt des Raumes verlaesse — *cedit* — und dann durch Vollendung der Bewegung an einem bestimmten anderen ankomme — *venit*. Unger beruft sich für seine Ansicht auf l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 74 ad edictum praetoris. *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem, ex die veluti „kalendis Martiis dare spondes“? ejus natura haec est, ut ante diem non exigatur*. Unger betrachtet den Ausdruck *incipit obligatio* als „den ganz genauen“; dies thut aber Paulus selbst nicht, da er ihn schließlich dahin erklärt, daß vor dem Termine nichts gefordert werden kann. Daher erklärt Paulus libro 7 ad Sabinum: *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*.

Anderß aber steht es allerdings mit der Verleihung des Eigenthumsrechtes von einem Anfangstermine ab.<sup>11</sup> Der Erwerber wird Eigenthümer erst mit Eintritt des Termines; bis dahin hat er nur ein dingliches Recht auf den Erwerb des Eigenthumes. Dies ist in dem eigenartigen Wesen des Eigenthumsrechtes begründet. Als das generelle und ausschließliche Herrschaftsrecht über eine Sache kann es in der Zeit nicht entstehen, in welcher ein anderer noch Eigenthum hat.

Rechte, die erst von einer absolut ungewissen Zeit ab zur Existenz kommen sollen, bestehen noch nicht. Solche Befristungen haben zugleich einen bedingenden Charakter.

Vermächtnisse stehen, auch wenn sie an ein relativ ungewisses Zeitereigniß geknüpft sind, bedingten gleich. Denn der Vermächtnißnehmer erwirbt das Vermächtniß nur, wenn er jenes Ereigniß erlebt.<sup>12</sup>

2. Gewisse Rechtsverhältnisse sind normalerweise auf temporäre Wirksamkeit angelegt.<sup>13</sup> Hierher gehören Miethe, Mandat, Gesellschaft, Nießbrauch.<sup>14</sup> Die Zufügung eines Endtermines steht hier im Einklang mit ihrer Natur. Er begrenzt das Rechtsverhältniß, betrifft aber die aus ihm erwachsenen Ansprüche nicht.

Rechte anderer Art widerstreben einer Begrenzung durch Endtermine. Insbesondere verhält sich das Eigenthumsrecht spröde gegen Endtermine. In der klassischen Zeit ließ man nur Verträge zu, durch welche sich der Erwerber persönlich zur Rückerstattung nach einer

8) Windscheid unterscheidet den Fall, wo jemand einen nach 3 Monaten fälligen Wechsel acceptirt — hier soll noch nichts geschuldet werden — und den Fall, in welchem ein Darlehen rückzahlbar nach drei Monaten gegeben werde; hier soll die Darlehensschuld sofort entstehen, aber durch pactum de non petendo ein Ausstand bewilligt werden. Daß diese Unterscheidung unhaltbar ist, wurde bereits früher bemerkt, vgl. oben § 82 Anm. 4. Es ist weder richtig, daß die Wechselschuld noch nicht existirt, noch auch richtig, daß die Befristung des Darlehens auf einem besonderen Nebenvertrage beruht. Sie ist eine dem Darlehen inhärirende Bestimmung.

9) l. 12 § 2 D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 14 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

10) Vgl. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1. Daß die Beschränkung der Servitut nur durch pacti oder doli exceptio geltend gemacht wurde, beruht auf historischen Gründen.

11) Ulpianus libro 51 ad edictum, l. 9 § 2 D. usufructuarius quemadmodum 7, 9. Plane si ex die proprietatis alicui legata sit, usufructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem ejus perventuram.

12) l. 75, l. 79 § 1 D. de cond. 35, 1, l. 4 D. quando dies 36, 2. R.G. Bd. 8 S. 189.

13) Ueber Endtermine vgl. Schulin, über Resolutionsbedingungen und Endtermine S. 186 ff.

14) Vat. fragm. §§ 48—50, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10, 2, l. 6, l. 30 D. de usu et usufr. legato 33, 2, l. 5 C. de usufructu 3, 33.

gewissen Zeit verpflichtete. Justinian jedoch gab dem Endtermine dinglich wirkende, unmittelbar auflösende Kraft.<sup>15</sup>

### § 115. Modus.<sup>1</sup>

Modus ist die an eine Zuwendung geknüpfte Auflage.<sup>2</sup> Der Modus kommt namentlich bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen vor; er ist bei einseitigen Zuwendungen jeder Art zulässig, z. B. bei Auslobungen.<sup>3</sup>

Die Form des Modus ist oft „unter der Bedingung, daß“. Dies ist nicht Zufügung einer Bedingung im technischen Sinne, sondern eine Geschäftsbedingung.

Inhalt des Modus ist meist eine geldwerthe Leistung,<sup>4</sup> aber auch

15) In der klassischen Zeit war die Verleihung von Eigenthum unter einem Endtermine nichtig; denn das Eigenthum galt als ein begrifflich dauerndes Recht. *Fragm. Vat. § 283 Diocletianus et Constantius: Si stipendiariorum — praediorum — proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus, qui accipit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit.* Eine persönliche Verpflichtung zur Rückübertragung der Sache nach gewisser Zeit konnte aber bei der Uebereignung dem Erwerber aufgelegt werden, l. 2 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Dieselben Grundzüge galten für das Vermächtniß von Eigenthum auf Zeit. In Justinianischen Rechte ist dies alles aber grundtätlich geändert. Hier lautet die Konstitution Diokletians l. 2 C. de donat. quae sub modo 8, 54: *Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus, qui accipit ad te rediret, donatio valet cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est conservanda.* Entsprechendes verordnete Justinian für Vermächtnisse, l. ult. C. de legatis 6, 37. Die Allgemeinheit der Fassung dieser Verordnungen weist darauf hin, daß eine Eigenthumsübertragung auf Zeit allgemein zulässig sein soll. Auch ist nicht wohl zu bezweifeln, daß der Endtermin — sofern die Absicht der Betheiligten hierauf gerichtet ist — nunmehr wie die Resolutivbedingung dinglich wirken soll. Doch suchen manche, z. B. Schulin a. a. O. S. 199, die entgegengesetzte Ansicht zu begründen.

1) Vgl. Pfeiffer, *Praktische Ausführungen* Bd. 1 *Abb. 4*: von dem wesentlichen Unterschiede und den Kennzeichen des *modus* und der *condicio*, insonderheit bei Legaten, ferner Savigny *Bd. 3 § 128 ff.*

2) Die Römer gebrauchen den Ausdruck *modus* in sehr verschiedenem Sinne; vgl. z. B. l. 4 § 1 D. de serv. 8, 1, l. 44 § 3 D. de obl. et act. 44, 7. Die technische Bedeutung des Ausdruckes in den neueren Systemen als Beschränkung durch eine Auflage, findet sich namentlich im Titel *Cod. 6, 45 de his, quae sub modo legata* 6, 45 und im Titel *Cod. 8, 54 de donationibus, quae sub modo.*

3) Wird bei zweiseitigen Geschäften dem einen Theil, z. B. dem Käufer, eine Auflage gemacht, z. B. daß er einen Miether lebenslang in dem verkauften Hause wohnen läßt, so gilt sie als Kontraksbedingung. Sie kann daher mit der *actio venditi* eingeklagt werden. Die Eigenthümlichkeiten eines *Modus* treten hier nicht ein.

4) l. 17 § 4 D. de condicionibus 35, 1. *Gajus libro 2 de legatis ad edictum praetoris. Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videbitur.*

andere Handlungen können ihn bilden, z. B. Annahme des Namens des Erblassers.<sup>5</sup>

Geschäfte unter einem Modus verfolgen doppelte Zwecke. Hauptzweck ist die Honorirung des Bedachten; dieser Zweck bestimmt den Charakter des Geschäftes; Nebenzweck ist die Verwirklichung der Auflage.

Die Auflage muß in der Absicht geschehen, rechtlich zu verbinden. Sonst liegt ein bloßer Rath,<sup>6</sup> oder ein Wunsch vor, dessen Befolgung man von der Dankbarkeit, dem Anstandsgeföhle des anderen Theiles erwartet, der aber eine rechtliche Bedeutung nicht hat.

Der Zwang zur Erfüllung des Modus geschieht in verschiedener Weise bei letztwilligen Verfügungen und bei Schenkungen.

a) Der Erbe ist als der Vertreter des Erblassers berufen, die Erfüllung des Modus letztwilliger Verfügungen zu betreiben. Ist er daher Alleinerbe und ihm selbst der Modus aufgelegt, so wird dessen Ausführung oft von seinem guten Willen abhängen. Sind Miterben ernannt, so können sie gegenseitig auf Erfüllung des ihnen aufgelegten Modus dringen.<sup>7</sup> Ist der Modus einem Vermächtniß zugefügt, so darf Kautio für Erfüllung des Modus vor der Auszahlung beansprucht werden. Der Dnerirte kann auch das Vermachte bei Nichterfüllung des Modus zurückfordern.<sup>8</sup>

Sind öffentliche Interessen betheiligt, so ist die Obrigkeit befugt, die Erfüllung des Modus zu betreiben. Dies kann derzeit nur durch Klage geschehen, welche die Gemeinde oder Verwaltungsbehörden anstellen.

Nach gemeinem Rechte kann der Erblasser einen Testamentsvollzieher bestellen, welchem die Sorge für die Erfüllung der Auflagen obliegt.

b) Den Modus bei Schenkungen<sup>9</sup> hat der Schenker oder nach seinem Tode sein Erbe zu wahren.

Er ist zur Zurückforderung des Geschenkes befugt, wenn der

5) Vgl. ferner l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45.

6) Es sind namentlich Zweckbestimmungen nicht verbindlich, bei welchen bloß das Interesse des Bedachten in Frage steht, l. 13 § 2 D. de don. inter vir. et ux. 24, 1, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1. Es verhält sich aber bei letztwilligen Verfügungen anders, wenn der Erblasser in der Erfüllung einer derartigen Auflage zugleich ein eigenes, wenn auch nur ideelles Interesse verfolgt. Darüber das nähere im Erbrechte.

7) Die Miterben erzwingen die Erfüllung des Modus durch die actio familiae erciscundae, l. 7 D. de annuis legatis 33, 1.

8) l. 40 § 5 D. de condic. 35, 1, l. 71 § 1 D. eod., l. 21 § 3 D. de ann. leg. 33, 1, l. 17 D. de usu leg. 33, 2.

9) Savigny Vd. 4 S. 280.

Modus in der festgesetzten oder angemessenen Zeit nicht erfüllt wurde. Zu diesem Zwecke hat er in der Regel eine persönliche Klage — eine *condictio*.<sup>10</sup> Bestand die Auflage in Alimenten an den Geschenkgeber, so steht ihm auch eine *vindicatio utilis* offen.<sup>11</sup>

Auch auf Erfüllung des Modus kann der Schenker — mit der *actio praescriptis verbis* — klagen, wenn es sich um eine geldwerthe Leistung handelt, zu welcher sich der andere Theil durch Annahme des Geschenkes verbunden hat.<sup>12</sup>

Handelt es sich um eine Auflage zu Gunsten eines Dritten, so hat dieser die Klage auf Erfüllung, trotzdem daß in der Regel Dritte aus Verträgen zu ihren Gunsten nach römischem Rechte nicht klageberechtigt sind.<sup>13</sup>

Der Modus ist der aufschiebenden Potestativbedingung verwandt. Auch sie verbindet mit dem Geschäfte das Bestreben, den andern Theil zu einem Thun oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Beide Nebenbestimmungen erreichen aber ihr Ziel in verschiedener Weise. Die Bedingung suspendirt, der Modus verbindet.<sup>14</sup>

Die Zufügung einer Bedingung übt den stärksten Druck aus. Das Geschäft verwirklicht sich nur, wenn der bedingt berechtigte die ihm aufgelegte Handlung vollzogen hat. Dies führt oft zur Vereitelung des Geschäftes überhaupt. So bei bedingten Vermächtnissen, falls der Vermächtnißnehmer stirbt, ehe er die ihm zur Bedingung gesetzte Handlung, z. B. die Errichtung eines Monumentes für den Erblasser, vollziehen konnte.

Ist die Handlung durch einen Modus aufgelegt, so besteht diese Gefahr nicht.

Die Zuwendung unter einem Modus bleibt selbst dann rechtsbeständig, wenn seine Erfüllung von Anfang an unmöglich war, oder wenn sie hinterher ohne Schuld des Belasteten unmöglich wird,<sup>15</sup> oder wenn der Modus unsittlich ist. Hierin bewährt sich, daß es sich um Nebenwzwecke des Geschäftes, nicht um dessen Hauptzweck handelt.

10) l. 3, l. 8 C. de cond. ob causam 4. 6.

11) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus . . . vindicationem utilem . . . impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituitur filio. Das nähere über die *vindicatio utilis* später bei der Eigenthümeklage.

12) l. 9, l. 22 C. de donat. 8, 53.

13) l. 3 C. de don. quae sub modo 8, 54.

14) Savigny Bd. 3 S. 231.

15) l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45, l. 8 C. de cond. ob causam 4. 6.

Im Interesse der Erfüllung der Geschäfte nimmt man im Zweifel einen Modus, nicht eine aufschiebende Bedingung an.<sup>16</sup>

Der Modus wird nicht von allen neueren Juristen als eine besondere Geschäftsform anerkannt. Insbesondere geht er bei Windscheid auf in einem viel allgemeineren Begriffe, dem der Voraussetzung.<sup>17</sup>

Die Voraussetzung ist nach Windscheid unentwickelte Bedingung. Sie umfaßt die erste Absicht der Rechtsgeschäfte — ihre causa — ferner die Auflage einer Zuwendung — modus — endlich Zusätze anderer Art, von welchen die Betheiligten ihre Geschäfte durch Willensentschluß abhängig machen.<sup>18</sup> Hiermit wird grundsätzlich verschiedenes einer Kategorie unterstellt. Denn die causa ist ein nothwendiges Element der vermögenmindernden Geschäfte, andere Voraussetzungen werden durch willkürliche Entschlüsse der Betheiligten geschaffen.

Die Bezeichnung als Voraussetzung deutet auf ein Abhängigkeitsverhältniß hin. Welcher Art dasselbe ist, welche rechtliche Folgen es hat, wird hiermit nur in allgemeinsten Weise bezeichnet. Die konkreten und bestimmten Rechtsgebilde der Römer sind daher nicht durch diesen Begriff zu ersetzen.

#### § 116. Allgemeines über Nebenbestimmungen.

Bedingungen, Befristungen und Modus werden herkömmlicherweise als Nebenbestimmungen zusammengefaßt.

Eine zusammenfassende Bezeichnung ist Bedürfniß; daher mag man sie beibehalten. Nur ist nicht zu übersehen, daß sie von einem äußeren Momente hergenommen ist, nämlich von dem Umstande, daß dem Saße, welcher das Geschäft feststellt, ein Zusatz hinzutritt, welcher die Nebenbestimmung bildet.

Dem Sinne nach sind aufschiebend bedingte und befristete Geschäfte einheitliche Willenserklärungen,<sup>1</sup> Resolutivbedingungen, Endtermine und Modus aber Nebenverträge.

16) Pfeiffer a. a. O. S. 30; Savigny Bd. 3 S. 231.

17) Windscheid, die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung 1850, Pandekten Bd. 1 §§ 97 ff. Vgl. Gradenwitz, Begriff der Voraussetzung, Berlin 1880, Dissertation.

18) Nicht selten ist, was die Betheiligten Voraussetzung nennen, in Wahrheit aufschiebende Bedingung. So war es in dem vom R.D.F.G. Bd. 19 S. 50 beurtheilten Falle; die Motive der Entscheidung schließen sich jedoch durchaus Windscheid an.

1) Von diesem Standpunkte aus polemisiert Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 308 gegen die Auffassung der Bedingungen als Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

Die Unterscheidung ist von Wichtigkeit für die Beweislast. Wenn gegenüber einer Klage, die sich auf ein angeblich unbedingtes oder unbefristetes Geschäft gründet, der Beklagte eine aufschiebende Bedingung oder Zeitbestimmung einwendet, so macht er geltend, daß das Geschäft anderer Art sei, als das durch die Klage vorgebrachte. Daher muß der Kläger den Abschluß des Geschäftes, wie er es in seiner Klage behauptet hat, gerade so beweisen, als wenn der Beklagte den Geschäftsschluß überhaupt geleugnet hätte.<sup>2</sup>

Anderes verhält es sich mit der Beweislast, wenn der Beklagte den Abschluß des in der Klage behaupteten Geschäftes zugiebt, aber eine Resolutivbedingung, einen Endtermin, einen Modus vorrückt. Hierin liegt ein Zugeständniß des vom Kläger geltend gemachten Geschäftes und zugleich die Einwendung einer Nebenwillenserklärung, welche der Beklagte zu beweisen hat.<sup>3 4</sup>

2) In diesem Sinne hat das R.D.S.G. konstant entschieden, vgl. Bd. 23 S. 52 und die dort angeführten Urtheile. So auch Robert Schneider über die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung kontrahirt worden in der sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 9 S. 1 ff. Böschmann, über die Natur des s. g. qualifizirten Geständnisses 1863; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 4; Scheurl a. a. O. S. 329. Dagegen lehrte Buchta, Pandektenvorlesungen § 98: Die Behauptung der Suspensivbedingung sei die Behauptung „eines besonderen Mangels“, für dessen Abwesenheit eine Rechtsvermuthung streite. In ähnlicher Weise nimmt Wächter, Würt. P.R. Bd. 2 S. 450 ff., eine Vermuthung für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechtes an. Ein Nachweis für eine derartige Rechtsvermuthung ward aber nicht erbracht. — Hat freilich der Kläger — durch Urkunden oder Zeugen — den „reinen Kontraktsschluß“ bewiesen, so hat er nicht noch außerdem die Negative, daß der Kontrakt nicht unter der vom Beklagten behaupteten Bedingung oder Befristung geschlossen sei, besonders zu beweisen, R.D.S.G. Bd. 12 S. 202. Ein etwa abzuleistender Eid muß mit Rücksicht auf die behauptete Reinheit von Bedingungen und Befristungen geformelt werden.

3) R.D.S.G. Bd. 2 S. 95, R.G. bei Gruchot Beiträge Bd. 24 S. 411.

4) Viele Schriftsteller bezeichnen die Nebenbestimmungen als „Selbstbeschränkungen“. So Savigny Bd. 3 S. 120; Windscheid zu § 86. Diese Charakterisirung ist nicht zutreffend. Natürlich begrenzen Bedingungen und Zeitbestimmungen das Geschäft. Dies ist aber bei jeder Geschäftsbedingung der Fall, z. B. bei der Bestimmung des Kaufobjektes. Das Rechtsgeschäft, wie jede Willenserklärung, individualisirt sich durch seine Begrenzung. Charakterisirt man aber Bedingungen und Zeitbestimmungen als „Selbstbeschränkungen“, so muß man etwas anderes, besonderes meinen. Man stellt sich das Verhältniß so vor, als ginge der Gedanke primär auf eine unbedingte und unbetagte Wirkung, dieselbe werde dann durch einen zweiten Gedanken eingeschränkt. Dies gerade ist nicht richtig. Wer einem Käufer 100 verspricht für den Fall, daß er einen Käufer für ein Haus findet, denkt nie die Summe unbedingt zu versprechen. Das Versprechen wird in keiner anderen Weise durch die Bedingung, wie durch den Summenbetrag begrenzt. Damit wird einfach der Inhalt des Geschäftes festgestellt. Vgl. Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 307.

## V. Stellvertretung.

§ 117. Begriff und Arten der Stellvertretung.<sup>1 2</sup>

Beim Abschluß von Rechtsgeschäften werden häufig Dritte für uns thätig. Ihre Thätigkeit ist entweder eine stellvertretende oder eine bloß unterstützende.

Der Gegensatz zwischen Stellvertretung und bloßer Hülfe ist unverkennbar, sein Kriterium aber sehr streitig. Das entscheidende Merkmal ist darin zu suchen, ob der Dritte den Geschäftschluß durch seine Entschlüsse bestimmt oder nicht.<sup>3</sup> Denn die Entschliebung über unsere Angelegenheiten ist recht eigentlich unsere Sache, etwas persönliches. Wen man hierzu ermächtigt, den setzt man im wahren Sinne des Wortes an unsere Stelle.

Stellvertreter ist also, wer Geschäfte, die uns angehen sollen, nach seinem Befinden abzuschließen hat.

Wo die endgültige Entschliebung beim Geschäftsherrn bleibt, sind Dritte, die mitthätig sind, bloße Gehülfe. Sie haben keine Vollmacht, sondern bloße Aufträge. Nur Gehülfe ist der Bote, welcher dem Mitkontrahenten die Erklärung unseres Geschäftswillens mittheilt, er hat keine andere Funktion als ein Brief. Er bleibt bloßer Gehülfe, wenn er beauftragt wird, die Erklärung des anderen Theiles an unserer Statt in Empfang zu nehmen.<sup>4</sup> Auch der Makler, welcher das Geschäft vorbereitet, Mitkontrahenten aufsucht, die gegenseitigen Erklärungen übermittelt, ist Gehülfe.

1) Umfassende Litteraturangaben finden sich bei Windscheid Bd. 1 § 73. Hervorzuheben sind Buchka, Stellvertretung 1852, Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 §§ 54 ff., die Aufsätze von Ihering und von Scheurl in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 n. 7, Bd. 2 n. 1 und 3; Hellmann, Stellvertretung 1882.

2) Die Römer haben keinen Ausdruck, welcher demjenigen der Stellvertretung entspricht. Das Wort Stellvertretung selbst wird erst seit kurzer Zeit in unserer Rechtssprache verwerthet. Das A.L.R. für die preußischen Staaten kennt es noch nicht, vgl. I 7 § 45; Heise, Grundriß, bedient sich des Ausdruckes „Mittelsperson“; Mühlenbruch, Cession I. Aufl. 1817, spricht von Stellvertretung.

3) Die Römer unterschieden das „per liberam personam acquirere“ und das „ministerium tantum modo praestare“, I. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 1 D. de proc. 3. 1. Auf scharfe Sonderung der Begriffe „Stellvertreter“ und „Gehülfe“ drang namentlich Ihering a. a. D. Bd. 1 S. 275. Stellvertreter ist ihm, wer eine spezifisch-juristische Handlung, Gehülfe, wer faktische Dienstleistungen auszurichten hat. Windscheid Bd. 1 § 73 Anm. 2 dagegen stellt neben den Stellvertreter „im Willen“ den Stellvertreter „in der Erklärung“. Die Behandlungsweise Iherings ist vorzuziehen, weil sie einen wesentlichen, in der Sache liegenden Gegensatz scharf markirt.

4) Manche nehmen an, der Bote sei in diesem Falle Stellvertreter. Einen geistigen Antheil an dem Rechtsgeschäfte hat er aber nicht — er bleibt Gehülfe.

Die Stellvertretung ist entweder eine unmittelbare — direkte — oder mittelbare — indirekte.

1. Der unmittelbare Stellvertreter schließt das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn.<sup>5</sup> Es ist nicht gefordert, daß er den Geschäftsherrn ausdrücklich als den Kontrahenten benennt. Es muß nur aus seinen Erklärungen oder den Umständen klar sein, daß der Vertretene durch ihn handelt.

Zwei Auffassungen der direkten Stellvertretung stehen sich gegenüber. Nach der einen ist der Stellvertreter der wahre Kontrahent, aber die Wirkungen des Geschäftes betreffen bloß den Geschäftsherrn.<sup>6</sup>

Nach der andern Auffassung, die wir für die richtige halten, kontrahirt der Geschäftsherr durch das Mittel des Vertreters.<sup>7</sup> Der Vertreter hat die Aufgabe, das Geschäft zu gestalten und es in dieser Gestalt als Willen des Geschäftsherrn zu erklären; der Geschäftsherr hat in der Vollmacht im voraus ausgesprochen, zu wollen, was der Vertreter nach Maßgabe der Vollmacht erklären wird.<sup>8</sup> Von diesem Standpunkt aus ist es selbstverständlich, daß im Fall direkter Stellvertretung nur der Geschäftsherr, nicht der Vertreter aus dem Geschäft Rechte erwirbt und Pflichten übernimmt.<sup>9</sup>

5) In diesem Sinne kommt „alieno nomine“ handeln auch bei den Römern vor, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1. Es hat aber in den Quellen auch den allgemeineren Sinn: in jemandes Interesse handeln, Schloßmann, Besizerwerb durch Dritte S. 31 ff.

6) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie vertritt Buchka a. a. D.; Windscheid Bd. 1 § 73; Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 186; Schloßmann ebendasselbst Bd. 16 S. 4. Windscheid erklärt sie durch eine Fiktion, „die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingirt“, Bd. 2 § 313 Anm. 4.

7) Diese Ansicht vertheidigt Savigny, Obligationenrecht S. 59; Dernburg, Heideberger kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 19. Neuerdings begründet sie sorgfältig Hellmann a. a. D. Die Römer sind von ihr ausgegangen, wo immer sie direkte Stellvertretung zuließen, vgl. die von Hellmann a. a. D. S. 39 ff. angeführten Stellen. Insbesondere ist sprechend l. 22 D. de manum. vind. 40, 2. wo vom Vater, welcher seinem Sohne Vollmacht zur Freilassung von Sklaven giebt, gesagt wird „electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit, ferner l. 7 pr. D. de calumniatoribus 3, 6. Paulus libro 10 ad edictum: si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor.

8) In Bezug auf den Inhalt des Geschäftes ist hiernach an erster Stelle Absicht und Kenntniß des Principals maßgebend. Soweit aber der Principal den Kontrakt von dem Ermessen des Vertreters abhängig macht, dieser also ergänzend eintritt, ist dessen Wissen und dessen Irrthum von entscheidendem Gewicht. Vgl. l. 51 D. de aedilicio edicto 21, 1 und die Ausführung von Hellmann S. 155 ff. Anders Zuppinger, Einfluß des wesentlichen Irrthumes beim Kontrahiren, Zürich 1864; Curtius im Archiv für civ. Praxis Bd. 58 n. 2. — Siehe ferner unten § 119 Anm. 4.

2. Der mittelbare Stellvertreter schließt Geschäfte auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen.<sup>10</sup>

Der mittelbare Stellvertreter ist der Kontrahent. Seinem Mitkontrahenten gegenüber ist er daher persönlich berechtigt und verpflichtet; er hat ihm gegenüber grundsätzlich weder Rechte noch Verpflichtungen.

Jedoch sind die Geschäfte zum Nutzen und Schaden des vertretenen. Sie gehen auf dessen Rechnung. Denn der vertretene kann von dem Vertreter Herausgabe dessen fordern, was dieser in Folge des Geschäftsschlusses erwarb; er muß ihm andrerseits Aufwendungen ersetzen und Verbindlichkeiten abnehmen, welche ihm in Folge des Geschäftsschlusses zur Last fielen.

### § 118. Stellvertretung nach römischem Rechte.<sup>1</sup>

Die direkte Stellvertretung war dem älteren römischen Rechte fremd. Eine ungehemmte Entwicklung hat sie in Rom nie gefunden.

Die römische Gestaltung der hausherrlichen Gewalt ließ sie dem römischen Verkehr zeitweise entbehrlieh erscheinen.

Dem Hausherrn gehörte von Rechtswegen alles, was seine Sklaven erwarben, wie auch was Sklaven in seinem Nießbrauch sowie Freie, die er in gutem Glauben als Sklaven besaß, mittels seines Vermögens oder durch ihre Dienste erlangten. Wie die Sklaven, erwarben nach klassischem Recht Hauskinder\* und andere Gewaltunter-

9) Auch das R.G. Bd. 3 S. 122 nimmt an, daß der Principal der Kontrahent sei, und leitet hieraus folgenden Satz ab. Wenn Beklagter gegenüber der Klage einen Geschäftsschluß zugebe, aber behaupte, daß er nicht für sich, sondern als Stellvertreter eines Dritten abgeschlossen habe, so sei dies Leugnen der Klage, nicht ein vom Beklagten zu erweisender Einwand. Denn Beklagter behaupte hiermit ein anderes Geschäft, als das in der Klage vorgetragene. Es müsse also Kläger beweisen, daß der Beklagte Vertragssubjekt sei.

10) Es besteht ein terminologischer Streit darüber, ob man auch diese Art des Geschäftsschlusses Stellvertretung nennen könne. Ihering a. a. D. Bd. 1 S. 312 ff. verwirft dies. Er wählt den Ausdruck „Ersatzmann“; Scheurl a. a. D. empfiehlt den Ausdruck „Zwischenperson“; Siegel hat die Bezeichnung „stiller Stellvertreter“ vorgeschlagen. Eine allgemeine Anerkennung hat keine dieser Bezeichnungen gefunden. Eine Legalbedeutung hat das Wort Stellvertretung nicht. Der Wortsinne läßt zu, es auch auf diejenigen anzuwenden, welcher ein Geschäft in eigenem Namen, aber für unsere Rechnung abschließt. Direkte und indirekte Stellvertretung haben zwar eine verschiedene juristische Gestalt, aber eine gleichartige wirtschaftliche Funktion und um deswillen manche Verwandtschaft. Wir halten es daher für richtig, und jedenfalls für zulässig, die Bezeichnung „indirekte Stellvertretung“ beizubehalten. Unger Bd. 2 S. 135 Anm. 22 behauptet freilich, mittelbare Stellvertretung sei eine *contradictio in adjecto*. Allein dies ist es nur dann, wenn man die Stellvertretung so definiert, daß die mittelbare ausgeschlossen ist. Hierzu nöthigt uns nichts.

1) Vgl. Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 488; Hellmann a. a. D.

gebene alles dem Hausvater; im justinianischen Rechte erwarben die Hauskinder noch dem Vater, was sie mit dessen Vermögen verdienten.<sup>2</sup> Dies alles war nicht Stellvertretung, denn der Erwerb vollzog sich ohne Willen des Untergebenen und ohne Wissen und Willen des Herrn. Aber es wurde doch vielfach dasselbe Resultat erzielt wie durch Stellvertretung. Dies namentlich seit der Prätor den Gewaltuntergebenen die Entnahme von Kredit dadurch ermöglichte, daß er aus ihren Geschäftsschulden, soweit Vollmacht des Vaters oder Bereicherung vorlag, Klagerichte gegen den Hausvater gab.<sup>3</sup>

Da nun die eigenen Kräfte des Hauses regelrecht ausreichten, um die ihm nöthigen Verkehrsgeschäfte zu vollziehen, so stellte sich der Grundsatz fest, der sprichwörtlich wurde: *per liberam personam adquiri nobis non potest.*<sup>4</sup>

Durch eigene Entschliebung sollte man seine Rechte gestalten. Dies war römische Grundidee. Ließ man doch um deswillen kaum der Kindheit entwachsene Unmündige unter auctoritas ihres Tutors die Rechtshandlungen, die sie angingen, selbst vollziehen. Um so mehr mußte für mündige Personen die persönliche Vornahme ihrer Geschäfte geboten scheinen.<sup>5</sup>

Im Laufe der Zeit wurde freilich der altüberkommene Grundsatz ein schweres Hinderniß der Verkehrsentwicklung. Man hat ihn daher möglichst umgangen und eingeschränkt.<sup>6</sup>

Stellvertreter durften Rechte Dritter wahren z. B. durch Bauverbote, Mahnungen,<sup>7</sup> ferner Verwaltungsakte vornehmen, Dienste als

2) Gaj. Inst. II § 86 ff., tit. Inst. per quas personas 3. 28.

3) Tit. Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate 4. 7.

4) Gaj. Inst. II § 95. Paul. sent. V 2 § 2. l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7, l. 126 § 2 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 pr. C. per quas personas 4, 27. Vgl. die Zusammenstellung bei Schloßmann, der Besitzerwerb S. 47 ff.

5) Vgl. oben § 80. — Schloßmann, der Besitzerwerb S. 62 ff. und in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 n. 11, behauptet, der Grundsatz: *per liberam personam non adquiritur* habe die Tendenz gehabt, eine Schutzwehr der Freiheit zu bilden. Kennzeichen des Freien sei der Erwerb für sich, Kennzeichen des Unfreien Erwerb für andere gewesen. Die Verwischung der Grenze sollte unter Saß verhindern. Und doch sahen die Römer Hülfsdienste — *ministerium* — bei Abschluß von Geschäften, insbesondere Botendienste durch Freie als zulässig an. Derartiges ist aber weit eher knechtischer Natur als Abschluß von Rechtsgeschäften.

6) Die hierhergehörigen Stellen hat Hellmann a. a. O. S. 43 sorgfältig gesammelt; doch ist keineswegs in allen von ihm aufgeführten Stellen von direkter Stellvertretung die Rede, beispielsweise gewiß nicht in l. 64 D. pro socio 17, 2.

7) l. 1 § 3, 20 D. de o. novi nunc. 39, 1, l. 24 § 2 D. de usuris 22, 1, l. 1 §§ 3, 4 D. de agnosc. liberis 25, 3, l. 2 D. de fidej. et nom. 27, 7, l. 18 § 4 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5.

Boten leisteten.<sup>8</sup> Dies wurde auf das äußerste ausgebeutet. Auch Besitz-erwerb durch Stellvertreter ließ man zu.<sup>9 10</sup>

Im übrigen half man sich durch eine eigenthümliche Entwicklung der indirekten Stellvertretung. Der Schiffer — *magister navis* —, welcher das Schiff eines Dritten — des *Rheders*, *exercitor navis* — führte, und der *institor*, welcher an die Spitze eines fremden Erwerbs-geschäftes gestellt war, berechtigten und verpflichteten sich zwar aus den Gewerbsgeschäften persönlich. Aber der Prätor sicherte diesen Geschäftsunternehmungen den nöthigen Kredit dadurch, daß er aus deren Geschäftsschulden die *actio exercitoria* gegen den *Rheder* und die *actio institoria* gegen den *Handelsherrn* gab, wonach dieselben neben ihren Angestellten hafteten. Hiermit erhielten diese indirekten Vertretungen in gewissem Maße die Wirkung einer direkten Stellvertretung.

Man wußte sich also zu helfen; aber man brach nicht mit dem Grundsatz der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung.<sup>11</sup>

§ 119. Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte.

Nach gemeinem Rechte steht dem Verkehr sowohl die direkte wie die indirekte Stellvertretung offen.

Auf der indirekten Stellvertretung beruht das Kommissionsgeschäft. Kommissionär ist im Sinne des Handelsgesetzbuches, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte in eigenem Namen für fremde Rechnung schließt.<sup>1</sup>

8) l. 14 § 3, l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 11 D. depositi 16, 3.

9) Siehe die Lehre vom Besitz. Auch die Darlehensforderung wurde durch direkte Stellvertreter erworben, l. 2 § 4, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1. Ueber den Erwerb des Pfandrechtes siehe l. 11 § 6 D. de pign. a. 13, 7, l. 21 D. de pign. 20, 1, l. 3 C. per quas personas 4, 27. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 204.

10) Eine Singularität war, daß der Hausvater seinen Hauskindern die Ermächtigung zur Manumission von Sklaven an seiner Statt geben konnte, l. 3 pr., l. 22 D. de manumiss. vindicta 40, 2, vgl. oben § 117 Anm.

11) Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 21 ff., ist anderer Ansicht. Er beruft sich auf l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium. Ea, quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Savigny nimmt an, es sei hier freie Stellvertretung bei formlosen Geschäften anerkannt, nur bei Formgeschäften werde sie noch verworfen. Aber Modestin setzt hier nicht formellen und formlosen Erwerb in Gegensatz, sondern Rechts-erwerb und Besitz-erwerb, vgl. l. 49 D. de V. S. 50, 16, abgedruckt oben § 22 Anm. 4.

1) H.G.B. Art. 360. — Schon hier mag bemerkt werden, daß eine *a. institoria* und *quasi institoria* bei indirekter Stellvertretung nicht mehr stattfindet. R.G. Bd. 2 S. 167.

Auch die direkte Stellvertretung ist bei Vermögensgeschäften unter Lebenden allgemein zulässig geworden.<sup>2</sup> Besonders ausgebildet ist sie im Handelsrecht.<sup>3</sup> Bezüglich der direkten Stellvertretung sind einige allgemeine Grundsätze hervorzuheben.

Die Stellvertretung fordert den Willen des Stellvertreters, den Geschäftsherrn zu vertreten.<sup>4</sup>

Sie verlangt ferner den Willen des Geschäftsherrn, durch den Vertreter zu handeln. Bei Handlungsunfähigen wird dieser Wille durch das Gesetz ersetzt.

a) In der Regel gründet sich die Stellvertretung auf eine Vollmacht. Vollmacht ist eine einseitige Willensäußerung, welche einen anderen ermächtigt, für uns zu handeln. Sie kann mit einem Mandate Hand in Hand gehen durch welches sich der Bevollmächtigte zur Ausführung des Auftrages verbindet. Es ist dies aber nichts wesentliches für die Vollmacht.<sup>5</sup>

Die Vollmacht ist etwas persönliches. Sie endigt mit dem Tode des Vollmachtgebers<sup>6</sup> und des Bevollmächtigten, ferner durch Widerruf des Vollmachtgebers und Aufkündigung des Bevollmächtigten.<sup>7</sup>

2) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie ist auch in der Praxis anerkannt. R.G. Bd. 2 S. 167. Doch finden sich einzelne Dissidenten; zu ihnen gehört Vangerow Bd. 3 § 608.

3) In Diensten der Kaufleute finden sich Prokuristen; d. h. Bevollmächtigte, welche eine unbeschränkbare Vollmacht zu allen Geschäften haben, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt und Handlungsbevollmächtigte, welche entweder zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes des Principals oder eines Kreises von Geschäften ermächtigt sind. H.G.B. Art. 41 ff. Auch f. g. Agenten, welche nicht im Dienste des Kaufmannes stehen, haben nicht selten Vollmacht, in seinem Namen Geschäfte zu schließen. Vgl. Laband, die Stellvertretung nach dem H.G.B. in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 183 ff.

4) Der Stellvertreter muß willensfähig sein. Geisteskranke und Kinder können keine Stellvertreter, wohl aber Boten sein. Der direkte Stellvertreter muß aber nicht die für das abzuschließende Geschäft nöthige Handlungsfähigkeit haben, denn er ist nicht der Kontrahent des Geschäftes, vgl. oben § 117 Anm. 8. Es kommt z. B. nicht darauf an, wenn er für den Geschäftsherrn eine Wechselschuld eingeht, ob er wechselfähig ist, sondern ob der Geschäftsherr die Wechselfähigkeit hat. Die verschiedenen Meinungen über die Frage finden sich bei Hellmann a. a. O. S. 145 zusammengestellt.

5) Für die Vertragsnatur der Vollmacht erklärt sich Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 208, vgl. hiergegen Hellmann a. a. O. S. 109.

6) Die Vollmacht kann nach deutschrechtlicher Auffassung auf die Erben des Vollmachtgebers erstreckt werden. Die Procura erlischt durch den Tod des Principals nicht, das gleiche gilt im Zweifel für andere Handelsvollmachten, H.G.B. Art. 54, 297. Auch die Prozeßvollmacht erlischt nicht durch den Tod des Vollmachtgebers, C.P.O. § 82. Für das römische Recht vgl. l. 12 § 17, l. 13 D. mandati 17, 1.

7) Dritte, welche einem früheren Inkassomandatar — d. h. einem zur Annahme von Zahlungen Bevollmächtigten — zahlen, ohne zu wissen daß seine Vollmacht bereits erloschen ist, werden gleichwohl von ihrer Schuld befreit. l. 34 § 3, l. 51 D. de solut. 46, 3, § 10 J. de mandato 3, 26. Obgleich dies die römische Praxis nur auf

Der Vollmachtgeber kann auf das Recht die Vollmacht zu widerrufen nicht rechtsgültig verzichten. Denn damit würde er seine rechtliche Selbständigkeit aufgeben.<sup>8</sup>

b) Die Vollmacht wird durch nachträgliche Genehmigung ersetzt. Denn die Genehmigung wirkt rückwärts.<sup>9</sup>

Das Geschäft, welches jemand als unbevollmächtigter Stellvertreter abschloß, ist in der Schwebe. Die Kontrahenten können nicht zurücktreten, solange sie noch aussteht.<sup>10</sup> Verzögerung der Genehmigung ist als Verfassung anzusehen.<sup>11</sup>

c) Für Handlungsunfähige handeln gesetzliche Vertreter.

Bei dieser Art der Stellvertretung handelt es sich nicht um die bloße Durchführung des in der Vollmacht nur allgemein aber bestimmt erklärten Willens eines Geschäftsherrn. Hier wird der fehlende Wille des Vertretenen geradezu ersetzt durch den Willen des Vertreters, welcher für ihn handelt.

Die Vollmacht ist eine specielle oder eine generelle.

Die Specialvollmacht ermächtigt zu einem bestimmten Geschäft oder zu einer bestimmten Kategorie von Geschäften, z. B. zur Veräußerung von Grundstücken.

Zahlungen beschränkte, l. 41 D. de reb. cred. 12, 1, so liegt es doch in der Konsequenz und entspricht der Billigkeit, den Satz auch bei Geschäften anderer Art zur Anwendung zu bringen. Natürlich muß die Unkenntniß entschuldbar sein.

8) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 162.

9) Vgl. Zimmermann, die stellvertretende negotiorum gestio 1876.

10) Hierfür spricht l. 23 D. de neg. gest. 3, 5. Paulus libro 24 ad edictum, wo der „procurator“ ein unbevollmächtigter Geschäftsführer ist.

11) Es ist hier der Ort, von den römischen Procuratoren zu reden. Die Untersuchungen von Schloßmann, Besitzwerb durch Stellvertreter S. 89, haben die Einsicht bezüglich ihres Verhältnisses wesentlich gefördert. Im römischen Leben bezeichnete man als procuratores Vertrauenspersonen eines Herren, die regelmäßig in seinen Geschäften thätig waren. Es handelte sich um eine sociale Stellung, eine Art von Amtstitel, der an eine Vertrauensstellung anknüpfte. Wer procurator hieß, weil er regelmäßig für einen Geschäftsherrn handelte, konnte daher im gegebenen Falle sehr leicht ohne Vollmacht sein. Wo dies von Wichtigkeit ist, heben die Juristen hervor, daß es sich um Procuratoren handele, die im Besitz eines Mandates seien. Daher spricht z. B. Modestinus in l. 63 D. de proc. 3, 3 von einem procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt. Es gab jedoch Juristen, welche den Ausdruck procurator im juristischen Sinne im Gegensatz zur Laiensprache nur für Mandatäre verwerthen wollten. Dies that Ulpianus libro 9 ad edictum l. 1 pr. § 1 D. de proc. 3, 3. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest constitutus. . . quamvis quidam, ut Pomponius libro 24 scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. Meistens unterschied man den procurator verus, d. h. den im juristischen Sinne mit Vollmacht versehenen, und den procurator falsus, der eine Vollmacht nicht besitzt. Schloßmann a. a. D. S. 117.

Die Generalvollmacht ermächtigt zur Verwaltung des gesamten Vermögens oder eines besonderen Kreises wirtschaftlicher Angelegenheiten. Die Generalvollmacht kann sich auf die laufende Verwaltung beschränken, ohne das Recht zu geben, die Substanz durch Veräußerungen anzutasten, sie kann aber auch freie Verwaltung geben, *administratio cum libera*, insbesondere das Recht zu Veräußerungen und zu Vergleichen. Die Ermächtigung freier Verwaltung kann ausdrücklich gegeben sein oder aus dem Gesamtinhalt der Vollmacht und ihren Zwecken erhellen. Soweit dies nicht der Fall ist, beschränkt sich die Generalvollmacht auf die laufende Verwaltung.<sup>12</sup>

Auch die freie Verwaltung ermächtigt nicht zu Schenkungen, welche auf freier Gunst beruhen, Schenkungen, welche durch die Verwaltung des Vermögens gefordert werden, z. B. an Dienstboten, Neujahrs-geschenke sind dem Vertreter gestattet.<sup>13</sup>

## VI. Fehlerhafte Geschäfte.

### § 120. Richtigkeit und Anfechtbarkeit.

Was die Gestalt eines Rechtsgeschäftes hat, entbehrt oft der Wirkung eines normalen Geschäftes. Derartige Geschäfte bezeichnet man meist als ungültige.<sup>1</sup> Wir nennen sie fehlerhafte Geschäfte.

Sie sind entweder nichtig oder anfechtbar.

Vor nicht langer Zeit sah man in der scharfen Sonderung der Richtigkeit und der Anfechtbarkeit ein Zeichen der Größe des römischen Rechtes. Derzeit sprechen manche dem Gegensatz die innere Berechtigung

12) Die Römer unterscheiden *libera administratio* des Generalbevollmächtigten von gewöhnlicher Verwaltung. l. 58 ff. D. de proc. 3. 3. Hieran schloß sich das kanonische Recht in cap. 4 in 6<sup>to</sup> de procuratoribus l. 19. Die Unterscheidung ging in die Praxis über. Früher forderte man überwiegend, daß die „freie“ Verwaltung ausdrücklich in der Vollmacht gestattet sei. Es besteht jedoch kein Grund, anderen unzweideutigen Erklärungen des Vollmachtgebers keine Folge zu geben.

13) l. 7 pr. D. de donat. 39. 5. l. 8 § 5 D. quib. modis pignus solv. 20. 6.

1) Savigny Bd. 4 S. 536 hat die Bezeichnung „ungültige Geschäfte“ angewendet. Sie ist seitdem allgemein gebräuchlich geworden. Ungültig heißt aber nichts anderes, als ohne Geltung, d. h. wirkungslos. Manche begreifen daher sprachlich nicht inkorrekt unter den ungültigen Geschäften auch bedingte nach Ausfallen der Bedingung. So angewendet umfaßt der Ausdruck heterogene Dinge. Einer besonderen Betrachtung bedürfen die fehlerhaften Geschäfte. Dieser Terminus begrenzt daher das hier zu behandelnde Gebiet zweckmäßiger. Er ist auch quellenmäßig, da die Römer von vitiosen Geschäften — *institutio vitiosa* — reden. l. 29, l. 201, l. 210 D. de R. J. 50, 17. Der Ausdruck „Ungültigkeit“ hat in C.P.D. §§ 568 ff. einen besonderen Sinn im Gegensatz zur „Richtigkeit“ der Ehe.

ab. Es liege ein bloß historischer Unterschied vor. In Rom seien die Rechtsgeschäfte bald nach Civilrecht unwirksam — nichtig — gewesen, bald habe ihnen die prätorische Jurisdiktion die Geltung entzogen — anfechtbare Geschäfte. Dieser Unterschied sei mit dem Dualismus des civilen und prätorischen Rechtes beseitigt. Nur das sei jetzt die Frage, ob ein juristischer Thatbestand in der beabsichtigten Weise wirke oder nicht.<sup>2</sup>

Hierin ist ein Fortschritt nicht zu finden. Im einzelnen mag die historische Entwicklung des römischen Rechtes zuweilen die Grenzen zwischen Richtigkeit und Anfechtbarkeit bestimmt haben. Der Gegensatz selbst ist in der Sache begründet und auch heute noch von praktischer Bedeutung.<sup>3</sup>

1. Nichtig sind Geschäfte, welche der Existenzbedingungen ermangeln.

Sie sind unechte Geschäfte. Ihre Errichtung ist beurkundet oder sonst nachweisbar, aber es fehlt der juristische Gehalt. Doch sind sie um deswillen nicht bedeutungslos, denn im Leben nimmt der Schein oft die Stelle der Wirklichkeit ein.

Was zu den Existenzbedingungen der Geschäfte gehört, normirt das positive Recht. Bei dieser Normirung aber ist natürlich die Idee des Geschäftes mitbestimmend, so daß Wille, Willensfähigkeit und gewisse fundamentale Anforderungen an den Inhalt wesentlich sind.

Die Logik scheint zu fordern, daß die Nichtigkeit stets eine absolute sei. Denn Sein und Nichtsein sind absolute Gegensätze. Dennoch bewahrheitet sich dies nicht. Nicht selten ist die Nichtigkeit eine bloß relative.

Dem absolut nichtigen Geschäfte fehlt die rechtliche Existenz schlechthin.

Wer immer bei solcher Nichtigkeit interessirt ist, kann sie vor-schützen. Der Richter hat sie von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn sie aus den vorgetragenen Thatfachen erhellt.<sup>4</sup> Daher kann er

2) So namentlich Lenel, Exceptionen S. 137, Schloßmann, Zwang vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 266, Leonhard, Irrthum S. 294.

3) Nichtig ist, daß die römischen Juristen keine feststehenden technischen Bezeichnungen für Richtigkeit und Anfechtbarkeit haben, vgl. Lothar Seuffert, Natihabition S. 119 Anm. 8, Schloßmann, Zwang S. 23 Anm. 30. Der Gegensatz kam aber in den Rechtsmitteln, die sie in dem einen oder dem anderen Falle anwendeten, zum Ausdruck.

4) Allerdings behauptet Schloßmann a. a. O. S. 25, auch s. g. Nichtigkeitsgründe müßten von der Partei geltend gemacht werden, könnten nicht ex officio vom Richter berücksichtigt werden. Gerade dies aber ist unrichtig. Es ist Aufgabe des Richters, von Amtswegen zu prüfen, ob der vom Kläger vorgebrachte That-

auf ein Klagevorbringen, welches ein nichtiges Geschäft darlegt, auch dann eine Verurtheilung nicht gründen, wenn der Beklagte nicht erscheint oder sich sonst nicht vertheidigt.<sup>5</sup>

Einer besonderen Nichtigkeitsklage bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit nicht. Man kann unter Ignorirung des nichtigen Geschäftes Klagen und Einreden vorbringen und, falls es wie ein gültiges entgegengestellt wird, dessen Nichtigkeit darlegen. Wer ein rechtliches Interesse dabei hat, kann auch mittels Feststellungs-klage richterliche Konstatirung der Nichtigkeit erlangen.<sup>6</sup>

Die Nichtigkeit ist eine relative, wenn sie nicht von jedem bei ihr interessirten und nicht unter allen Umständen geltend gemacht werden kann. Häufig führen nämlich Erwägungen der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, der guten Ordnung dahin, gewissen Personen die Geltendmachung von Nichtigkeiten abzuschneiden und sie anderen allein zu eröffnen.<sup>7</sup>

In einigen Fällen ist zur Geltendmachung der Nichtigkeit eine Nichtigkeitsklage nothwendig. Insbesondere ist die Beseitigung einer formgerecht geschlossenen Ehe, auch wenn sie nichtig oder ungültig ist, nur durch Klage möglich.<sup>8</sup> Das gleiche gilt von nichtigen Urtheilen.<sup>9</sup>

2. Anfechtbare Geschäfte sind wahre, aber gleichwohl mangelhafte Geschäfte.

---

bestand nach objektivem Rechte zur Verurtheilung genügt, und dies ist nicht der Fall, wenn er sich als der Thatbestand eines nichtigen Geschäftes darstellt.

5) C.P.D. § 296. Richtigkeit des Rechtsgeschäftes kann der Beklagte, auch wenn er sie in den früheren Instanzen nicht gerügt hat, mittels Revisionsbeschwerde beim Reichsgericht geltend machen, R.G. Bd. 8 S. 144.

6) C.P.D. § 231. Die Frage, ob dem bei der Feststellung der Nichtigkeit interessirten eine Nichtigkeitsklage offen stehe, war früher lebhaft bestritten. Viele Rechtslehrer verneinten sie, weil der Richter nicht vernichten könne, was nichtig sei, vgl. Savigny Bd. 4 S. 540. Der Richter kann aber die Nichtigkeit rechtskräftig feststellen. Hierüber besteht jetzt ein Zweifel nicht mehr.

7) Ein zweifelloses Beispiel solcher relativer Nichtigkeit giebt R.D. § 6. Sie erklärt Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen hat, „den Konkursgläubigern gegenüber für nichtig“. Diesen gegenüber sind solche Rechtsgeschäfte nicht vorhanden, ihnen gegenüber kann eine Klage auf sie nicht gegründet werden. Anderen Personen gegenüber sind aber jene Rechtshandlungen gültig. In ähnlicher Weise fanden wir, daß simulirte Geschäfte zwar nichtig sind, daß aber diese Nichtigkeit gegenüber Dritten in bona fide nicht zur Geltung gebracht werden kann, vgl. oben § 100 S. 227. Die relative Nichtigkeit kann sich bloßer Anfechtbarkeit nähern. Sie ist grundsätzlich gleichwohl von ihr verschieden, und dies kann sich auch praktisch geltend machen. Gegen die relative Nichtigkeit erklärte sich Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 4 und 5, vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 82 Anm. 8, der übrigens die relative Nichtigkeit anders auffaßt, als hier geschieht.

8) C.P.D. §§ 568 ff.

9) C.P.D. §§ 541 ff.

Sie begründen das beabsichtigte Rechtsverhältniß. Der Richter ist berechtigt und verpflichtet, auf Grund derselben zu verurtheilen. Er ist dies auch dann, wenn die Mängel, welche eine Anfechtbarkeit begründen, thatsächlich feststehen, z. B. durch den eigenen Vortrag des Klägers, ohne aber vom Anfechtungsberechtigten geltend gemacht zu werden.

Es bedarf einer besonderen Reaktion, damit die Wirkung des Geschäftes vereitelt oder beseitigt wird.<sup>10</sup>

Die Mängel, welche die Anfechtung begründen, sind sehr verschiedener Art. Hiernach sind die Anfechtungsberechtigten, wie auch die Rechtsmittel, durch welche die Anfechtung geltend gemacht wird, verschieden.

Die Anfechtung steht häufig einem der Kontrahenten selbst offen, z. B. wegen Betruges. Manche Anfechtungsgründe berechtigen nur Dritte zur Anfechtung. Es gehört hierher die Anfechtungsklage der Gläubiger — *actio Pauliana* — gegenüber gewissen Rechtshandlungen, welche ihr Schuldner, der ihren Forderungen nicht gerecht werden kann, vornahm.

Die Anfechtung kann meist durch Einrede geltend gemacht werden; zuweilen sind Klagen erfordert; unter Umständen bedarf es eines besonderen Eingreifens der Obrigkeit mittels *restitutio in integrum*.

Verzicht auf die Anfechtung beseitigt den Mangel des Rechtsgeschäftes, wenn der Verzichtende zu der Erklärung legitimirt ist.

### § 121. Eidliche Bestätigung fehlerhafter Geschäfte.<sup>1</sup>

Staatsinteresse und religiöse Empfindung treten bei der Frage in Konflikt, ob eine eidliche Bestätigung fehlerhaften Geschäften Kraft verleiht. Nach unseren Rechtsquellen wurde diese Frage seit andert-halb Jahrtausenden in verschiedenem Sinne beantwortet.

Die Römer sprachen der Bestätigung fehlerhafter Geschäfte durch promissorischen Eid im allgemeinen die verbindliche Kraft ab.<sup>2</sup>

10) Geht also aus der Verhandlung hervor, daß das der Klage zu Grunde liegende Geschäft durch Erpressung veranlaßt ist, so muß der Richter doch verurtheilen, solange der Beklagte die Erpressung nicht geltend macht. Ebenso ist es, wenn die Verhandlung über die Darlehensklage ergibt, daß das Darlehen einem Haussohne gegeben war, der Beklagte aber diese Seite der Sache nicht geltend macht.

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 n. 9.

2) l. 7 § 16 D. de pactis 2, 14, l. 5 § 1 C. de legibus 1, 14, l. 112 § 4 D. de legatis I.

Eine Verordnung von Alexander Servius versagte jedoch Minderjährigen die Restitution gegen durch körperlichen Eid bekräftigte Verkäufe, weil Eidbruch und Treubruch die Rechtswohlthat nicht verdienten.<sup>3</sup>

Im Mittelalter stritt man über die Tragweite dieser Verordnung. Im Gegensatz zur Ansicht von Vulgarus bezog sie Martinus auch auf nichtige Geschäfte der Minderjährigen. Ihm folgend erklärte die authentica „sacramenta puberum“ von Friedrich I. nicht erzwungene, an sich ungültige Geschäfte von Minderjährigen im Falle eidlicher Bestärkung für gültig. Desgleichen thaten die Päpste, sofern es sich nicht um Geschäfte handele, welche das Seelenheil gefährdeten.<sup>4</sup>

Dies war Ausfluß mittelalterlicher Rechtsansichten, wonach sich die Willkür des Individuums über die Rechtsordnung erheben konnte. Nach neuerem gemeinen Rechte hat aber eidlicher Verzicht auf Geltendmachung der Fehler eines Geschäftes nicht mehr Kraft als einfacher Verzicht.<sup>5</sup>

#### § 122. Konvalescenz fehlerhafter Geschäfte.

Fehlerhafte Rechtsgeschäfte gewinnen keine Kraft dadurch, daß der Grund wegfällt, in welchem ihr Fehler bei ihrer Begründung beruhte.<sup>1</sup>

In einigen Fällen wird die Nichtigkeit durch Veränderung der Umstände geheilt. Insbesondere erhalten Schenkungen unter

3) l. 1 C. si adversus venditionem 2. 27.

4) cap. 8 X de jurejurando 2, 11.

5) Windscheid § 83a gesteht der eidlichen Bestärkung von Rechtsgeschäften in zwei Fällen Kraft zu, nämlich einmal im Fall der Bestärkung von Willenserklärungen mündiger Minderjähriger, und zweitens im Fall der eidlichen Bestätigung der Veräußerung ihrer Totalimmobilien seitens ihres Mannes durch die Ehefrau. Aber diese Ausnahmefälle existiren nicht mehr; die eidliche Bestärkung von ungültigen Geschäften ist schlechthin wirkungslos. Aus dem Strafgesetzbuch § 302 geht hervor, daß eidliche Bestärkung nach der jetzigen Rechtsauffassung keinen Grund mehr bildet, um Rechtsgeschäften mit Minderjährigen rechtliche Anerkennung zu sichern. Das nach § 301 des Strafgesetzbuchs strafbare Geschäft mit Minderjährigen wird nur um so strafbarer, wenn man es sich durch denselben eidlich bekräftigen läßt. Die Zustimmung der Ehefrau zur Veräußerung ihrer Totalimmobilien durch ihren Mann aber ist nach deutschem Gewohnheitsrechte auch ohne eidliche Bestärkung rechtsverbindlich.

1) l. 201 D. de R. J. 50, 17 von Javolenus; l. 210 D. eod. Licinius Rufinus libro 2 regularum: quae ab initio inutilis fuit institutio ex postfacto convalescere non potest. Dann generell l. 29 D. de R. J. 50, 17 Paulus libro 8 ad Sabinum: quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

Ehegatten Geltung, wenn der Schenker vor dem Beschenkten in der Ehe verstirbt, ohne widerrufen zu haben.<sup>2</sup>

Ganz singular ist es, daß Zeitablauf die Nichtigkeit der Veräußerung landwirthschaftlicher Grundstücke Minderjähriger, welche ohne obervormundschaftlichen Konsens geschehen war, heilt.<sup>3</sup>

Die Genehmigung nchtiger Geschäfte durch die Beteiligten unter Umständen, unter denen sie gültig abgeschlossen werden könnten, hat rückwirkende Kraft.<sup>4</sup> Die Rückziehung ist ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit Folge eines Verbotsgesetzes ist, dessen Wirksamkeit durch die Rückziehung in Frage gestellt würde,<sup>5</sup> oder wenn sie durch Verabäumung der gesetzlichen Form des Geschäftes entstand.<sup>6</sup>

## VII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

### § 123. Auslegung.<sup>1</sup>

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte begnügt sich im entwickelten Rechte nicht, wie in früheren Epochen, mit dem Wortsinne. Sie hat

2) l. 32 D. de don. int. vir. et u. 24. 1; vgl. ferner l. 17 D. de fundo dotali 23, 5. Es konvalescirt auch Veräußerung und Verpfändung fremder Objekte nachträglich, wenn der Veräußerer später deren Eigenthümer wird.

3) l. 3 C. si major factus 5, 74.

4) Windscheid § 83 Ziff. 2 und Lothar Seuffert, Rathabition S. 117 nennen diese Art der Genehmigung „Bestätigung.“ Es ist streitig, ob die Genehmigung nchtiger Rechtsgeschäfte rückwirkende Kraft hat oder nicht. Die Absicht des Rathabiten ist nicht Begründung eines neuen Geschäftes, sondern Bekräftigung des genehmigten. Hiernach bestimmen sich jedenfalls die Verpflichtungen, welche er durch das genehmigte Geschäft persönlich übernimmt, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 229 ff. Eine andere Frage ist, ob auch das Recht das nchtige Geschäft als von vornherein gültig ansieht. Der Logik entspricht dies nicht. Streng genommen ist und bleibt es nach rechtlicher Betrachtung ein nichts und kann nie etwas werden, streng genommen könnte das Recht also die Rechtswirkungen nur von dem neuen Geschäft — der Genehmigung — ausgehen lassen. Justinian hat sich jedoch auf so subtile Unterschiede nicht eingelassen. Er giebt der Rathabition fehlerhafter Geschäfte rückwirkende Kraft. l. 25 C. de don. int. vir. et u. 5, 16, l. 7 pr. C. ad S. C. Macedonianum 4, 28. Dies mochte ihm um so unbedenklicher erscheinen, als die Rückziehung nur unbeschadet der Rechte Dritter geschieht. Es war damit eine handliche Formel gewonnen und zugleich ein Resultat, was dem praktischen Bedürfniß entsprach. So im wesentlichen Windscheid Bd. 1 § 83 Anm. 10. A. Ansicht namentlich Seuffert a. a. D. S. 122 ff., Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 215.

5) Aus diesem Satze erklärt sich die Entscheidung der l. 65 § 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

6) Diese Beschränkung geht aus der l. 25 C. de don. int. vir. et u. 5, 16 hervor.

1) Brinz 1. Auflage S. 1572 ff., Regelsberger bei Endemann, Handelsrecht Bd. 2 S. 386 ff., Leonhard, Irrthum S. 172 ff.

den Willen der Betheiligten aus der Gesamtheit der Bestimmungen des Geschäftes und nach dessen erkennbaren Zielen zu ermitteln.<sup>2</sup>

Zu diesem Zwecke hat sich der Interpret Zeit und Ort und Umstände des Geschäftschlusses zu vergegenwärtigen.

Die Schwierigkeit steigert sich bei zweiseitigen Geschäften. Hier ist festzustellen, worüber die Betheiligten einig geworden sind.<sup>3</sup> Dabei ist der gewöhnliche Sinn, welchen die gebrauchten Worte am Orte der Abfassung haben, zu Grunde zu legen;<sup>4</sup> es sei denn, daß die Betheiligten einen anderen Sprachgebrauch hatten.<sup>5</sup> Der Gebrauch von Geschäftsformularen, welche im Verkehre üblich sind, und deren Sinn feststeht, erleichtert unter Umständen die Aufgabe. Oft liegt dem Interpreten ein ungeklärtes Material vor, da den Betheiligten die Fähigkeit oder die Zeit oder die Sorgsamkeit fehlte, ihren Gedanken Durchbildung und entsprechenden Ausdruck zu geben. Es muß dann der Richter die bestimmenden Gedanken zu entwickeln und durchzuführen suchen.<sup>6</sup>

Erläuterungen der Betheiligten dienen zur authentischen Interpretation des Geschäftes, mögen sie vor oder nach dem Geschäftschlusse

2) Dies sprechen die klassischen Juristen oft aus, und zwar für Testamente wie für Verträge. 1. 12 D. de R. J. 50. 17; 1. 219 D. de V. S. 50. 16. Papinianus libro 2 responsorum. In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus, qui suscepit, pertineret. jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. Dennoch finden sich auch Aeußerungen, die scheinbar entgegenstehen. So l. 25 § 1 D. de leg. III Paulus libro 1 ad Neratium. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Paulus meint wohl nichts anderes, als daß man an Geschäften nicht deuteln solle, die wörtlich genommen einen befriedigenden Sinn geben. Schärfer spricht dies Marcellus libro singulari responsorum l. 69 pr. D. eod. aus: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. Vgl. noch l. 125 D. de V. S. 50. 16.

3) Die Auslegung hat bei Verträgen den Sinn festzustellen, der in sie vereinbarter Weise hineingelegt wurde und sich in ihnen verkörpert. Behauptet der eine Theil, er habe mit dem Vertrage einen anderen Sinn verbunden, als nach sachgemäßer Auslegung vereinbart erscheint, so kann er dies geltend machen, wenn ein erheblicher, wesentlicher, entschuldigbarer Irrthum stattfand. Damit treten wir aber in ein anderes Gebiet, als dasjenige der Auslegung ist. Es ist nicht Auslegungsregel und auch nicht richtig, wie man behauptet hat, der Sinn einer Erklärung bei Vertragsunterhandlungen sei derjenige, welchen der andere Kontrahent in ihm finden mußte. Vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 84 Anm. 13.

4) Wächter in Archiv für civ. Praxis Bd. 19 S. 114.

5) Bei Geschäften, die von Bevollmächtigten, Notarien, Gerichten redigirt sind, ist deren Sprachgebrauch maßgebend.

6) In diesem Sinne ist es aufzufassen, wenn das R.D.S.G. Bd. 22 S. 371 bemerkt, „was die Interessenten für einen von ihnen nicht vorgeesehenen Fall nach den Zwecken ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassung gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille.“

abgegeben sein. Bei letztwilligen Verfügungen sind die Erläuterungen des Erblassers maßgebend; <sup>7</sup> bei zweiseitigen Geschäften muß Einverständnis über die Erläuterung abgewaltet haben, <sup>8</sup> die man für sich anrufen will. Langjährige gleichförmige Übung hat die Bedeutung einer ausdrücklichen Erläuterung der Geschäftsabsicht, vorausgesetzt, daß sie nicht nachweisbar auf Irrthum, Geschäftskulanz oder ähnlichen Motiven beruht. <sup>9</sup>

Eine Auslegungsregel, mit welcher die römischen Juristen vielfach operiren, ist, jedes Wort genau zu beachten und nichts als überflüssig anzusehen. <sup>10</sup> Sie ist zutreffend, wo eine sorgsame Redaktion der Geschäftsbedingungen vorauszusetzen ist, z. B. bei Statuten von Aktiengesellschaften, bei Versicherungsbedingungen. Es muß aber zu Mißgriffen führen, einen prägnanten Sinn auch da zu suchen, wo Ungeheiß und Unklarheit der Redaktion zu Tage tritt.

Im Zweifel ist für die geringere Belastung und Verpflichtung zu sprechen. Denn eine Verbindlichkeit ist nur anzuerkennen, soweit sie nachweisbar ist. <sup>11</sup>

#### § 124. Beurtheilung nach Billigkeit und Recht.

Die Rechtsgeschäfte stehen unter der Herrschaft der Billigkeit — der bona fides. Diese verlangt Festhalten am Vereinbarten, sie fordert aber auch eine Deutung, wonach es nicht zum Fallstrick für den einen Theil wird. <sup>1</sup>

Hieraus erklärt sich die Regel, daß dunkle und zweideutige Bestimmungen eines Vertrages dem Schaden, welcher ihn redigirt hat. Die Rechtsquellen wenden diese Regel vorzugsweise gegen Verkäufer und Vermiether, <sup>2</sup> Entscheidungen des R.D.F.G. wenden sie auch gegen Versicherer und Frachtführer an. <sup>3</sup>

7) l. 21 § 1 D. qui test. facere 28, 1, l. 96 D. de R. J. 50, 17.

8) vgl. oben § 98 S. 224.

9) R.G. Bd. 2 S. 51, R.D.F.G. Bd. 9 S. 386.

10) Vgl. oben § 107 Anm. 4.

11) l. 34 in fine D. de R. J. 50, 17, l. 9 D. eod.

1) Die römischen Quellen sprechen dies für bonae fidei negotia aus. l. 7 § 1 am Ende D. de resc. vend. 18, 5. Paulus libro 5 quaestionum . . . vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si justo errore sit deceptus, ähnlich l. 22 C. de locato 4, 65, vgl. Birkmeyer, Exceptionen 1874 S. 146 ff. R.D.F.G. Bd. 10 S. 11 ff. Nach heutigem Rechte haben alle Rechtsgeschäfte den Charakter von bonae fidei negotia, abgesehen von Wechselschulden.

2) l. 39 D. de pactis 2, 14. Papinianus libro 5 quaestionum. Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in

Der Inhalt des Geschäftes muß rechtlich möglich sein. Dies ist aber nicht rücksichtslos zur Umstoßung von Geschäften zu benutzen.

Zweideutige Bestimmungen werden so aufgefaßt, wie sie rechtliche Geltung haben können.<sup>4</sup>

Sind Geschäfte in der Weise, wie sie die Betheiligten dachten und faßten, ungültig, lassen sich aber Gesichtspunkte finden, nach denen sie rechtlich realisirbar sind, so hat sie der Richter vorzuziehen. Man bezeichnet ein solches Verfahren meist als Konversion des Rechtsgeschäftes.

In der That handelt es sich aber um Erhaltung, nicht um Umwandlung des Geschäftes.<sup>5</sup>

Gültiges ist vom ungültigen zu trennen — *utile per inutile non vitiatur*.<sup>6</sup> Eine derartige Scheidung ist aber unzulässig, wenn ihr Resultat der Vertragsabsicht<sup>7</sup> oder der Intention von Verbotsgesetzen widerspräche.<sup>8</sup>

Die Erhaltung letztwilliger Verfügungen,<sup>9</sup> der *Dotz*,<sup>10</sup> der Freiheit — *causae favorabiles* — gilt als besonders anzustreben.

quorum fuit potestate legem apertius conscribere. l. 33 D. de contr. empt. 18. 1. l. 77 D. eod. Das gleiche nahm Celsus bei Stipulationen an. l. 26 D. de rebus dubiis 34. 5. l. 99 pr. D. de verb. obl. 45. 1.

3) R.D.S.G. Bd. 14 S. 437 und dort citirten Entscheidungen.

4) l. 67 D. de R. J. 50. 17. Julianus libro 87 digestorum. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. l. 21 § 1 D. de rebus dubiis 34. 5. l. 80 D. de verb. obl. 45. 1.

5) Es liegt eine Konversion des Namens des Geschäftes nicht des Geschäftes selbst vor. Beispiele giebt l. 5 pr. D. de resc. vend. 18. 5. l. 8 pr. l. 19 pr. D. de acceptil. 46. 4 und andererseits l. 1 § 2 D. de verb. obl. 45. 1. l. 1 § 4 D. de pecunia constituta 13. 5. Vgl. Römer, Konversion der Rechtsgeschäfte im Archiv für civ. Praxis Bd. 36 n. 4. Eine Konversion des Geschäftes der Sache nach findet sich, wenn einem Betheiligten das Recht gegeben ist, das Geschäft durch einen Entschluß umzuwandeln, z. B. der Miether wird berechtigt, die Miethe nach Belieben in ein Kaufgeschäft zu verwandeln. Es gehört hierher auch die *Radicalar*klause, wonach der Testamentserbe seine Erbeseinsetzung in die Zuwendung eines Universal-fideikommisses umwandeln darf.

6) l. 1 § 5 D. de verb. obl. 45. 1. vgl. aber l. 7 § 1 D. de receptis 4. 8. Beispiele der Regel sind folgende: Zinsversprechen, welche das gesetzliche Zinsmaximum überschreiten, waren bis zum Verlaufe der gesetzlichen Zinsen gültig, Zahlungsver-sprechen — *constitutum* — einer Schuld über das Maß der Schuld hinaus haben bis zu deren Verlaufe Geltung. l. 11 § 1 D. de pecunia constituta 13. 5. Dagegen war eine *fidejussio*, durch welche mehr als die Hauptschuld versprochen wurde, gemäß strikten Rechtes ganz ungültig. Nicht ininuirte Schenkungen über 500 solidi sind über diesen Betrag hinaus nichtig, bis zu diesem Betrage gültig. Vermächtnisse, welche die *Falcidische* Quart überschreiten, werden reducirt.

7) Man kauft z. B. einen Bauplatz mit einem ihn durchschneidenden öffentlichen Wege, dessen Verlegung man zu erreichen hofft. Es gelingt nicht, diese Verlegung zu erwirken, der Kauf ist ganz unwirksam.

8) Nach dem Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 sind wucherische Geschäfte nichtig und keineswegs bloß soweit, als der Gläubiger sich übermäßige Vortheile ausbedinget.

9) l. 12 D. de R. J. 50. 17. l. 24 D. de rebus dubiis 34. 5. l. 12 § 2 D. de usu 7. 8.

10) l. 85 pr. D. de R. J. 50. 17. l. 2. l. 70 D. de jure dotium 23. 3.

## Fünfter Abschnitt.

## Der Rechtsschutz.

## Erstes Kapitel.

## Selbsthülfe und Rechtshülfe.

§ 125. Selbsthülfe.<sup>1</sup>

Die Verwirklichung der Privatrechte geschieht in unzähligen Fällen freiwillig. Häufig aber findet sie Widerstand, dessen Ueberwindung erforderlich ist.

Hier begegnet sich das Privatrecht mit dem öffentlichen Rechte. Es erfährt von ihm eine Eingrenzung durch die Beschränkung der Selbsthülfe. Es erhält wirksame Unterstützung durch Gewährung der Rechtshülfe.

Selbsthülfe ist Verwirklichung eines Rechtes gegenüber Widerstand mittelst Veranstaltungen des Berechtigten ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit.

Die Anwendung der Selbsthülfe liegt nahe, wenn man in einem Rechte gekränkt wird, von dessen Existenz man überzeugt ist. Aber nicht jede Form der Selbsthülfe ist berechtigt. Der Staat ist genöthigt, ihr enge Grenzen zu ziehen. Denn an die Selbsthülfe knüpfen sich leicht Ausschreitungen von beiden Seiten, und unter dem Vorwande der Selbsthülfe könnte sich Willkür und Gewalt üppig entwickeln. Die Beschränkung der Selbsthülfe läßt sich nicht anders durchführen als durch öffentliche oder auch private Strafen. So entsteht leicht die tragische Folge, daß derjenige, welcher nur sein gutes Recht durchführen wollte, dem Strafgesetze verfällt.

Die Selbsthülfe ist entweder Selbstvertheidigung oder Selbstbefriedigung.

Selbstvertheidigung ist eigenmächtige Aufrechterhaltung bestehender Zustände gegenüber Versuchen Dritter, sie zu ändern. Hauptfall ist Erhaltung unsres Besitzes durch eigene Kraftentwicklung.

1) Linde in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 21; Bensen, rhein. Museum Bd. 7 n. 1; Sartorius in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 1; Schmitt, die Selbsthülfe 1868; Wendt, Faustrecht in Jherings Jahrbüchern Bd. 21 n. 2.

Selbstbefriedigung ist die eigenmächtige Herstellung eines unserem Rechte entsprechenden Zustandes. Insbesondere ist die Verwirklichung von Forderungen z. B. durch Wegnehmen der Schuldobjekte Selbstbefriedigung.

Selbstvertheidigung ist in der Regel berechtigt,<sup>2</sup> Selbstbefriedigung in der Regel nicht berechtigt.

Aber auch Selbstbefriedigung ist in Nothfällen berechtigt, d. h. dann, wenn die Hülfe der Obrigkeit zu spät käme, um unwiederbringlichen Schaden von uns abzuwenden.<sup>3</sup>

Selbstbefriedigung ist ferner zulässig, wenn sie vertragsmäßig erlaubt wurde, sofern sie sich in den Grenzen der Vereinbarung hält.<sup>4 5</sup>

Unberechtigter Selbsthülfe trat in Rom die öffentliche Strafe des *crimen vis* entgegen.<sup>6</sup> Hieran schlossen sich Privatstrafen.

a) Nach einem *decretum divi Marci* verlor der Gläubiger, welcher eine eigenmächtige Privatpfändung gegenüber seinem Schuldner vornahm, sein Forderungsrecht.<sup>7</sup> Dies dehnte man auf Fälle aus, in

2) l. 1 C. unde vi 8, 4. Diocletianus et Maximianus. Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. Vgl. l. 3 D. de just. et jure l. 1. l. 4 D. ad legem Aquiliam 9, 2. l. 1 § 27 D. de vi 43, 16. Der juristische Besitzer ist befugt, denjenigen, welcher für ihn besitzt, eigenmächtig aus seiner Sache herauszusehen. Dies galt nach römischem Rechte namentlich auch gegenüber dem Miether und Pächter. Dies Reichsgericht in Strafsachen — Bd. 9 S. 58 — erachtet aber derartige Selbsthülfe nicht mehr für berechtigt. Es bestrafte daher den Vermiether wegen Nöthigung, welcher, um den Miether nach der Kündigung zum Ausziehen zu zwingen, Thüren und Fenster der Miethwohnung aus hob.

3) l. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8.

4) l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus. Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent; siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 327 ff. Vgl. hierzu auch R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 63.

5) Erlaubt ist auch die Einschließung der Miethsachen in der Miethwohnung, solange der Miether seinen Verpflichtungen aus der Mieth nicht vollständig Genüge geleistet hat, l. 9 D. in quibus causis pignus 20, 2.

6) l. 5, l. 8 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7, vgl. über das *crimen vis* Rein, Kriminalrecht der Römer S. 732 und dort citirte.

7) l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7. Callistratus libro 5 de cognitionibus. Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, divus Marcus decrevit jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt. „Optimum est, ut, si quas putas de habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es.“ et cum Marcianus diceret „vim nullam feci“: Caesar dixit „tu vim putas esso solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit, non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire, quicquam non jure facere, quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi

welchen der Gläubiger sonst eigenmächtig Zahlung erzwang. Es war nicht nothwendig, daß diese Eigenmacht in Gewalt bestand.

b) Nach der l. 7 C. unde vi 8, 4 vom Jahre 389 hatte der Eigentümer, welcher mit Gewalt den Besizer verdrängte, diesem die Sache zurückzugeben und verlor sein Eigenthum. War er Niechteigenthümer, so hatte er außer der Sache deren Werth zu erstatten.

Dem heutigen Rechte sind die römischen öffentlichen und privaten Strafen der Selbsthülfe fremd.<sup>8</sup>

Selbsthülfe an sich ist kein strafbares Vergehen mehr. Allein die Mittel der Selbsthülfe können Vergehen bilden. Namentlich verfällt nach dem Strafgesetzbuche in öffentliche Strafe, wer einen anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung oder Unterlassung nöthigt.<sup>9</sup> Die Widerrechtlichkeit wird nicht dadurch allein aufgehoben, daß man sein Recht verwirklichen wollte. Sie ist aber dann nicht vorhanden, wenn man berechnigte Selbsthülfe übte, sich z. B. in seinem Besitze vertheidigte.

Ebenso macht Sachbeschädigung, wenn sie behufs berechtigter Selbsthülfe geschah, civilrechtlich und strafrechtlich nicht verantwortlich.<sup>10</sup> Auch gegenüber der Anklage wegen Hausfriedensbruches und anderer Vergehen giebt berechnigte Selbsthülfe einen Vertheidigungsgrund.<sup>11</sup>

*traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.*“ Vgl. hierzu dieselbe Stelle mit mehrfachen Interpretationen in l. 13 D. quod metus causa 4, 2, siehe ferner l. 12 § 2 D. eod.

8) Die Geltung der römischen Privatstrafen wegen Selbsthülfe in Deutschland wurde vor dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches von der Theorie überwiegend gelehrt. Auch der Praxis waren sie nicht fremd, doch war ihre praktische Anerkennung keineswegs eine allgemeine. Seit dem Strafgesetzbuche sind sie außer Geltung getreten. Angesehene Schriftsteller, wie Windscheid Bd. 1 § 123 Anm. 4a und Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 260, haben sich gegen die weitere Anwendbarkeit ausgesprochen. Allerdings sind die Gründe, welche sie anführen, vom theoretischen Standpunkte aus bestritten, aber für die Praxis war damit eine Handhabe gegeben, um von jenen Privatstrafen fortan vollends abzusehen.

9) Strafgesetzbuch §. 253.

10) l. 4 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 29 § 3, l. 49 § 1 D. eod., l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24, l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19, 5 Pernice, Sachbeschädigung S. 34 ff. R.G. Bd. 5 S. 161.

11) Kann unberechtigte Selbsthülfe als Diebstahl oder Unterschlagung bestraft werden? Das Strafgesetzbuch setzt im § 242 fest: wer eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls bestraft; entsprechend bestimmt es im § 246 die Unterschlagung. Hiernach hat R.G. für Strafsachen Bd. 1 S. 193 unberechtigte Wegnahme von Zahlungsmitteln für eine Forderung als Diebstahl aufgefaßt, vgl. freilich auch R.G. Bd. 2 S. 184. Dem Wortlaute des Strafgesetzbuches mag dies entsprechen. Aber der Begriff der Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung kann nicht aus den Worten des Gesetzes allein entnommen werden. Die historische Entwicklung, die

## § 126. Rechtshülfe.

Die Selbsthülfe ist nur in beschränktem Maße zulässig. Auch hat nicht jeder zu ihr die Kraft, nicht jeder die Neigung. Das Privatrecht bedarf daher der Hülfe des Staates.

So kommt es zu einem eigenthümlichen Zusammenwirken des privaten und des öffentlichen Rechtes.

Das primäre ist hierbei das Privatrecht. Es müssen privatrechtliche Berechtigungen oder doch schutzbedürftige private Interessen bestehen; die betheiligten Privaten müssen deren Wahrung wollen und die nöthigen Schritte hierzu thun.

Der Staat tritt dann, wenn er sich von der Existenz des Rechtes überzeugt hat, mit den Mitteln des öffentlichen Rechtes, mit seiner Zwangsvollstreckung ein.

Nicht richtig ist die Vorstellung, daß das Privatrecht die Befugniß zur Pfändung der Vermögensobjekte des Schuldners, zur Wegnahme geschuldeter Objekte und zu anderen Zwangsvollstreckungsmitteln gebe, daß aber der Private bei der Ausübung der Vollstreckung an die Mitwirkung der Gerichte und der Organe derselben gebunden sei. Hiernach würde der Staat seine Beamten dem Dienste der Privaten bereitstellen, der Antrag der Privaten wäre Auftrag, die Beamten wären Vertreter der Parteien.<sup>1</sup>

Es ist wichtig, scharf zu unterscheiden. Der Staat hat ein selbständiges Interesse bei der Verwirklichung der einzelnen Privatrechte nicht. Für ihn ist gleichgültig, ob eine Sache in der Hand des A. oder des B. ist, ob der D. ein Darlehen rechtzeitig zurückzahlt oder nicht. Nur darin besteht das öffentliche Interesse, daß jedem sein Recht zu Theil wird, wenn er es verlangt. Denn hierauf beruht das geordnete Zusammenleben in der Gesellschaft.

Um deswillen ist das öffentliche Recht und die öffentliche Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Privatrechte von der Bedingung der Parteithätigkeit abhängig. Es bedarf eines Antrages, damit sich

---

vollstümliche Auffassung muß bei der Auslegung in das Gewicht fallen. Eine „diebische“ Absicht muß vorhanden sein, wenn ein Diebstahl angenommen werden soll. Wer nur Selbsthülfe beabsichtigt, hat sie nicht. — Im Fall berechtigter Selbsthülfe ist die Aneignung nicht widerrechtlich. Hier kann zweifelsohne von Diebstahl oder Unterschlagung nicht die Rede sein.

1) Diese Auffassungen haben grundsätzliche Vertretung bei A. S. Schulze, Privatrecht und Prozeß S. 64 gefunden. Auf demselben Standpunkte stehen die Schriftsteller, welche annehmen, daß der Richter bei der nothwendigen Substitution, d. h. der öffentlichen Versteigerung von Immobilien im Wege der Zwangsvollstreckung, Vertreter des Gläubigers, oder auch des Schuldners sei. Doch würden manche, die dies annehmen, vielleicht Bedenken tragen, den Grundsätzen von Schulze generell zu huldigen.

das Gericht in Bewegung setzt; wird der Antrag zurückgezogen, so erledigt sich damit das Verfahren. Aber der Richter und seine Organe vollziehen öffentlichrechtliche Funktionen, wenn sie in Folge der Parteianträge thätig werden. Sie erhalten ihren Auftrag vom Staate; sie dienen ihm, wenn sie den Anträgen der Parteien gerecht werden.<sup>2</sup>

Mit der staatlichen Hülfe in bürgerlichen Rechtsfachen sind die Gerichte betraut.<sup>3</sup>

Bürgerliche Rechtsfachen — Justizfachen — entspringen aus privatrechtlichen Verhältnissen. Auch Verhältnisse des öffentlichen Rechtes haben oft eine privatrechtliche Seite und bilden insoweit Justizfachen.<sup>4</sup> Beispielsweise sind die vermögensrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten an den Staat Justizfachen, obgleich das Verhältniß des Staates zu seinen Beamten an und für sich öffentlichrechtlicher Natur ist.<sup>5</sup>

Das Recht auf die Hülfe der Gerichte — der Rechtsweg — ist ein unveräußerliches Attribut der Privatrechte. Vereinbarungen, durch welche man auf die Geltendmachung des Rechtsweges verzichtet, sind daher nichtig.<sup>6</sup>

2) Der Gegensatz der Auffassungen zeigt sich praktisch bei der Frage, ob der Richter, welcher sich bei Durchführung einer Zwangsvollstreckung eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, dem beschädigten Gläubiger unmittelbar mit der Mandatsklage haftet oder nur in Folge der Syndikatsklage, d. h. der Klage wegen Amtsvergehens, welche voraussetzt, daß von anderer Seite Ersatz nicht zu erlangen ist. Ist die Mandatsklage gegen den Richter nicht begründet — und wir behaupten, daß sie im praktischen Leben niemand als zulässig erachten würde — so rechtfertigt dies den Schluß, daß dem geltenden Rechte, die Auffassung von A. S. Schulze fern liegt, wie sie auch theoretisch unhaltbar ist. Zweifelhaft ist aber die Sache beim Gerichtsvollzieher. Nach der C.P.D. § 674 geschieht die Zwangsvollstreckung durch Gerichtsvollzieher im „Auftrage“ des Gläubigers. Die Motive der C.P.D. S. 411 heben hervor: „aus der Selbständigkeit ihrer Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen“. Hiernach hat R.G. Bd. 9 S. 361 eine Haftung des Gerichtsvollziehers als Beauftragten des Gläubigers angenommen; vgl. mein Preuß. Pr. Recht Bd. 2 § 298 Anm. 28. Dagegen hat R.G. Bd. 10 S. 233 entschieden, daß auch für die Vertretungspflicht des Gerichtsvollziehers dessen Eigenschaft als eines Vollstreckungsorgans mit staatlicher Beamtenqualität maßgebend sei, daß er daher dem Gläubiger nicht als Beauftragter, sondern als Beamter, also außerkontraktlich und bloß subsidiär hafte. Die letztere Auffassung entspricht dem Wesen der Sache. Von diesem Standpunkte aus ist sie vorzuziehen.

3) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 13.

4) Ueber das Verhältniß der Justiz zur Administration giebt ein reiches Material Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 3 S. 179 — 636.

5) Nach C.W.G. § 9 darf der Rechtsweg wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse nicht ausgeschlossen werden.

6) Etwas anderes sind Schiedsverträge. Diese sind gültig. Vgl. C.P.D. §§ 851 ff. Aber der Vertrag einer Staatsbehörde mit einem Privaten, wonach in Streitfällen die Behörde unter Ausschluß des Rechtsweges entscheiden soll, ist kein Schiedsvertrag, da dieser einen Dritten als Schiedsrichter voraussetzt. Ein solcher Vertrag ist unverbindlich. Ungültig ist auch die Bestimmung eines Gesellschaftsvertrages, daß über die Ausschließung eines Gesellschafters die Mehrheit der übrigen unter Ausschluß des Rechtsweges entscheiden soll, R.D.S.G. Bd. 21 S. 84.

## Zweites Kapitel.

## Die Klagerrechte.

§ 127. Begriff des Klagerrechtes.<sup>1</sup>

Klage — *actio* — ist die gerichtliche Handlung, durch welche man ein Prozeßverfahren und ein richterliches Urtheil herausfordert. Sie bildet einen Angriff des Klägers gegen den Beklagten.

Klagerrecht — gleichfalls *actio* genannt — hat eine doppelte Bedeutung: eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche.<sup>2</sup> Prozeßualisch hat ein Klagerrecht, wer die Existenz einer klagbaren Befugniß behauptet; er kann Justiz über seinen angeblichen Rechtsanspruch verlangen.<sup>3</sup> Klagerrecht im privatrechtlichen Sinne ist das Recht des Klägers auf ein ihm günstiges Urtheil gegenüber dem Beklagten. Der Kläger muß die Befugniß haben, welche er durch Klage geltend macht.<sup>4</sup> Nur die privatrechtliche Seite des Klagerrechtes ist hier zu besprechen.

Das Klagerrecht bedarf eines doppelten Fundamentes:

a) Es muß ein Recht bestehen, welches der Klage zu Grunde liegt. Dies ist wenigstens das normale. Es giebt jedoch Interessen, welche ein Recht nicht bilden, aber gleichwohl durch Klage geschützt werden.<sup>5</sup>

b) Es muß ferner das Bedürfniß eines Schutzes durch richterliches Urtheil bestehen.

Ein solches Bedürfniß liegt entweder in Rechtsverletzung oder in Rechtsgefährdung.

1) Die historische Seite des Aktionenrechtes haben dargestellt: Keller, Civilprozeß und die Aktionen 1. Ausg. 1855, 5. Ausgabe bearbeitet von Bach 1876; ferner Bekker, die Aktionen des römischen Privatrechtes, 2 Bde. 1871. Die dogmatische Seite wird vorzugsweise berücksichtigt von: Savigny Bd. 5 §§ 204 ff.; Wächter, Württ. Pr. Recht Bd. 2. S. 411 ff. und Erörterungen Heft 3; Windscheid, die *actio* des römischen Civilrechtes 1856. Praktische Gesichtspunkte verfolgt Kröll, Klage und Einrede nach deutschem Recht 1884.

2) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm 1877 S. 9 ff.

3) Hiernach versprachen die Prätores im späteren Ediktstil Klagen „*si dicetur*“, z. B. l. 1 § 1 D. de dolo malo 4, 3: *quae dolo malo facta esse dicentur... iudicium dabo*.

4) Dem entspricht die berühmte Definition der *actio* in der l. 51 De de obl. et act. 44, 7. Celsus libro 3 digestorum: *Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, iudicio persequendi*.

5) Es gehört hierher die negative Feststellungsklage, welche die Nichteristenz eines vom Kläger beanspruchten Rechtsverhältnisses geltend macht. Sie stützt sich nur auf ein Interesse, nicht auf ein Recht.

Eine Rechtsverletzung ist vorhanden, wenn der thatsächliche Zustand im Widerspruche mit dem steht, was dem Rechte entsprechen würde.<sup>6</sup> Es ist nicht erfordert, daß die Verletzung eine absichtliche oder schuldhafte ist. Es genügt, daß die Disharmonie zwischen Recht und Thatfache in dem Verhalten des Beklagten ihren Grund hat.<sup>6</sup> Auch eine Bestreitung des Rechtes des Klägers ist nicht erfordert; die Rechtsverletzung besteht in der Nichtbefriedigung des Rechtes.

Schon die Gefährdung des Rechtes des Klägers, seine Bedrohung, kann aber die Hülfe durch Klage als räthlich erscheinen lassen. Das neuere Recht ist in diesem Punkte empfindlicher als das römische und geneigter, eine die Klage rechtfertigende Gefährdung anzunehmen.

Die römischen Juristen und Magistrate bildeten besondere „Klagerrechte“ — actiones — aus, mittels deren man seine Rechte zur Geltung brachte. Man fragte nicht so sehr darnach, ob man ein Recht habe, als ob man ein Klagerrecht habe, ob eine actio bestehe.<sup>7</sup> Man betrachtete daher in Rom die Klagerrechte als besondere und selbständige Befugnisse. Die Juristen entwickelten scharf und bestimmt die Voraussetzungen der actiones. Welche Natur das hinter ihnen stehende Recht habe, wurde zuweilen nur beiläufig, zuweilen gar nicht erörtert.

Gemeinrechtlich gilt indeß, von besonderen Fällen abgesehen, der Satz, daß, wer ein Recht hat, auch befugt ist, dasselbe durch Klage zur Geltung zu bringen.

Das Klagerrecht ist hiernach nicht mehr etwas selbständiges, außer dem Rechte stehendes. Es wohnt dem Rechte inne.

Das Klagerrecht bildet eine Eigenschaft des Rechtes, aber das Recht geht nicht in ihm auf. Es giebt ihm die Gewähr, es ist das Mittel, welches seine zwangsweise Verwirklichung vorbereitet.<sup>8</sup>

6) Vgl. oben § 86. Siehe auch Savigny Bd. 5 §§ 204, 205.

7) Windscheid Bd. 1 § 44.

8) Windscheid, die actio des römischen Civilrechtes 1856, will die römische „actio“ in den Darstellungen des gemeinen Rechtes durch „Anspruch“ ersetzt wissen. Hiernach verfährt er in den Pandekten Bd. 1 § 44 und jagt: Wir können dem nicht nachfolgen. Das Klagerrecht ist auch im heutigen Rechte eine wichtige Seite des Rechtes im subjektiven Sinne. Deshalb bedarf es auch heute noch eine besondere Betrachtung und Behandlung. Uebrigens haben die Römer Anspruch und Klagerrecht unserer Ansicht nach wohl zu unterscheiden gewußt. Vgl. das decretum divi Marci l. 7 D. ad legem Juliam 48, 7 „si quas tu putas te habere petitiones“, „actionibus“ experiaris.

## § 128. Das römische Aktionensystem.

Das römische Aktionensystem erhielt seine Grundlagen durch die Juristen zur Zeit der *legis actiones*. Es gewann reiche Ausbildung in der darauf folgenden Epoche des Formularprozesses durch die Edikte der Magistrate, insbesondere der mit der Civilrechtspflege betrauten Prätores.

Es hing auf das engste mit der altrömischen Gerichtsverfassung zusammen.

Die Magistrate hatten nach der Auffassung der älteren Zeiten nicht den Beruf, kraft öffentlichen Auftrages über die Privatrechte der Bürger zu entscheiden. Ihre Thätigkeit bestand in Bestellung eines *judex* — Geschworenenrichters —, welcher zu urtheilen hatte. Auch zu dieser Ernennung waren die Magistrate kraft ihrer amtlichen Stellung allein nicht ermächtigt. Die Legitimation hierzu gab ihnen erst die Einigung der Parteien.<sup>1</sup> Aber der Einigung über die Entscheidung des Streithandels durch einen unparteiischen Richter nach Recht und Billigkeit durfte sich der Beklagte nicht willkürlich entziehen.<sup>2</sup> Sonst trafen ihn — als *indefensus* — die schweren Strafen der Vernichtung seiner Vermögensexistenz.

Auf diesen Anschauungen beruhte der ordentliche Prozeß. Er zerfiel in das Verfahren vor dem Magistrat — *in jure*,<sup>3</sup> und in das Verfahren vor dem Geschworenenrichter — *in judicio*.

Das Verfahren *in jure* bezweckte die den Rechten gemäße Verständigung der Prozeßparteien über Person und über Aufgabe des *judex* und die Sanktion derselben durch den Magistrat. Der schriftliche prätorische Befehl, welcher zur Zeit des Formularprozesses Person

1) Daher denn „*judicio contrahitur*“. I. 3 § 11 D. de peculio 15. 1 Ulpianus libro 29 ad edictum. Idem scribit *judicati* quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita *judicio* contrahi. I. 61 D. de judiciis 5. 1; vgl. Bekker, *Aktionen* Bd. 2 S. 179, Pernice, *Parerga* II S. 55 in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 5.

2) Daher I. 22 D. de tut. et. rat. 27. 3. Paulus libro 13 quaestionum. *Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.*

3) Die Ansichten über die Grundgedanken des Formularprozesses stellt zusammen und kritisiert A. S. Schulke, *Privatrecht und Prozeß* S. 228. Nach seiner Meinung ist jede formula ein „Urtheil“ in der Sache selbst, sie hat außerdem stets die Eigenschaft, daß sie „Rechtszeugungsakt“ ist. Nach unserer Ansicht macht sich Schulke ein falsches Bild von den Aufgaben des Prätors *in jure*. Doch ein Eingehen auf diese Dinge ist hier nicht möglich. Vgl. Pernice, *Parerga* II S. 46 Anm. 3 und L. Seuffert, *Zeitschrift für Civilprozeß* Bd. 8 S. 198 ff. über die Ideen Schulkes.

und Aufgabe des Richters feststellte, hieß formula. Mit ihrer Aus-  
händigung an den Kläger endigte das Verfahren in jure. Sie bildete  
die Litiskonfession. Bestandtheile hatte die formula vier, nämlich  
häufig eine demonstratio — die Angabe der Prozeßsache, immer eine  
intentio — Bezeichnung des Rechtsgrundes der Klage, meist eine con-  
demnatio — die Anweisung zu verurtheilen oder loszusprechen, in einigen  
Fällen eine adjudicatio — die Ermächtigung, Eigenthum oder dingliche  
Rechte zuzutheilen.

Die Verhandlung in *judicio* geschah auf Grund der Formel.  
Nach Maßgabe derselben und nach dem Ausfall der Beweise sprach  
der Richter das Urtheil.<sup>4</sup>

Die *actiones*, welche in den Edikten verzeichnet waren, wiesen  
nach, welche Klagerechte der Kläger geltend machen könne so, daß sich  
der Beklagte auf sie einlassen mußte.

Die Klagen stammten theils aus dem Civilrechte — *actiones  
civiles* — theils aus der Jurisdiktion der Magistrate — *actiones  
honorariae*.<sup>5 6</sup>

Man unterschied ferner *actiones directae* und *utiles*. *Actiones  
directae* sind die ursprünglichen Klagerechte, wie sie das Civilrecht  
ausgebildet oder der Prätor zunächst eronnen hatte.<sup>7</sup> *Actiones utiles*  
sind die nach ihrer Analogie gebildeten Klagen. Die *actiones utiles*  
gehören bald zu derselben Species von Rechten, wie die *actio directa*,  
z. B. die *actio legis Aquiliae utilis*, bald begründeten sie neue Arten  
von Rechten, wie z. B. der Fall war, als man gewissen Erbpächtern  
eine *utilis vindicatio* gab.

Neben die *actiones* im engeren Sinne traten seit sehr alter Zeit

4) Gaj. Inst. IV § 39.

5) l. 25 § 2 D. de oblig. et act. 44, 7. *Omnes autem actiones aut civiles  
dicuntur aut honorariae*, § 3 J. de act. 4, 6.

6) Die *actiones civiles* verweisen in der *intentio* auf das *jus civile*, z. B.  
das *ex jure quiritum actoris esse* oder das *dare oportere*, sie hatten *formulae  
in jus conceptae*. Die prätorischen Klagen waren höchst mannigfach stilisirt.  
Sie waren zum Theil in *factum*, so daß der Prätor den Kondemnationsbefehl  
nicht an ein Recht, sondern an bestimmte von ihm aufgeführte Thatfachen knüpfte,  
zum Theil hatten auch sie eine *formula in jus concepta*, so daß aber der Prätor  
mehr oder minder wichtige Aenderungen des Civilrechtes durch Fiktionen, Umstellungen  
und andere Zusätze traf. Gaj. Inst. IV §§ 45, 46; Keller, Civilprozeß §§ 30 ff.;  
Befker, Aktionen Bd. 2 S. 1 ff.

7) Etwas anderes sind die *actiones directae* im Gegenjate zu den *actiones  
contrariae*. *Actio directa* ist die Hauptklage, d. h. diejenige, welche sich primär aus  
den Zwecken des bezüglichen Geschäftes ergibt, z. B. die *actio depositi directa*  
auf Rückgabe des *Depositum*s; *actio contraria* ist die Gegenklage, welche sich mehr  
zufällig anschließt, z. B. die *a. depositi contraria* des *Depositars* gegen den *Depo-  
nenten* wegen *Bewendungen*.

die *interdicta*. Bei den *Interdicten* begann das Verfahren mit einem persönlichen Befehl des Prätors an die anwesenden Parteien. Die *Interdicta* waren entweder *prohibitoria* oder *restitutoria* oder *exhibitoria*. Die *prohibitoria* — regelmäßig mit der Formel: *vim fieri veto* — sprachen ein Verbot aus; die *restitutoria* mit der Formel: *restituas* enthielten das Gebot der Herausgabe von Objekten; die *exhibitoria* mit der Formel *exhibeas* das Gebot eines Vorweizens. Verbot und Gebot wurden konditionell d. h. für den Fall erlassen, daß gewisse Umstände richtig befunden würden.

Der Ungehorsame verfiel in Strafe, zu welcher er sich durch *sponsiones* anheischig machen mußte. Er konnte außerdem auf Ausführung dessen verklagt werden, was der Prätor von ihm gefordert hatte.<sup>8</sup>

Was war der Grundgedanke des *Interdictsverfahrens*? Es handelte sich um Thatbestände, die nicht Recht gaben, nach altrömischer Anschauung zum Theil nicht zu Rechten werden konnten und doch einen Anspruch auf Rechtsschutz in sich trugen. Ihnen verlieh der besondere prätorische Befehl den Rechtscharakter. Das *Interdict* in seiner alten Gestalt ist einem Privilegium ähnlich. So erhielten vor nicht langer Zeit in Deutschland litterarische Urheberrechte und Patentrechte einen Rechtsschutz nur durch besondere obrigkeitliche Privilegien.

Im Laufe der Zeit wurden die *Interdicta* ohne weiteres formularmäßig ertheilt. Schließlich wurden sie nicht mehr für den Einzelfall ertheilt. Es genügte, daß sie im prätorischen Album verzeichnet waren, damit Klagen aus ihnen entspringen. Jetzt waren sie einfache Klagerrechte. Was ursprünglich wie ein Privilegium verliehen wurde, war jetzt Rechtsnorm.<sup>9</sup>

In der klassischen Kaiserzeit kamen Klagerrechte in Aufnahme, über welche der Magistrat persönlich — ohne Geschworene urtheilte, die *extraordinariae cognitiones*.<sup>10</sup> Durch Diocletian wurde die Geschworenenverfassung beseitigt; der Magistrat entscheidet stets persönlich

8) Gaj. Inst. IV §§ 138 ff. Keller, Civilprozeß §§ 84 ff. Adolf Schmidt, das *Interdictenverfahren* der Römer 1853. Bekker, *Aktionen* Bd. 2 S. 51 ff.

9) Schmidt a. a. O. S. 304 ff. erachtet jeden Versuch, ein Prinzip der Abgrenzung des *Interdictengebietes* zu entdecken, für vergeblich. Hiergegen Bekker a. a. O. S. 58. Man muß das Hauptgebiet von Fällen sondern, in denen die einmal festgestellte Form aus Zweckmäßigkeitsgründen Anwendung fand. Das Hauptgebiet bildeten Interessen bezüglich der *res divini juris*, öffentlicher Sachen, am Besitz und zwar insbesondere ursprünglich des gemeinen Landes, l. 1 pr. D. de *interdictis* 43. l. 1. 2 §§ 1 und 2 D. cod. Der „Zusammenhang der *Interdicta* mit den Verhältnissen des öffentlichen und Sakralrechts“ — Pernice, *Parerga* II S. 34 — macht die Nothwendigkeit des besonderen prätorischen Befehls sehr begreiflich.

10) Hierhin gehörten die Fideikommiss-, gesetzliche Alimentenforderungen, *Pollicitationen*. Die einzelnen Fälle führt auf Bekker, *Aktionen* Bd. 2 S. 194.

oder durch Vertreter.<sup>11</sup> Man drückte dies so aus: alle Prozesse werden im Extraordinarverfahren verhandelt. Das Aktionensystem blieb daneben bestehen.

### § 129. Persönliche und dingliche Klagen.

Die oberste Eintheilung der Klagerechte ist die in persönliche — actiones in personam — und in dingliche — actiones in rem.<sup>1</sup> Die Eintheilung wurzelt in der Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Rechte.

a) Die actiones in personam sind die Forderungsklagen.<sup>2</sup> Sie haben ihren Namen daher, weil das Forderungsrecht, aus welchem geklagt wird, die Person des Schuldners ergiebt, welcher verklagt wird.

Aber auch Forderungen, welche die Person des Schuldners nicht von vornherein bestimmt bezeichnen, begründen persönliche Klagen. Es gehört hierher die actio quod metus causa, mit welcher jeder Inhaber des abgezwungenen Gutes beklagt werden kann, ferner die Theilungsklagen. Man nennt solche Klagen in rem scriptae,<sup>3</sup> sie sind jedoch persönliche.<sup>4</sup>

Das charakteristische für die persönlichen Klagen ist, daß sie das zu Grunde liegende Recht erschöpfen, daß dieses also erlischt, wenn der Klage Genüge geleistet ist. Dies ist auch bei den actiones in rem scriptae der Fall.

b) Actio in rem bezeichnet im engeren Sinne die Eigenthumsklage und etwa noch die Servitutenklagen.<sup>5</sup>

Im weiteren Sinne ist actio in rem jede Klage, die nicht aus einer Obligation entspringt. Vor allem die Erbschaftsklage, ferner Präjudicialklagen, welche Statusrechte zur Anerkennung bringen.<sup>6</sup>

Charakteristisch ist, daß das dingliche Klagerecht das zu Grunde

11) l. 2 C. de pedaneis iudiciis 3, 3.

1) § 1 J. de actionibus 4, 6. Gaj. Inst. IV § 1.

2) § 1 J. de act. 4, 6. Gaj. Inst. IV § 2.

3) Wenigstens von der actio quod metus causa sagt Ulpian in der l. 9 § 8 D. h. t. 4, 2 „cum autem haec actio in rem sit scripta“.

4) Für die actio quod metus causa ist dies klar. Ist die abgezwungene Sache restituirt, so ist der Anspruch aus dem Zwang erloschen. Bezüglich der actio finium regundorum spricht sich besonders deutlich Paulus in der l. 1 D. fin. reg. 10, 1 aus; weniger bestimmt ist § 20 J. de act. 4, 6.

5) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7. § 1 und § 2 J. de act. 4, 6.

6) § 13 J. de act. 4, 6. Auf Präjudicialklagen jeder Art läßt sich die Aeußerung nicht beziehen.

liegende Recht nicht erschöpft. Wird z. B. einer Eigenthumsklage durch Herausgabe der vindicirten Sache Genüge geleistet, so besteht selbstverständlich das Eigenthumsrecht fort. Es kann zum Fundamente neuer Klagen werden.

### § 130. Strafflagen.

Eine wichtige Unterart der Forderungsklagen waren in Rom die Strafflagen — *actiones poenales*.<sup>1</sup> Sie entsprangen aus Delikten, d. h. besonders verpönten schuldhaften Handlungen, und gaben dem Verletzten gegenüber dem Schuldigen Anspruch auf eine private Geldstrafe. Sie hoben sich gegen die Vermögensklagen — *actiones quae rem persequuntur* — scharf ab.

Diese Strafflagen bildeten eine wesentliche Ergänzung des unvollkommenen öffentlichen Strafrechtes der Römer.<sup>2</sup> Ihr Hauptzweck war die Strafe, jedoch war dieser Zweck nicht immer der einzige.

Man hat zu unterscheiden:

a) reine Strafflagen, welche nur den Zweck der Strafe haben.<sup>3</sup> Keine Strafflage war z. B. die *actio furti* auf das doppelte oder vierfache des Gestohlenen. Zur Rückforderung des Gestohlenen stand daneben die *rei vindicatio* oder *condictio furtiva* offen.

b) gemischte Strafflagen verfolgten Strafe und damit zugleich Ersatz. Dahin gehörte die *actio legis Aquiliae* wegen körperlicher Sachbeschädigung.

Im heutigen Rechte ist die Stellung der Strafflagen eine andere als in Rom. Hierüber ist im Obligationenrechte zu handeln.

Die Römer kannten noch *actiones populares*, d. h. Strafflagen, welche nicht bloß dem Verletzten, sondern jedem Bürger offen standen, und *interdicta popularia*, bei welchen gleichfalls jeder Bürger öffentliche Interessen wahren konnte.<sup>4</sup> Sie sind nicht recipirt.

Nach heutigem Rechte kann nur klagen, wer ein persönliches Interesse an der Sache hat. Doch haben wir beim Entmündigungsverfahren eine Ausnahme kennen gelernt.<sup>5</sup>

1) Gaj. Inst. IV §§ 6 ff., §§ 16 ff. J. de act. 4, 6.

2) Öffentliche Strafe wurde in Rom zuerkannt auf Grund der *leges*, welche *quaestiones publicae* eingerichtet hatten, z. B. der *lex Cornelia de falsis*, der *lex Julia de adulteriis*. In der Kaiserzeit wurden auch öffentliche Strafen auf Grund von *extraordinaria crimina*, z. B. *stellionatus*, *expilatae hereditatis* erkannt.

3) Savigny nennt diese Strafflagen „zweiseitige“, ein Ausdruck, welcher leicht zu Mißverständnissen führen kann.

4) Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 341 ff.

5) Bgl. oben § 56.

## § 131. Konditionen, bonae fidei actiones.

Zwei Kategorien persönlicher Klagen sind besonders zu betrachten, nämlich die *condictiones* einerseits, die *bonae fidei actiones* andererseits. Sie sind von hoher geschichtlicher Bedeutung; Gegensätze dauernder Art finden hier ihren Ausdruck.

1. Die Bezeichnung *condictio* hat einen historischen Ursprung.<sup>1</sup>

*Condictio* hieß eine der *legis actiones*. Ihre Form war die Ansage des Klägers an den Beklagten, wonach dieser am 30. Tage zum nehmen eines *judex* beim Prätor zu erscheinen hatte; diese Ansage gab ihr den Namen. Sie war durch eine *lex Silia* für Klagen auf eine bestimmte Geldsumme, durch eine *lex Calpurnia* für Klagen auf eine jede bestimmte Sache eingeführt.<sup>2</sup>

Nach dem Absterben der Form blieb der Name für einseitige Forderungsklagen auf bestimmte Objekte. Und zwar gab es zwei Species solcher Klagen:

a) die *actio certae pecuniae* auf Uebereignung — *dare* — bestimmter Geldsummen.<sup>3</sup>

b) die *actio de certa re* auf Uebereignung anderer bestimmter Objekte. Die Musterformel des prätorischen Albums war auf Getreide — *triticum* — gestellt, deshalb nannte man vulgär diese Klage *condictio triticaria*.<sup>4</sup>

Beide Klagen waren abstrakt gefaßt, d. h. sie hoben die Schuldgründe nicht besonders hervor.<sup>5</sup> Es waren jedoch durch Civilrecht und Jurisprudenz die Gründe festgestellt, aus denen man *condiciren* durfte:

1) Siehe über Konditionen Savigny Bd. 5 S. 502 ff.; Bekker, *Aktionen* Bd. 1 S. 93 ff.; Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilrecht* Heft 1; Lenel, *edictum perpetuum* S. 184 ff.

2) Gaj. Inst. IV §§ 18 und 19.

3) Die Formel lautete: *si paret Nm Nm Ao Ao X milia dare oportere, judex Nm Nm Ao Ao condemna s. n. p. a.* Gaj. Inst. IV §§ 41, 50.

4) Tit. Dig. 13, 3 de *condictione triticaria*. Stephanus schol. in Bas. XXIV 8, 7 bei Heimbach III S. 43, Lenel a. a. D. S. 190.

5) Den abstrakten Charakter der *condictiones* hat namentlich Baron a. a. D. verteidigt und Lenel a. a. D. S. 187 festgestellt. Es ist aber dabei zu beachten, daß nach dem prätorischen Edikte der Kläger bei der Klageerhebung in *jure* die Urkunden ediren mußte, auf welche er sich beim *judex* berufen wollte, l. 1 § 3 D. de edendo 2, 13, und zwar bei Strafe des Ausschlusses, vgl. l. 1 § 5 D. eod. Die Urkunden waren also wahre Klagebeilagen und bezeichneten in der Regel den Schuldgrund im Verfahren in *jure*. Dies kann vielleicht die Bedenken Buhls in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 24 S. 224 ff. und Bekkers in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 92 entkräften. Der abstrakte Charakter der *condictio* hat hiernach eine andere Bedeutung, als ihm Baron beimißt.

Stipulation, Litterarkontrakt, Legat, lex, Uebereignung behufs eines Darlehens oder ohne Rechtsgrund bildeten sie.<sup>6</sup>

Die Konditionen waren prozessualisch ausgezeichnet; vor allem war dies die *actio certae pecuniae*. Eine *sponsio tertiae partis* konnte bei ihr für den Fall des Unterliegens gefordert werden; die Prozeßfikane wurde also mit der Strafe eines Drittels der Streitsumme gebüßt. Geldschulden bilden nicht selten eine Kette, der Gläubiger ist oft Schuldner einer anderen Geldschuld gegenüber einem Dritten, eine Zahlungsstockung überträgt sich daher oft in weite Kreise. Daher suchte man sie durch so scharfe Maßnahmen gegen Prozeßfikane zu sichern. Im justinianischen Rechte ist dies freilich antiquirt.

Historisch war also *condictio* der Name für einseitige Forderungsklagen auf bestimmte Objekte.<sup>7</sup>

In der Kaiserzeit aber gewöhnte man sich, einseitige strenge Klagen auf ein *incertum* als *condictiones incerti* zu bezeichnen.<sup>8</sup> Damit verließ man die historische Basis. Da der Ausdruck eine sachliche Bedeutung nicht hatte, so trat bald völlige Verwilderung des Sprachgebrauches ein. *Condictio* wird schließlich oft identisch mit *actio in personam*<sup>9</sup> und verliert damit das individuelle Gepräge.

Dagegen verwendet der moderne Sprachgebrauch den Ausdruck „Konditionen“ in einem besonderen Sinne. Man bediente sich seiner

6) Vgl. Besser a. a. D. S. 112. Eine große Rolle spielt die l. 9 pr. D. de rebus creditis 12, 1. Aus ihr lesen viele heraus, die „*condictio certi*“ sei eine generelle Klage gewesen, die elektiv mit jeder anderen *actio in personam* konkurrierte, sobald die Forderung ihrem Inhalte nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit war, die Gefahr des *certum* auf sich zu nehmen. Keller, Civilprozeß § 88 Anm. 107 und Baron a. a. D. Dagegen Besser a. a. D. S. 137. Lenel a. a. D. S. 185 hält l. 9 pr. D. cit. für interpolirt. Uebrigens sagt sie nichts anderes, als *certi condictio* sei jede Klage, durch welche „*certum petitur*“. Damit ist die Frage nicht erledigt, in welchen Fällen die Römer ein *certum petere* annahmen.

7) *Condictio certi* war ursprünglich ein *Neonasmus*. Erst seit man auch „*incertum*“ kondicirte, konnte diese Zusammenstellung in Gebrauch kommen. In l. 12 D. de novat. 46, 2 setzt Paulus eine *condictio incerti* und *certi* gegenüber; in l. 28 § 4 D. de iurejurando 12, 2, l. 17 § 2 D. de act. rer. amot. 25, 2 ist die Rede von *certum condicere*. Aber als technische Bezeichnung für eine Klageart kommt *certi condictio* nur in der famosen l. 9 pr. D. de reb. cred. 12, 1 vor, vgl. Lenel a. a. D. S. 137.

8) Hieraus erklärt sich die Definition von Gaj. Inst. IV § 5 *appellantur... in personam actiones, quibus dari fierive oportere intendimus condictiones*. Denn die Klage auf ein *certum* hatte eine *intentio auf dare*; die auf *incertum* eine *intentio auf dare facere*.

9) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Ulpianus libro singulari regularum: *actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae condictio appellatur*. Daß diese Stelle interpolirt sei, wie Savigny a. a. D. S. 593 unterstellt, ist höchst unwahrscheinlich; sie hat ein durchaus echtes Gepräge.

zur Bezeichnung außerkontraktlicher persönlicher Klagen wegen eines Vermögensüberganges ohne Rechtsgrund.

2. Zahlreiche Ansprüche nahmen im Laufe der Zeit Charakter und Namen von *actiones bonae fidei* an. Es waren dies persönliche Klagen aus zweiseitigen Kontrakten, insbesondere Kauf, Miete, Mandat, Gesellschaft, ferner aus Pfandkontrakt, Depositum, Commodat. Auch die Dotalklage, ferner die *a. familiae erciscundae* und *communi dividundo*, sowie die *hereditatis petitio* galten als *bonae fidei actiones*.<sup>10</sup>

Bei diesen Klagen gab der Zusatz „*ex fide bona*“ oder eine ähnliche Wendung dem Richter die Vollmacht, neben dem Wortlaut der Verträge deren Sinn, neben traditionellen Rechtsätzen die Natur des zu beurtheilenden Rechtsverhältnisses zu beachten und seines Amtes mit geistiger Freiheit zu walten.

Bei der *condictio* im engeren Sinne war die rasche Beitreibung der Schuld, bei der *actio bonae fidei* die billige Erledigung und Abwägung das Hauptziel des Verfahrens.

Beide Gesichtspunkte können praktisch in einen Gegensatz gerathen. Man kann zugestehen, daß für einige Verhältnisse die Pünktlichkeit, für andere die Billigkeit von größerer Wichtigkeit sein kann. Die römische Grenzlinie zwischen *actiones bonae fidei* und *stricti juris*<sup>11</sup> aber, wie sie sich durch die historische Entwicklung feststellte, hat sich überlebt.

Derzeit sind die Geschäfte regelmäßig nach *bona fides* zu beurtheilen. Insbesondere sind Abreden bei einem Darlehen, welches in Rom *stricti juris* war, nach heutigem Rechte nicht weniger *ex fide bona* zu interpretiren und zu behandeln, wie etwa ein Pfandkontrakt.<sup>12</sup>

*Stricti juris* sind dagegen im heutigen Rechte die Forderungen aus dem Wechsel, ein Institut modernen Ursprungs.

Forderungen auf eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Quantität anderer vertretbarer Sachen sind nach Reichsrecht pro-

10) § 28 J. de act. 4, 6. Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 45; Bekker, Actiones Bb. 1 S. 160.

11) Windscheid Bb. 1 § 46 Anm. 4 lehnt den Ausdruck *actio stricti juris* ab, wohl ohne Grund § 28 J. de act. 4, 6, l. 5 § 4 D. de in litem jurando 12. 3.

12) So die herrschende Ansicht und jedenfalls die neuere gemeinrechtliche Praxis: Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 112 und dort citirte Schriftsteller. Windscheid hingegen Bb. 1 § 46 Anm. 5 will die römische Grenzlinie zwischen *bonae fidei* und *stricti juris negotia* auch für das heutige Recht festhalten. Insbesondere unterstellt er, daß das Darlehen auch heute noch seinem Wesen nach eine strikte Natur habe. Dies könnte höchstens für Darlehen ohne weitere Parteiberebung gelten. Die Darlehensverträge enthalten aber sehr häufig mancherlei Klauseln, die *ex fide bona* interpretirt werden müssen.

zessualisch bevorzugt. Sind sie durch Urkunden vollständig beweisbar, so sind sie des Urkundenprozesses fähig.<sup>13</sup> Sie berechnen ferner, sofern sie nicht von einer noch ausstehenden Gegenleistung abhängig sind, zum Mahnverfahren.<sup>14</sup> Dabei wird auf einseitigen Antrag des Klägers ein Zahlungsbefehl erlassen, welcher vollstreckbar wird, wenn der Beklagte nicht rechtzeitig widerspricht.

### § 132. Actio simplex und duplex.

a) Die normale Klage — *actio simplex* — kann nur zur Verurtheilung des Beklagten oder zur Klageabweisung führen.<sup>1</sup> Der Kläger kann hier nie in der Hauptsache verurtheilt werden. Wegen der Prozeßkosten ist er zu verurtheilen, wenn er in der Hauptsache unterliegt; dies auch ohne Antrag.<sup>2</sup>

Der Beklagte kann eine Widerklage — *mutua petitio* — erheben, d. h. eine gegen den Kläger während der Verhandlung über die Klage bei demselben Gerichte und in demselben Verfahren erhobene Klage. Sie setzt Konnexität, d. h. Zusammenhang des Gegenanspruches mit dem Klageanspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Vertheidigungsmitteln voraus.<sup>3</sup>

b) Die *actio duplex* ist etwas ausnahmsweises. Sie bezweckt die Regulirung eines thatsächlichen Zustandes.<sup>4</sup> Indem der Kläger sie beantragt, fordert er eventuell auch eine ihm ungünstige Entscheidung in der Hauptsache heraus.<sup>5</sup> Solche Klagearten bilden die Provokation auf Theilung gemeinsamer Objekte,<sup>6</sup> welche übrigens heutzutage nicht

13) C.P.D. §§ 555 ff.

14) C.P.D. §§ 628 ff.

1) Dies fand seinen Ausdruck in der regelmäßigen Fassung der *condemnatio*: „*si paret condemna, si non paret absolve*“. Gaj. Inst. IV § 43.

2) C.P.D. S. 279 Abs. 2.

3) Vgl. über die Widerklage Richard Löning in Buschs Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 1 ff. und dagegen Schmidt ebendasselbst S. 375.

4) Vgl. vorzugsweise Cä., die s. g. doppelseitigen Klagen, ferner Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 229.

5) Im alten römischen Rechte war die hauptsächlichste doppelseitige Klage die Eigentumsklage — die *rei vindicatio*. Denn an die *vindicatio* des Klägers schloß sich nothwendig die *contravindicatio* des Beklagten. Der Richter mußte daher entweder den Kläger oder den Beklagten als Eigentümer anerkennen. Diese Eigentumsklage wurde zur Zeit des Formularprozesses durch die einseitige ericht. Eigentumsprozeß und Besitzprozeß waren seitdem getrennt.

6) l. 10 D. fin. reg. 10, 1, l. 44 § 4 D. fam. ere. 10, 2. Ueber die Formel der *actio familiae erciscundae* auf Theilung des gemeinsamen Nachlasses und der *actio communi dividundo* auf Theilung anderer gemeinsamer Objekte vgl. Lenel, *edictum perpetuum* S. 162 ff.

im Prozeßwege, sondern mittels freiwilliger Gerichtsbarkeit verhandelt wird, ferner die Grenzscheidungsklage — *actio finium regundorum*, endlich die Klage auf Erhaltung eines Besizes — *interdicta retinendae possessionis*.

Diese Klagen sollen, wo möglich, nicht mit dem bloß negativen Resultat der Abweisung des Klägers endigen, sondern zu einer positiven Regulirung der Verhältnisse gelangen, welche im allseitigen und selbst im öffentlichen Interesse liegt.<sup>7</sup> Sie können daher zu einer Verurtheilung des Klägers, wie des Beklagten führen.

§ 133. *Actiones arbitrariae*, Erfüllungs- und Ersatzklagen.

Nach klassischen römischem Rechte waren die Enderkenntnisse anderen Inhaltes als nach heutigem Rechte. Damit stehen sehr wichtige Entwicklungen in Verbindung.

1. Im klassischen Prozesse lautete jedes verurtheilende Erkenntniß auf eine bestimmte Geldsumme.<sup>1</sup> Jeder Anspruch, welcher nicht auf Geld ging, war dafür in Geld umzusetzen. Denn nur die Geldcondemnation war staatlich direkt erzwingbar.

Eine besondere Stellung hatten die *actiones arbitrariae*, d. h. Klagen, bei welchen der Richter dem Beklagten vor der Verurtheilung durch einen Vorbescheid Erfüllung anbefahl.<sup>2</sup> Dieser Vor-

7) Hat der Begriff der doppelseitigen Klagen auch nach heutigem Rechte Realität? Dies verneinte bereits vom Standpunkt des früheren Prozeßrechts Ed a. a. O. S. 68 ff., S. 141 ff. Fast allgemein ist die Verneinung bei den Kommentatoren der C.P.D. Dieselbe verfügt § 279: „Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist.“ Dies ist aber schwerlich entscheidend. Denn es ist eben der Antrag des Klägers so zu deuten, daß er eventuell die eigene Verurtheilung nach dem Ergebnis der Verhandlung herausfordert. Hält man dies für unbegründet und verlangt man einen Antrag des Beklagten, damit zu seinen Gunsten gesprochen wird, so ist gleichwohl die Duplicität nicht negirt. Denn dieser Antrag ist an die Voraussetzungen einer Widerklage nicht gebunden. Er kann namentlich noch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden, während eine Widerklage hier nicht statthaft ist, vgl. C.P.D. § 491 Abs. 2.

1) Gaj. Inst. IV § 48. *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*

2) § 31 J. de actionibus 4, 6. *Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed 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 aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. Ueber den Begriff der actio*

bescheid war nicht direkt exquirbar,<sup>3</sup> dennoch aber von größter Bedeutung für den Kläger wie für den Beklagten.

Der Kläger durfte sein Geldinteresse durch einseitigen Eid — *juramentum in litem* — taxiren, wenn der Beklagte dem richterlichen Vorbescheide nicht ungeäumte Folge leistete. Die Furcht vor der hiernach gesteigerten Verurtheilung verschaffte ihm in den meisten Fällen Herausgabe des eingeklagten Objectes, und zwar ohne die Weiterungen einer auf die Sache gerichteten Exekution.

Auch für den Beklagten war es von Vortheil, nicht mit einer Geldverurtheilung überrascht zu werden, wenn er bereit war zu leisten, was dem Richter Recht schien.

Im justinianischen Rechte wurde der Vorbescheid bei den *actiones arbitrariae* unmittelbar exquirbar. Der Kläger hatte jetzt die Wahl, dessen Vollstreckung oder Verurtheilung des Beklagten in Geld zu fordern. Auch bei anderen Klagen lautete die Verurtheilung nicht mehr nothwendig auf Geld, aber wo möglich sollte sie doch auf bestimmtes Geld oder bestimmte Objecte gehen.<sup>4</sup>

2. Nach heutigem Prozeßrechte muß Klage und Endurtheil stets präcise auf den geschuldeten Gegenstand gerichtet sein; dies selbst dann, wenn Handlungen geschuldet sind, die nicht direkt er-

arbitraria vgl. auch Gaj. Inst. IV § 141, § 163. Manche behaupten, daß die Begriffsbestimmung der *actiones arbitrariae* in den Institutionen nicht genau sei, daß vielmehr auch Klagen, bei denen ein Vorbescheid nicht erlassen wurde, von den Römern *arbitrariae* genannt worden seien, vgl. z. B. Windscheid Bd. 1 § 46 Anm. 4. Wir halten dies nicht für richtig. Es ist zwar streitig, ob in der *actio de eo quod certo loco*, welche sehr häufig als *arbitraria* bezeichnet wird, ein richterlicher Vorbescheid erlassen wurde. Dies war aber in der That der Fall. Allerdings ging er nicht dahin, daß Beklagter an vertragsmäßigen Erfüllungsorte zahlen solle. Lenel, *edictum perpetuum* S. 193, dies wäre für die Regel sehr unpraktisch gewesen und kam nur ausnahmsweise vor, l. 4 § 1 D. de eo quo certo loco 13. 4. Der Vorbescheid forderte vielmehr den Beklagten in der Regel dazu auf, die richterlich ermittelte Schätzungssumme am Klageorte zu zahlen. Warum aber fand nicht sofortige Verurtheilung in die Schätzungssumme statt? Damit dem Beklagten möglich werde, durch Zahlung vor der Kondemnation den Prozeßstrafen zu entgehen — dem Drittel der Streitsumme. Die Zahlung am Klageorte konnte er nicht gut leisten, ehe die Höhe seiner Schuld richterlich festgestellt war.

3) Das Gegentheil besagt zwar l. 68 D. de rei vind. 6. 1. Doch ist diese Stelle interpolirt. Dies geht vor allem aus der l. 3 § 13 D. de homine libero exhibendo 43. 29 hervor. Der Troß des Beklagten, welcher einen freien Menschen ungeachtet des richterlichen Exhibitionsbefehls zurückhielt, konnte hiernach nur durch wiederholte Klagen, nicht aber durch Naturalerelution gebrochen werden. Doch sind die Ansichten seit Alters getheilt. Vgl. ferner l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27. 9; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 310 ff. Litteratur führt an: Ziebarth, *Realerelution* 1865 S. 63 ff., welcher die Echtheit der l. 68 cit. zu verteidigen sucht und die Frage eingehend erörtert; siehe ferner Bruns, *Heine Schriften* Bd. 1 S. 360, Pernice, *Parerga* II S. 32.

4) § 32 J. de act. 4, 6. Ziebarth a. a. O. S. 158.

zwingbar sind. *Actiones arbitrariae* im römischen Sinne kommen daher nicht mehr vor. Wo der römische Richter einen Vorbescheid erließ, erläßt der heutige Richter ein Endurtheil.

Allerdings muß es auch nach heutigem Rechte zu einer Geldverurtheilung kommen, wenn die Naturalerfüllung nicht erzwingbar und durch Leistung des Interesses zu ersetzen ist. Hierzu ist aber eine neue Klage auf Geldersatz nothwendig.<sup>5</sup> Doch ist der Kläger richtiger Ansicht nach befugt, mit seiner Klage auf Naturalerfüllung die Forderung des Geldinteresses für den Fall zu verbinden, daß sie nicht erzwingbar ist, und so eine eventuelle Verurtheilung in dasselbe herbeizuführen.

### § 134. Feststellungsklagen.

*Actiones praejudiciales* nannten die Römer Klagen, welche eine richterliche Entscheidung über die Existenz oder die Nichtexistenz von Rechtsverhältnissen oder von Thatsachen forderten, ohne daß sich eine Kondemnation des Beklagten unmittelbar anschloß.<sup>1</sup> Es bestand nur eine geringe Zahl solcher Klagen. Die meisten Klagen waren auf Verurtheilung des Beklagten zu einer Leistung gerichtet, also kondemnatorisch.

Im heutigen Rechte nehmen die Feststellungsklagen<sup>2</sup> einen breiten Raum ein. Sie sind den römischen Präjudicialklagen verwandt, haben sich aber nicht aus ihnen entwickelt, erwachsen vielmehr selbständig in der gemeinrechtlichen Praxis. Die C.P.D. § 231 hat sie anerkannt.

Ihr Zweck, ist die richterliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen,<sup>3</sup> sowie über die Echtheit oder Unechtheit von Urkunden herbeizuführen.

Man nennt sie positive Feststellungsklagen, wenn sie die Anerkennung der Existenz, negative, wenn sie die Anerkennung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses oder einer Urkunde betreiben.

5) C.P.D. § 778. Die Klage ist beim Prozeßgericht erster Instanz anzubringen.

1) Gaj. Inst. IV § 44 . . . *intentio aliquando sola invenitur sicut in praejudicialibus formulis qualis est, qua quaeritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et aliae complures.* Die Präjudicialklagen führt auf Besser, *Aktionen* Bd. 1 S. 283, vgl. O. Buelow, *de praejudicialibus formulis.* Vratislaviae 1860.

2) Weismann, *die Feststellungsklage* 1879; Degenfolb, *Einlassungszwang* 1877 S. 129 ff.; Bähr, *Urtheile des Reichsgerichts* S. 143 ff.

3) Vgl. über den Begriff des „Rechtsverhältnisses“ oben § 40 S. 88.

Vorausgesetzt ist ein rechtliches Interesse bei der alsbaldigen Feststellung des Streitpunktes dem Beklagten gegenüber.

Es ist zur Anstellung der Feststellungsklagen, wie für andere Klagen, entweder eine Rechtsverletzung oder eine Rechtsgefährdung erforderlich. Es muß aber außerdem die Feststellungsklage prozessualisch der geeignete Weg für die Wahrung der klägerischen Rechte und Interessen sein. Ist daher der Anspruch des Klägers fällig und zur kondemnatorischen Klage reif, so muß diese angestellt werden, wenn nicht Zweckmäßigkeitsgründe dafür sprechen, eine Vorfrage getrennt durch Feststellungsklage zur gerichtlichen Verhandlung zu bringen.<sup>4 5</sup>

Die richterliche Feststellung begründet keine unmittelbare Vollstreckbarkeit, wird aber rechtskräftig und kann so die Grundlage von kondemnatorischen Klagen wie auch von Einreden werden.<sup>6</sup>

Eine besondere Art ist die Incidentalfeststellungsklage. Sie bezweckt ein Rechtsverhältniß, von welchem das Urtheil über einen eingeklagten Anspruch abhängig ist, zum Gegenstande einer richterlichen Entscheidung zu machen, welche in Rechtskraft übergeht. Jede Prozeßpartei ist zu ihrer Erhebung während der Verhandlung befugt.<sup>7</sup>

4) Nicht ganz zuzustimmen ist daher R.G. Bd. 4 S. 437, vgl. Bähr a. a. D. S. 169.

5) Die negativen Feststellungsklagen bewirken eine Umkehr der Parteistellungen. Sie nöthigen den angeblich Berechtigten, mit den Beweisen für sein Recht hervorzutreten. Insofern haben sie Verwandtschaft mit den Provocationen, welche das ältere gemeine Recht entwickelte. Man unterschied a) die provocatio „ex lege diffamari“ — die Diffamationsklage. Sie beantragte, daß Provokat eine Klage, deren er sich berühmt hatte, innerhalb einer richterlich zu bestimmenden Frist gegen den Diffamaten anzustellen habe, widrigenfalls er zu ewigem Stillschweigen verurtheilt werde, vgl. Muther, die Diffamationsklage in Beckers Jahrbuch Bd. 2 S. 53 ff.; b) die provocatio „ex lege si contendat“ bezweckte Abwendung der Gefahr des Verlustes von Einreden und verlangte vom Provokaten Klage innerhalb richterlich gegebener Frist unter dem Präjudiz der Ausschließung von Einwendungen gegen jene Einreden. Vorzugsweise sollte sie dem Bürgen die Einrede der Theilung der Klage des Gläubigers unter die mehreren zahlungsfähigen Bürgen erhalten. Die C.P.D. hat diese Provocationen nicht aufgenommen. Man glaubte, sie würden durch die negativen Feststellungsklagen vollständig ersetzt. Dies ist allerdings nicht der Fall. Aber das Provocationsverfahren ist gleichwohl beseitigt. Der in der provocatio ex lege si contendat enthaltene materielle Rechtssatz läßt sich in anderer Weise durchführen.

6) l. 1 § 4 D. de liberis exhibendis 43, 30.

7) C.P.D. § 253. Das nähere siehe in der Lehre von der Rechtskraft.

§ 135. Verwandte und konkurrende Klagen.<sup>1</sup>

Wir können Klagen verwandt nennen, wenn ihr Ursprung der nämliche ist; ferner auch dann in einem anderen Sinne, wenn ihr Ziel in derselben Richtung liegt.

1. An und für sich ist die Gemeinsamkeit des Ursprunges von Klagen aus demselben Thatbestande nicht von rechtlicher Bedeutung.<sup>2</sup>

Eine solche Verwandtschaft hindert nicht, daß jede Klage selbstständig und vollständig geltend gemacht wird. So erwuchs in Rom aus dem Diebstahl die *actio furti* auf Strafe und die *condictio furtiva* auf Ersatz des Werthes des gestohlenen; beide Klagen konnten nebeneinander und unabhängig von einander durchgeführt werden.<sup>3</sup>

Eine besondere Behandlung erfuhren jedoch mehrere Deliktssklagen auf Strafe, welche aus derselben Handlung entsprangen. Es handelte sich hierbei um verschiedene Delikte, daher im Grunde um verschiedene Strafen, die man folgerecht nebeneinander betreiben konnte. Aber praktische Erwägungen führten die Römer dazu, in mehreren Fällen eine Absorption der einen Strafe durch Leistung der anderen anzunehmen.<sup>4</sup>

1) Savigny Bd. 5 §§ 231 ff., Merkel über den Konkurs der Aktionen 1877, vgl. auch die bei Merkel S. 2 citirten Schriftsteller.

2) Scheinbar das Gegentheil sagt Paulus libro 22 ad edictum l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Si ex eodem facto duae competant actiones postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus id — lies vielmehr nil — consequatur. Diese Stelle ist aber aus den Erörterungen von Paulus über Sachbeschädigung, insbesondere über lex Aquilia entnommen und bezieht sich nur auf das Verhältniß mehrerer Deliktssklagen, welches einer besonderen Behandlung unterlag, vgl. unten Anm. 4.

3) l. 7 § 1 D. de cond. furt. 13, 1, l. 12 § 1 und 2 C. de furtis 6, 2; vgl. übrigens auch l. 13 § 2 D. de iurejurando 12, 2.

4) Die Römer stritten über das Verhältniß mehrerer Deliktssklagen, die aus derselben Handlung seitens desselben Verletzten begründet werden konnten, z. B. der *actio arborum furtim caesarum* und der *actio legis Aquiliae*, der *actio legis Aquiliae* und der *actio iniuriarum*, der *actio vi bonorum raptorum* und der *actio furti*. Vertreten war der Standpunkt der Kumulation so, daß alle Deliktssklagen unbeschränkt geltend gemacht werden konnten, derjenige der Konsumtion, wonach die Erhebung der einen dieser Klagen die andere aufhob, und endlich der Anrechnung, wonach der Verletzte das, was er mit der einen Deliktssklage beigetrieben hatte, sich auf die andere anrechnen lassen mußte. Nach unserer Ansicht handelte es sich bei dieser Streitfrage um einen Konflikt streng logischer und wissenschaftlicher Auffassung einerseits und praktischer Erwägungen andererseits. Grundsätzlich war es richtig zu sagen, wenn dieselbe Handlung mehrere Delikte in sich schließt, muß jede Deliktssklage neben der anderen durchgeführt werden können. Dies war die wissenschaftliche Auffassung von Labeo, Papinian, Ulpian, der auch Hermogenian sich anzuschließen scheint, l. 15 § 46 D. de iniuriis 47, 10, l. 6 pr. D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5, l. pr. §§ 4, 5, 6 D. de privatis delictis 47, 1, l. 11 § 2 D. de servo corrupto 11, 3 und l. 32 D. de

2. Verwandtschaft des Zieles haben präparatorische Klagen mit den Hauptklagen, welche sie vorbereiten.<sup>5</sup>

Eine derartige Klage ist die *actio ad exhibendum*.<sup>6</sup> Sie steht demjenigen zu, welcher eine Eigenthumsklage oder eine andere dingliche Klage zu haben behauptet und ein Interesse an der Vorweisung der Sache darthut, die er in Anspruch nehmen will.<sup>7</sup> Der Richter hat bei Feststellung des Interesses zu prüfen, ob Kläger die Existenz des behaupteten Rechtes ernstlich voraussetzen kann, und ob voraussichtlich die Aufhellung des Sachverhaltes durch die Exhibition gefördert wird. Beklafter ist der Besitzer und Inhaber der Sache; auf das Interesse des Klägers haftet auch, wer den Besitz dolos aufgab, um die Klage zu vereiteln. Gegenstand der Klage ist Vorweisung der Sache und deren Ansicht durch den Kläger oder seine Vertreter.<sup>8</sup> Die *actio*

obl. et act. 44, 7. Diese Behandlung der Sache führte jedoch in vielen Fällen bei der Fülle von civilen und prätorischen Straffklagen, die sich in Rom kumulieren konnten, zu Härten und übertriebenen Strafen. Daher kam man bei zahlreichen Delikten vom praktischen Standpunkte aus zur Konjunktions- und mehr vermittelnd zur Anrechnungstheorie. Von der letzteren gingen namentlich Paulus l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7 und Modestinus l. 53 D. de eod. aus. Die Kumulation hätte den Zwecken der bezüglichen Straffklagen nicht entsprochen. Es ist aber anzunehmen, daß Juristen, welche der Kumulationstheorie huldigten, in einzelnen Fällen doch der Anrechnungstheorie Koncessionen machten und daß die Vertreter der Anrechnungstheorie bei gewissen Delikten die Kumulationstheorie anerkannten. Der Streit dürfte sich nur um einzelne Delikte, namentlich um die Frage der Kumulation der *actio legis Aquiliae* und der *actio injuriarum* gedreht haben. Uebrig verworfen wurde die Konjunktions- und Anrechnungstheorie, l. 34 pr. D. de obl. et act. 44, 7, l. 60 D. eod., l. 130 D. de R. J. 50, 17. Vgl. Savigny Bd. 5 S. 237 ff., Rengerow Bd. 3 § 572, Merkel a. a. O. S. 57 ff. Nach heutigem Rechte sind die römischen Straffklagen nur soweit noch praktisch, als sie auf Schadloshaltung gehen. Hierbei versteht es sich von selbst, daß vollständiger Schadenserlaß die sämtlichen Klagen beseitigt.

5) Früher sprach man in derartigen Fällen von „successiver“ Konkurrenz, vgl. hiergegen Savigny a. a. O. S. 211.

6) Vgl. Demelius, die Exhibitionspflicht 1872. Die Formel der *actio ad exhibendum* hat Venet. edictum perpetuum, zutreffend restituirt, „wenn auch natürlich nicht für jedes einzelne Wort die Garantie übernommen werden kann“: quod A° A° Stichum hominem ex jure Quiritium suum esse ait, quidquid ut eo nomine recte experiri possit, A° A° exhiberi oportet, quod N° N° possidet dolove malo ejus factum est, quo minus possideret, si arbitrato tuo A° A° non exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N° N° A° A° c. s. n. p. a.

7) Die *a. ad exhibendum*, zunächst zur Vorbereitung der Eigenthumsklage bestimmt, l. 1 D. ad exhibendum 10, 4, wurde auch zur Vorbereitung anderer dinglicher Klagen gegeben, l. 3 §§ 3 ff. D. eod., desgleichen zur Vorbereitung einer Wahl, l. 3 § 10 D. eod., ferner behufs Geltendmachung gewisser Interdikte und vor Anstellung einer Royalklage. Andere obligatorische Klagerrechte begründen die *actio ad exhibendum* nicht. Demelius a. a. O. S. 147.

8) Demelius a. a. O. S. 158 ff.

ad exhibendum spielte im römischen Rechte eine große Rolle,<sup>9</sup> heutzutage ist sie wenig in Gebrauch.

Präparatorische Klagen sind auch diejenigen auf Rechnungslegung, z. B. auf Grund eines Mandatsverhältnisses, eines Gesellschaftsvertrages. Das Geschäftsverhältniß muß behufs dieser Klagen dargethan werden, nicht aber, daß etwas aus demselben geschuldet wird. Dies soll sich erst aus der gelegten Rechnung ergeben.

3. Konkurrirende<sup>10</sup> Klagen sind verschiedene auf dasselbe Ziel gerichtete Klagen.

Ihr Fundament kann derselbe Thatbestand sein oder in einem verschiedenen Thatbestande beruhen. Sie können gegen verschiedene Personen gerichtet sein oder gegen dieselbe Person. An diesem Orte sprechen wir von konkurrirenden Klagerchten gegen denselben Beklagten.

Beispiele solcher Konkurrenz sind folgende. Wenn der Vermieter eine ihm gehörende vermietete Sache nach Auflösung des Miethverhältnisses vom Miether nicht zurückerhält, kann er die Rückgabe mit der Klage aus dem Miethkontrakt oder mit der Eigenthumsklage erzwingen; wenn jener ferner eine entliehene Sache schuldhafterweise zerstört hat, kann er mit der *actio commodati directa* und mit der *actio legis Aquiliae* auf Schadensersatz belangt werden.<sup>11</sup> Der Anspruch, welcher mit diesen Klagen geltend gemacht wird, ist identisch, die Klagerchte selbst sind verschiedene.

Der Kläger kann solche konkurrirende Klagerchte in einer Klage verbinden.<sup>12</sup> Ja, dies geschieht sehr häufig stillschweigend. Denn der Kläger muß nach heutigem Prozeßrechte das Klagercht, welches er geltend machen will, nicht besonders bezeichnen. Es genügt die Darlegung der faktischen Grundlagen seiner Klage; dann hat der Richter die rechtlichen Gesichtspunkte, aus denen sich die Verurtheilung ergibt, selbständig zu ermitteln. Erzählt also der Kläger die Thatfachen, welche die konkurrirenden Klagen begründen, schließt er keine Klage

9) l. 9 pr. §§ 1—4 D. ad exhibendum 10, 4, l. 15 D. eod.

10) Die Bezeichnung ist quellenmäßig, l. 43 D. de R. J. 50, 17. Paulus schrieb einen liber de concurrentibus actionibus (daraus entnommen: l. 34 D. de obl. et act. 44, 7), vgl. über die Bedeutung des Ausdrucks Merkel a. a. D. S. 1 ff.

11) l. 34 § 2 D. de obl. et act. 44, 7, l. 7 § 1 D. commodati 13, 6.

12) Nach römischem Prozeßrechte mußte der Kläger die *actio*, welche er wählte, bestimmt bezeichnen. Er konnte nicht mehrere *actiones* verbinden, auch wenn sie dasselbe Ziel verfolgten. l. 43 D. de R. J. 50, 17. *Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine una quis experiri debet.*

besonders aus, so werden alle ohne weiteres rechtshängig. Ein Endurtheil befindet über alle konkurrirenden Klagerrechte.

Es kann sich jedoch der Kläger, was seltener geschehen wird, darauf beschränken, eines der konkurrirenden Klagerrechte geltend zu machen. Dann steht ihm das andere noch offen. Er kann dasselbe auch nach Abweisung der zuerst angebrachten Klage geltend machen.

Hat er mit der einen der konkurrirenden Klagen obgesiegt und seine Befriedigung erhalten, so kann er mit der anderen nur noch insoweit klagen, als sie ein Mehr in sich schließt. Denn insoweit besteht keine Konkurrenz.<sup>13</sup>

Bestritten ist, ob man die konkurrirende Klage noch geltend machen kann, wenn man mit der zuerst angestellten Klage zwar obgesiegt und eine rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten erlangt hat, aber Befriedigung noch nicht erhielt? Die Anstellung der konkurrirenden Klage ist noch möglich in den Fällen, in welchen der Kläger ein Interesse daran hat, aus ihr ein zweites Urtheil zu erhalten, z. B. weil das ihr zu Grunde liegende Recht Vorzugsrechte oder Pfandsicherheiten besitzt, welche der Klage fehlen, mit der er bereits obgesiegt hat. Wo ein derartiges Interesse nicht besteht, kann dagegen die konkurrirende Klage nach dem Siege mit der zuerst angestellten nicht mehr geltend gemacht werden. Einer derartigen zwecklosen Klage würde eine *exceptio doli* entgegentreten.<sup>14</sup>

### § 136. Endigung der Klagerrechte.

Die Klagerrechte endigen, wenn das zu Grunde liegende Recht erlischt. Sie sterben nothwendig mit ihrer Wurzel ab.

Es giebt aber auch Endigungsgründe, welche wenigstens nach römischer Vorstellung zunächst das Klagerrecht treffen, womit das Recht, aus dem es erwachsen ist, gleichsam von seiner Krone aus zu Grunde geht. Diese Vorstellung blieb keine bloß theoretische, sie hat zu praktisch erheblichen Rechtsfägen geführt. Deshalb können wir

13) l. 43, l. 47 pr. D. pro socio 17, 2, l. 28 D. de act. empti 19, 1.

14) Die Meinungen sind getheilt. Meist will man die konkurrirende Klage nur ausschließen, wenn der Gläubiger Befriedigung erlangt hat. In der That sprechen die Quellen häufig aus, daß nicht die *litiscontestatio*, sondern die *perceptione* des Streitgegenstandes die Befreiung von der konkurrirenden *actio* zur Folge habe. Dies beweist aber nichts dagegen, daß nicht auch nach Lage des Falles die bloße rechtskräftige Verurtheilung genügt. Hierfür spricht die l. 11 D. arborum furtim caesarum, 47, 7. Aber nicht minder sprechen innere Gründe gegen die Ausfällung einer zweiten Verurtheilung wegen desselben Anspruchs, wenn der Kläger kein Interesse an derselben dorthun kann.

sie nicht ohne weiteres aufgeben, solange wir auf dem Boden des gemeinen Rechtes stehen. Es gilt folgendes:

1. In der Regel übertragen sich Klagerrechte auf die Erben des Berechtigten.

Gewisse Klagerrechte aber erlöschen mit dem Tode des Berechtigten; sie sind, wie man zu sagen pflegt, aktiv unvererblich. Solcher Art sind Klagen, welche den Personen- und Familienstand betreffen,<sup>1</sup> ferner auch Klagen pekuniären Inhaltes, deren Hauptzweck aber persönliche Genugthuung ist, s. g. *actiones vindictam spirantes*, wie die Injurienklage.<sup>2 3</sup> Aktiv unvererblich ist auch die Klage auf Rückerstattung von Schenkungen wegen Undankbarkeit.<sup>4</sup>

Aktiv unvererbliche Klagen werden vererblich mit dem Prozeßbeginn, d. h. nach römischem Rechte mit der *Litiscontestation*,<sup>5</sup> nach heutigem mit der Erhebung der Klage.<sup>6 7</sup> Vorausgesetzt ist aber, daß der Rechtsstreit für den Erben ein rechtliches Interesse hat.<sup>8</sup>

2. Die Klagerrechte verbinden in der Regel die Erben der Verpflichteten — sie sind passiv vererblich.

Mit dem Tode des Berechtigten erlöschen aber die Straffklagen. Nach gemeinem Rechte vererben sie sich, wenn sie Schadensersatz bezwecken, bis zum Betrag des Nachlasses des Delinquenten.<sup>9</sup> Mit der Klageerhebung werden sie unbeschränkt vererblich.<sup>10</sup>

1) R.G. Bd. 9 S. 217.

2) l. 2 § 4 D. de coll. bon. 37, 6. Paulus libro 41 ad edictum. *Emancipatus filius, si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam poenae habet persecutionem.*

3) Denselben Charakter hat die *actio sepulchri violati*, l. 6, 8, 10 D. de sepulchro violato 47, 12, sowie die Klage wegen verhindertes Beerdigung l. 9 D. de religiosis 11, 7, vgl. Savigny Bd. 5 S. 201. Aktiv unvererblich war in Rom auch die Straffklage wegen ungesetzlicher in *ius vocatio* des Patris oder Patronis, l. 24 D. de in jus voc. 2, 4, und die Straffklage wegen *calumnia*, wenn etwas gegeben wurde, damit ein ungerechter Rechtsstreit geführt werde oder unterbleibe, l. 4 D. de calumniator. 3, 6; diese Klagen sind nicht praktischen Rechtes.

4) l. 10 § 2 C. de revocandis donationibus 8, 55.

5) l. 13 pr. D. de injuriis 47, 10. Ulpianus libro 57 ad edictum ... *semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere*, l. 28 pr. D. eod.

6) C.P.D. § 239.

7) Hiernach hat das R.G. Bd. 9 S. 212 die Vererblichkeit einer Klage auf Ungültigkeitserklärung einer Ehe nach der Klageerhebung anerkannt.

8) Die *querela inofficiosi testamenti* ist aktiv unvererblich. Sie wird aber vererblich, wenn sie angestellt oder wenigstens vorbereitet ist, l. 6 § 2, l. 7 D. de inofficioso testamento 5, 2.

9) l. 22 D. de o. nov. nunciat. 39, 1 . . . *in poenam heres non succedit.* Näheres im Obligationenrechte.

10) l. un. C. ex delictis defunctorum 4, 17.

Dingliche Klagerechte gegen die Besitzer unserer Objekte vererben sich, solange die Klageerhebung noch nicht geschah, gegenüber den Erben jener Besitzer nicht.<sup>11</sup> Diese Erben müssen vielmehr selbst Besitz erlangen, damit ein Klagerecht gegen sie entsteht. Nach der Klageerhebung vererben sich auch dingliche Klagen gegenüber den Erben des Beklagten; doch sind diese von der Klage loszusprechen, wenn sie nicht in den Besitz der Streitsache kamen und nicht wegen Schuld des Erblassers oder durch eigene Schuld haftbar sind.<sup>12</sup>

3. Klagerechte erlöschen auch durch Verjährung.<sup>13</sup>

### Drittes Kapitel.

#### Die Exceptionen.

##### § 137. Begriff der Exceptionen und Replikten.

Exception ist das Recht, ein Klagerecht abzuwehren, also die Verurtheilung auf Grund desselben abzuwenden.<sup>1 2</sup>

Damit der Kläger siegt, ist erfordert:

a) daß ihm ein Klagerecht zur Seite steht. Er muß z. B. Gläubiger der eingeklagten Forderung, Eigenthümer der vindicirten Sache sein. Dies genügt aber nicht immer. Es dürfen auch

b) dem an sich begründetem Klagerechte keine wirksamen Exceptionen entgegen stehen.

Die Exception gewann Form und Namen im römischen Formularprozeß. Sie wurde in der Formel auf Antrag des Beklagten als

11) l. 52, l. 55 D. de rei vind. 6, 1.

12) l. 42 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 26 ad edictum. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non (possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona) defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

13) Vgl. §§ 144 ff.

1) l. 2 pr. D. de exceptionibus 44, 1. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

2) Savigny Bd. 5 § 225 ff. definirte die Exception als die Vertheidigung des Beklagten, welche auf einem selbständigen Rechte desselben beruhte. Etwas anderes als ein selbständiges Recht die Zurückweisung der Klage zu fordern, hat wohl Savigny nicht gemeint, vgl. namentlich S. 171 a. a. D. Doch hat man ihn meist anders verstanden und seine Formulirung häufig bekämpft. Vgl. hierüber die bei Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 2 citirten.

negative Kondemnationssbedingung eingefügt. Der Richter wurde hienach angewiesen, den Beklagten zu verurtheilen, wenn das Klagerrecht des Klägers sich bewahrheitete, ferner aber auch die Exceptionen des Beklagten demselben nicht entgegen ständen, — dagegen zu absolviren, wenn entweder das Klagerrecht nicht begründet wäre oder wenn die Exception bewiesen würde.<sup>3</sup>

Das Recht der Exception stand in gewisser Beziehung zum Gegenstande des civilen und des prätorischen Rechtes. Durch die Exception mußte sich vielfach die vom Prätor vertretene Auffassung gegenüber der Strenge des Civilrechtes durchsetzen.

Dies gab neueren Schriftstellern den Gedanken ein, die Exception sei nichts als ein Behelf des prätorischen Rechtes gewesen.<sup>4</sup> Sie habe keine Existenzberechtigung mehr, nachdem der Widerstreit des civilen und prätorischen Rechtes überwunden sei. Im justinianischen Rechte sei die Exception nur ein Ueberbleibsel der Vergangenheit, dessen man sich hier nicht zu entledigen wußte. Die heutige Dogmatik aber habe den römischen Exceptionsbegriff aufzugeben, sie dürfe zwischen Exceptionen und anderen Einwendungen, die der Beklagte vorbringen und beweisen müsse, nicht mehr unterscheiden. Herkömmlicherweise lehre man zwar, das durch Exception entkräftbare — *s. g. exceptionsmäßige* — Recht existire an und für sich, sei aber rechtlich unwirksam. In dieser Lehre liege aber eine *contradictio in adjecto*. Ein Recht sei entweder wirksam, dann existire es, oder unwirksam, dann existire es nicht. Es könne nur sein oder nicht sein.<sup>5</sup>

In Wahrheit ist es auch im heutigen Rechte etwas anderes, ob ein Klagerrecht fehlt oder ob es durch Exceptionen überwunden werden kann.<sup>6</sup>

3) Gaj. Inst. IV § 119. *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat.*

4) Dies ist nicht vollkommen richtig. Die Exceptionen entstammten theils dem Civilrechte, theils dem prätorischen Rechte, Gaj. Inst. IV § 118.

5) Vgl. J. A. M. Albrecht, die Exceptionen 1835, Besser, Aktionen Bd. 2 S. 275 ff., Eisele, Die materielle Grundlage der Exceptio 1871. Besonders scharf erklärte sich gegen die Berechtigung des Begriffs der exceptio im heutigen Rechte Lenel, über Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876. Im § 4 S. 38 ff. giebt Lenel eine Uebersicht der Schriftsteller, welche sich über die Frage äußerten, vgl. auch Schwalbach in Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 34 ff. Gegen Lenel hat sich namentlich Arndts § 101 Anm. 1 ausgesprochen, sowie Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 1. Dagegen findet A. S. Schulze, Privatrecht und Prozeß S. 340: „Die exceptio ist für das heutige Recht ein völlig todttes Institut, ein völlig tochter Begriff.“

6) Die Streitfrage mußte bereits oben bei Besprechung des Begriffes der An-

Ist es dem Richter offenkundig, daß ein Klagerecht fehlt, so ist die Klage zurückzuweisen. Auch dann ist dies der Fall, wenn sich der Beklagte nicht vertheidigen sollte. Ergiebt sich z. B. aus dem eigenen Vortrag des Klägers, daß der Beklagte die eingeklagte Forderung gezahlt hat, so ist dieser von der Klage loszusprechen, auch wenn er nicht erscheint. Allerdings ist die Zahlung eine „Einrede“, welche nach den Grundsätzen des Prozesses in der Regel vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen ist. Aber sie bewirkt die Aufhebung der Forderung und des Klagerechtes. Der Richter kann nicht verurtheilen, wenn sie etwa durch den Vortrag des Klägers gerichtsfundig wird.<sup>7</sup>

Die Exception leugnet als solche die Existenz des Klagerechtes nicht. Sie ist ein Recht der Abwehr und kann daher nur berücksichtigt werden, wenn sich der Beklagte dieses Rechtsbehelfes bedient.<sup>8</sup>

Ergiebt sich z. B. auch aus dem Klagevortrage, daß die eingeklagte Forderung verjährt ist, so darf der Richter doch deswegen die Klage nicht abweisen. Denn der Einwand der Verjährung ist eine Exception: das Klagerecht als solches ist nicht in Frage gestellt. Diese Behandlung der Sache hat ihre guten Gründe. Mancher Schuldner will seine Befreiung der Einrede der Verjährung nicht verdanken. Der Haussohn ferner, welcher ein Darlehen entnommen, die Frau, welche für die Schuld eines Dritten in formgerechter Weise intercedirt hat, werden von der Klage nur entbunden, wenn sie die *exceptio S. C. Macedoniani* oder *Vellejani* anrufen. Der Richter kann die Klage nicht etwa um deswillen abweisen, weil die Exceptionsthatsachen, z. B. die Intercession der Frau aus dem Bürgschaftscheine, welcher der Klage zu Grunde liegt, klar erhellt. Wäre dies der Fall, so wäre der Kredit von Hauskindern und Frauen in höherem Maße gefährdet, als dies nach jenen Senatusconsulten der Fall sein sollte.<sup>9</sup> Häufig ist

fechtung in § 120 S. 274 ff. berührt werden. Eine richtige Auffassung des Wesens der Exception ist aber von solcher Bedeutung für die Einsicht in das Rechtssystem, daß wir hier auf die Sache zurückkommen.

7) C.P.D. § 296 Abs. 2. Auch der Erlaß eines bedingten Zahlungsbefehles im Mahnverfahren ist zurückzuweisen, wenn sich aus dem Inhalte des Gesuches ergiebt, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist.

8) In diesem Sinne sagt l. 1 D. de except. 44. 1. Ulpianus libro 4 ad edictum. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est, d. h. es bedarf einer Thätigkeit des Beklagten, damit ihm die Exception zu gute kommt. Sie ist aber nicht auf den Angriff, sondern auf Abwehr gerichtet.

9) Leistet eine Frau Bürgschaft und es wird gegen sie aus der Bürgschaft geklagt, so liegt die Intercession in der Regel offen zu Tage. Dennoch ist die Frau zu verurtheilen, wenn sie die *exceptio S. C. Vellejani* nicht anruft. Gerade um

die Exception im Grunde ein Mittel der Verfolgung eines selbständigen Rechtes. Dies gilt z. B. von der Kompensationsrede, mit welcher man Aufrechnung einer Gegenforderung auf die eingeklagte Forderung verlangt. Es wäre begriffswidrig, wenn der Richter die Aufrechnung ohne Antrag des Beklagten vornehmen müßte, sobald die kompensable Gegenforderung durch die Verhandlung gerichtskundig würde.<sup>10</sup>

Durch Vorschützen einer *exceptio* erhebt der Beklagte keinen Widerspruch gegen das Klagerrecht. Aber es ist ihm auch nicht verwehrt, dasselbe daneben zu bekämpfen. Daher pflegt man zu sagen: *qui excipit non fatetur*.<sup>11 12</sup>

Der Exception kann ein Replik entgegenreten. Replik ist das Recht der Abwehr einer Exception.<sup>13</sup> Durch die Replik erhält das Klagerrecht wieder ungehemmte Wirksamkeit.<sup>14</sup> Die Replik führt nur dann zum Siege, wenn das Klagerrecht begründet ist; sie entfernt die Exception, giebt aber der Klage keine neue Grundlage.

Entsprechend kann eine Duplik die Replik beseitigen und der Exception ihre Wirksamkeit zurückgeben.<sup>15</sup>

beßwillen und weil die Frauen oft Bedenken trugen, sich auf das S. C. zu berufen, hat Justinian als Form der Intercession eine öffentliche, von 3 Zeugen unterschriebene Urkunde gefordert. Fehlt diese Form, dann ist der Akt nichtig, dann kam die Obligation nicht zu Stande, und dann kann der Richter die Verurtheilung der Frau nicht aussprechen, auch wenn sie sich nicht auf die Rechtswohlthat beruft. Dies hebt Justinian in der l. 23 § 3 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 sehr bestimmt hervor. Si autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tamquam nec confecta nec penitus scripta nec senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

10) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 266.

11) Marcellus libro 3 digestorum. Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is, quocum agitur, quia exceptione utitur. Es kann jedoch in der Darstellung der Thatfachen der Exception zugleich ein Zugeständniß der Klagthatfachen liegen, welches das vorhergehende allgemeine Ableugnen derselben als nicht ernstgemeint erscheinen läßt. Dies ist nach Lage des Einzelfalles zu beurtheilen.

12) Vgl. auch l. 8 D. de except. 44, 1. Paulus libro 14 ad Plantium. Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, l. 5 quamvis diversae sunt D. eod.

13) l. 2 § 1 D. de exc. 44, 1. Ulpianus libro 74 ad edictum. Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet.

14) Wenn der in Konkurs verfallene Gemeinschuldner mit der Mehrheit seiner Gläubiger einen gerichtlich bestätigten Akkord abschließt, vermöge dessen ihm gewisse Procente seiner Schulden erlassen werden, so erwirbt er die Exception des Akkordes. Ist aber der Akkord durch Betrug zu Stande gebracht, so ist jeder Gläubiger befugt, den Erlaß anzufechten, was durch Replik geschehen kann. R.D. § 182.

15) l. 2 § 3 D. de exc. 44, 1. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obicit.

## § 138. Arten der Exceptionen.

1. Die wichtigste Eintheilung der Exceptionen ist diejenige in peremptorische und in dilatorische.<sup>1</sup>

Die peremptorischen Exceptionen haben tilgende Kraft. Sie vernichten das Gläubigerrecht, vorausgesetzt daß der Schuldner von ihnen Gebrauch macht. Die Abweisung der Klage auf Grund peremptorischer Einreden ist eine endgültige.

Die dilatorischen Exceptionen verzögern die Entscheidung, sie haben keine tilgende Kraft. In der klassischen Zeit des römischen Rechtes führten auch die dilatorischen Exceptionen, wenn ihnen der Kläger nicht auswich, vielmehr trotz ihrer Vorhütung auf Verweigerung des Prozesses vor den Geschwornenrichter bestand, zu definitiver Abweisung.<sup>2</sup> Dies wurde bereits in der christlichen Kaiserzeit geändert.<sup>3</sup> Derzeit ist Folge der dilatorischen Einrede entweder Abweisung zur Zeit oder angebrachtermaßen oder auch bedingte Verurtheilung.<sup>4</sup>

Die dilatorischen Einreden beruhen entweder auf dem materiellen Rechte oder auf dem Prozeßrechte.<sup>5</sup> Zu den Einreden der letzteren Art

1) l. 3 D. de except. 44, 1. Gajus libro 1 ad edictum provinciale. Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei judicatae et si quid contra legem senatusve factum esse dicitur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt. Ueber die procuratoriae exceptiones vgl. Gaj. Inst. IV § 124, § 11 J. de exc. 4, 13 und namentlich Bülow, Prozeßeinreden 1868 S. 29 ff., dazu auch A. S. Schulke, Privatrecht und Prozeß S. 273 ff., Lenel, edictum S. 78. Schulke a. a. O. S. 348 spricht übrigens der Eintheilung der Exceptionen in peremptorische und dilatorische für das heutige Recht jeden Werth ab.

2) Gaj. Inst. IV § 123. Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit: nec enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.

3) Die Aenderung geschah durch Zeno § 10 J. de except. 4, 13 und die restituirte l. 1 C. de plus pet. 3, 10. Den Kläger trafen Prozeßstrafen im Falle der Abweisung auf Grund der dilatorischen Exception. Sie sind nicht recipirt.

4) Bedingte Verurtheilung geschieht, wenn der Kläger aus einem zweiseitigen Geschäft klagt und der Beklagte die exceptio non adimpleti contractus entgegenstellt, mittels deren er verlangt, daß er nur gegen gleichzeitige Leistung seitens des Klägers zur Gegenleistung verurtheilt werde.

5) An sich mußte die Exception vor der Konstituierung des iudicium vorgebracht und in die Formel eingefügt sein, damit sie der iudex berücksichtigen konnte. Allein der Prätor versprach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn eine

gehört die der Rechtshängigkeit, welche mit der Klageerhebung eintritt und der Partei entgegentritt, welche während des anhängigen Prozesses die Streitsache anderweit anhängig macht.<sup>6</sup>

2. Die Exceptionen sind sachliche — rei cohaerentes — oder persönliche — personae cohaerentes.

Die sachlichen Exceptionen stehen jedem zu, gegen welchen aus dem Rechtsverhältnisse geklagt wird. Die persönlichen Exceptionen stehen nicht jedem zu, sondern nur bestimmten Personen.<sup>7</sup> Sie haften nicht an dem Verhältniß, sondern befreien eine Person. Eine bloß persönliche Exception entspringt z. B. aus dem Zwangsvergleiche, welchen der in Konkurs verfallene Schuldner mit der Mehrheit seiner Gläubiger schloß; denn er kommt nur ihm und seinen Erben, nicht aber seinen Bürgen und Mitschuldnern zu gute.<sup>8</sup>

3. Einige Exceptionen ferner stehen jedem entgegen, welcher aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse klagt — sie wirken in rem —; andere haben Wirkung nur gegen gewisse Personen — sie sind in personam.<sup>9</sup>

4. Man unterscheidet endlich die exceptiones in factum und die exceptio doli<sup>10</sup> generalis.

Die exceptiones in factum beruhen auf speciellen Thatbeständen.

peremptorische Exception nicht rechtzeitig vorgebracht war. Man hatte hierbei Versäumung aus Irrthum im Auge — Gaj. Inst. IV § 125 — aber im Edikt war die Restitution ohne weiteres versprochen; dies geht aus l. 2 C. sententiam rescindi 7, 50 hervor; vgl. über sie Krüger im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 n. 4, siehe ferner l. 8 C. de except. 8, 35. Ob der Beklagte gegen Versäumniß dilatorischer Einreden Restitution erhalten sollte, war zur Zeit vor Gajus streitig und wurde später entschieden verneint, l. 12 C. de except. 8, 35. Man wollte durch rechtzeitiges Vorbringen der dilatorischen Einrede den Kläger warnen und zum Absehen von einer erfolglosen Klage bestimmen. Nach der C.P.D. § 251 können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, insbesondere auch peremptorische und dilatorische Einreden, bis zum Schlusse der Verhandlung geltend gemacht werden. Eine Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln wegen Verzögerung ist jedoch zulässig, wenn diese dolos oder in Folge von culpa lata geschah.

6) C.P.D. § 235.

7) l. 7 pr. § 1 D. de except. 44, 1.

8) R.D. § 178 am Ende.

9) l. 4 §§ 27 ff. D. de doli mali et met. 44, 4. Die Unterscheidung ist von Bedeutung im Wechselrechte, vgl. W.D. Art. 82: Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen — exceptiones in rem — oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zu stehen — exceptiones in personam.

10) Die Formel der exceptio doli lautete: si in ea re nihil dolo malo A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> factum sit neque fiat. Die exceptio wird in ihrem ersten Gliede gewöhnlich als die des dolus specialis bezeichnet, in ihrem zweiten Gliede — neque fiat — als die des dolus generalis, l. 4 § 33 D. de doli mali exc. 44, 4. Vgl. über die exceptio doli Hänel im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 S. 422 ff. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 112 ff.

Beispiele sind die *exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae* und die des *dolus* wegen Betruges, s. g. *exceptio doli specialis*.

Die *exceptio doli generalis* stützt sich darauf, daß die Klage ein Unrecht bilde. Ursprünglich dachte man an ein subjektives Unrecht. Man wies den Kläger wegen seiner Gesinnung ab, wenn er bewußtermaßen das formelle Recht mißbrauchte, um unlautere Vortheile zu gewinnen. Aber bald wurde dies bloße Einfleidung. Der Beklagte wurde durch *exceptio doli generalis* geschützt, nicht weil der Kläger eine schlechte Gesinnung bewies, sondern weil das Klagerecht dem wahren Rechte widerspricht, im gegebenen Falle nur die Form, nicht das Wesen des Rechtes hatte.<sup>11</sup>

In dieser Funktion war die *exceptio doli* für die Entwicklung des römischen Rechtes sehr wichtig. Zahlreiche Rechtsinstitute bildeten sich unter ihrem Schutze aus.<sup>12</sup>

Die *exceptio doli* trat namentlich Klagen aus Formalgeschäften, z. B. Stipulationen entgegen, welche eines materiellen Rechtsgrundes — der *causa* — ermangelten.<sup>13</sup>

Die *exceptio doli* war ferner das Mittel zur Geltendmachung des Retentionsrechtes. Retentionsrecht<sup>14</sup> ist die Befugniß, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis der Gegner gewissen Gegenansprüchen gerecht wird. Meist ist eine innere Beziehung der Gegenansprüche — Konnexität — für die Retention erforderlich; es ist dies aber nicht immer der Fall. Ein besonders wichtiges Retentionsrecht ist dasjenige des Besitzers einer fremden

11) Eine Analogie bietet die *querela inofficiosi testamenti*, welche ursprünglich auf die Pflichtwidrigkeit des Erblassers gebaut war, später aber auch hiervon abgesehen dem Pflichttheilsberechtigten Ansprüche gab. Freilich wird auch wohl hier und da später auf die ursprüngliche subjektive Grundlage der *exceptio doli* ein gewisses Gewicht gelegt, so von Ulpian in der l. 2 § 5 D. de dol. mal. 44, 4 „nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo ut dolo careat.“ Dagegen äußert Papinianus libro 3 quaestionum l. 12 D. h. t.: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Vgl. des weiteren Pernice a. a. O. S. 120.

12) Zwei Sätze des römischen Prozeßrechtes sind hier nur zu erwähnen, nämlich a. Ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Ulpianus libro 76 ad edictum l. 2 § 5 D. h. t., vgl. freilich l. 4 § 33 D. eod. und b. Exceptio doli inest bonae fidei iudicii l. 21 D. sol. matr. 24, 3, l. 84 § 5 D. de leg. l. d. h. es bedurfte keiner besonderen Einfügung der *exceptio doli* in die Formel des *bonae fidei iudicium*, um den Richter zu ihrer Berücksichtigung zu ermächtigen, vgl. Virkmeyer, die Exceptionen in *bonae fidei iudicium* S. 131.

13) l. 2 § 3 D. de oxe. 44, 1, vgl. l. 4 § 1 D. eod.

14) Großkopff, Retentionsrecht 1858; Dernburg, Kompensation S. 365; Jaun im historischen Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 4 n. 17; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 1. Aufl. S. 962.

Sache gegenüber der Eigenthumsklage wegen Verwendungen, welche der Beklagte auf die Sache machte.

Ist die produktive Kraft der *exceptio doli* erloschen? Kann sie nur in den Fällen vorgeschützt werden, in welchen sie die Römer bereits kannten? oder hat sie fortwirkend lebendige Kraft? Darf sie der Richter also auch in besonderen Fällen berücksichtigen, welche dem geschriebenen Rechte fremd sind, in welchen aber die Anwendung der Rechtsregel dem Wesen der Sache und den Zwecken des Rechtes zuwiderliefe. Wir halten dies für zulässig und die gerichtliche Praxis stimmt hiermit überein.<sup>15</sup>

## Viertes Kapitel.

### Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

#### § 139. Begriff der Restitution.<sup>1</sup>

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — in *integrum restitutio* — ist Beseitigung einer Verletzung aus Billigkeit durch besondere richterliche Hülfe.

Bei der Restitution wird die Beseitigung eines Schadens nicht auf Grund der Rechtsordnung beansprucht, sondern vom Richter als besondere Hülfe erbeten.<sup>2</sup>

Die Restitution ist ein außerordentliches Hülfsmittel.<sup>3</sup> Das außer-

15) Gegen die heutige Anwendbarkeit der *exceptio doli* erklärt sich Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 7. Auch Römer in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 20 n. 2: die *exceptio doli*, insbesondere im Gebiete des Wechselrechtes, hält sie für unanwendbar. Unserer Ansicht ist Birkmeyer a. a. O. S. 308 ff. Römer führt zahlreiche Entscheidungen höherer Gerichte, insbesondere das R.D.F.G. an, welche mit der *exceptio doli generalis* operiren.

1) Das Hauptwerk ist von Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1831, welcher von S. 29 ab die ältere Litteratur angiebt, vgl. weiter Savigny Bd. 7 S. 91 ff.; Spaltenstein, Wiedereinsetzung 1873; Brinz Bd. 1 S. 405 ff.

2) Wiederherstellung früherer Zustände findet sich sehr häufig auch bei anderen Rechtsmitteln. Beispielsweise wird auf Grund der *actio redhibitoria* wegen verborgener Mängel der Kaufsache die Lage durch Urtheil wiederhergestellt, wie sie ohne Abschluß des Kaufgeschäftes gewesen wäre. In der Wiederherstellung des vorigen Standes allein liegt also das specifische des hier behandelten Rechtsmittels nicht.

3) Vgl. l. 16 pr. D. de min. 4, 4.

ordentliche besteht darin, daß der Richter nicht wie in anderen Fällen Recht anwendet, sondern durch seinen Spruch Recht schafft.

In dem Gebiete der Restitution fühlt sich das Recht ohnmächtig, direkt das der Lage des einzelnen Falles entsprechende vorzukehren. Es ermächtigt daher den Richter, dies je nach der Besonderheit der Verhältnisse zu thun.<sup>4</sup>

Der Umfang der Restitution ist hiernach naturgemäß bedingt durch den Grad der Ausbildung des Rechtes im objektiven Sinne. Ist dasselbe eckig und plump und wird dies empfunden, so entsteht das Bedürfnis, neben die Ordnung des Rechtes die Hilfe des Richters zu setzen. Bei höherer Ausbildung der Rechtsordnung verengert sich der Kreis der richterlichen Restitution.

Wir finden sehr zahlreiche Restitutionsfälle in den letzten Jahrhunderten der römischen Republik, denn damals machten sich neue Rechtsideen geltend, welche billig erschienen, aber noch nicht reif und völlig ausgetragen waren. Sie verwirklichten sich zunächst nicht durch allgemeine Rechtsätze, sondern durch Restitution je nach Lage des Falles. Indem diese Ideen dann aber später zu festen Rechtsordnungen führten, wurde die Restitution zurückgedrängt.

Die späteren römischen Juristen führen sechs Restitutionsgründe auf.<sup>5</sup> Aber zu ihrer Zeit waren nicht wenige bereits abgestorben.

1. Wohl eine der ältesten Restitutionen war die wegen Zwanges. Sie ist von seltener Anwendung, da ordentliche Rechtsmittel, insbesondere die *actio quod metus causa* dem gezwungenen helfen. Restitution wegen Zwanges kommt nur noch in besonderen Fällen vor, für welche die Form der Restitution vorzugsweise zweckmäßig ist.<sup>6</sup>

2. Wegen Irrthumes wurde von jeher nur unter besonderen Umständen restituirt.<sup>7</sup> Am häufigsten geschah dies im Prozeß.<sup>8</sup>

4) Die Restitution wird zutreffend mit der Begnadigung im Strafrecht verglichen. Die Römer nannten beides *restitutio in integrum*. Die abstrakte Regel des Rechtes wird oft der besonderen Lage des Falles nicht gerecht. Persönliches Eingreifen mildert die Härten, welche hieraus entstehen, durch Begnadigung im Gebiete des Strafrechtes, durch Restitution im Civilrechte. Wer wollte im übrigen die verschiedene Entwicklung und Stellung beider Institute verkennen?

5) *Pauli sent. 17 § 2. Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis. quae per metum, dolum et status permutationem et justum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem actatis gesta esse dicuntur; vgl. l. 1. l. 2 D. de in integr. rest. 4, 1.*

6) Vgl. oben § 103 S. 234.

7) Es gehörte hierher das *Edict quod eo auctore qui tutor non fuerit ... si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem l. 1 D. quod falso tutore 27, 6*. Der Fall ist unpraktisch geworden. Andere meist gleichfalls antiquirte Fälle, in welchen in Rom wegen Irrthums restituirt wurde, zählt Bangerow Bd. 1 § 186 auf.

3. Die Restitution wegen Betruges war von beschränkter Anwendung.<sup>9</sup> Sie erhielt eine weitere Ausbildung nicht, da man vielmehr für die Regel durch eine ständige Klage, die *actio doli*, Hülfe schaffte.<sup>10</sup>

4. Nach altrömischem Rechte wurde der Schuldner von seinen Schulden frei, wenn er *capitis deminutio minima* erlitten hatte. Hiergegen ertheilte der Prätor ursprünglich Restitution; später aber gab er den Gläubigern eine Klage, wodurch er die Befreiung von Schulden wegen *status mutatio* ständig beseitigte.<sup>11</sup> Diese Art der Befreiung ist dem heutigen Rechte völlig fremd.

5. Eine fernere Restitution war die wegen Minderjährigkeit und

6. eine weitere wegen nothgedrungener Versäumniß von Handlungen, die zur Erhaltung von Rechten erfordert waren.

Eine allgemeinere Bedeutung behielt nur die Restitution wegen Minderjährigkeit und wegen der Nothversäumnisse. Diese Gründe betreffen weit auseinanderliegende Dinge. Aber sie haben gemeinsam, daß die Lage der Verhältnisse, um die es sich handelt, im einzelnen eine sehr verschiedene ist. Daher kann es zweckmäßig sein und erschien den Römern so, diese Verhältnisse individuell zu behandeln, indem man je nach Lage der Umstände richterliche Hülfe gewährte.

Dies ist gemeinrechtlich. Doch ist die Tendenz des gemeinen Rechtes darauf gerichtet, die Restitution auch in diesen Fällen und namentlich bei der Minderjährigkeit durch allgemeine Rechtsnormen überflüssig zu machen.

Jede Restitution fordert:

- a) eine Verletzung — Läsion —, gegen welche die Restitution ertheilt wird und
- b) einen Restitutionsgrund.

8) Die Restitutionsklage der C.P.D § 543 gegen ein rechtskräftiges Urtheil hat zum Theil ihren Grund im Irrthume der Prozeßpartei. Das nähere gehört in eine Darstellung des Prozeßrechtes.

9) Es gehörte hierher das Edict: *quae alienatio iudicii mutandi causa facta erit dolo malo in integrum restituum*. l. 4 § 3, l. 10 § 1 D. de alienatione 4, 7; Lenel, edictum S. 101.

10) Hiermit steht l. 7 § 1 de in integrum rest. 4, 1 nicht in Widerspruch.

11) l. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5.

## § 140. Verletzung.

Die Restitution bringt Beschädigten Hülfe. Der Schaden kann in Verlust erworbenen Vermögens, aber auch im Entgehen von Vortheilen liegen.<sup>1</sup> Befundär muß er nicht sein. Restitution ist auch gegen familienrechtliche Geschäfte möglich, z. B. gegen Arrogation,<sup>2</sup> Anerkennung eines Kindes, Verlöbniß, nicht aber gegen Eingehung einer Ehe.

Restitution soll in der Regel nicht ertheilt werden, wenn der Schaden gering ist und wenn er nur mit unverhältnißmäßigem Nachtheil geheilt werden kann. Dieser Gesichtspunkt kann namentlich bei der Restitution Minderjähriger in das Gewicht fallen.<sup>3</sup>

Nie wird Restitution gegen Schaden ertheilt, den man sich durch Dolus zugezogen hat.<sup>4</sup>

Die Restitution wird ferner nicht gegeben gegen den Verlust von Privatstrafklagen.<sup>5</sup>

Sie ist ausgeschlossen gegenüber der 30jährigen oder längeren Verjährung.<sup>6</sup>

Sie wird auch den Descendenten gegenüber ihren Ascendenten versagt.<sup>7</sup>

1) l. 27 D. ex quibus causis 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum. Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.

2) l. 3 § 6 D. de min. 4, 4.

3) Nicht selten lehrt man, geringer Schade werde ei Restitutionen nicht berücksichtigt — minima non curat praetor, daß dies aber so allgemein nicht richtig ist, ergibt schon l. 4 D. de in integr. rest. 4, 1. Callistratus libro 1 edicti montorii. Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat. Unter besonderen Umständen wird ein größerer Schaden verlangt, so l. 9 pr., l. 49 D. de min. 4, 4. l. 1 C. si adversus vend. pignoris 2, 28. Die gewöhnlich hierher bezogenen l. 9 § 1 D. de min. 4, 4 und l. 1 C. si adversus don. 2, 29 versagen die Restitution nicht, weil der Schaden gering war, sondern weil kein Schaden vorlag. So mit Recht Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 6, dagegen Bangerow Bd. 1 § 176.

4) l. 9 § 2 und § 5 D. de min. 4, 4. l. 26 § 6 D. ex quibus causis 4, 6. l. 1, l. 2, l. 3 C. si minor se majorem 2, 42.

5) l. 37 pr. § 1 D. de min. 4, 4. l. 18 D. ex quibus causis 4, 6.

6) l. 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39.

7) l. 2 C. qui et adversus 2, 41. Vgl. überhaupt über die Beschränkungen der Restitution Bangerow Bd. 1 § 178 Anm. 2.

§ 141. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe.<sup>1</sup>

Als die Römer die Nothwendigkeit empfanden, die Verfügungsfähigkeit mündiger Personen unter 25 Jahren einzuschränken, entschieden sie sich dafür, die Verhältnisse individuell, nicht generell zu behandeln. Dies geschah durch Gewährung der in *integrum restitutio* gegen Verletzungen, die im minderjährigen Alter des Verletzten ihren Grund hatten.

Ursprünglich hielt man die Restitution wegen Minderjährigkeit in engeren Grenzen. Allmählig wurde sie in immer weiterem Umfange gewährt. Schließlich geschah dies vielfach so lag, daß die Zwecke, welche man im Auge hatte, nicht mehr gewahrt blieben.

1. Das Edikt versprach Restitution gegen Verhandlungen — *gestum* — des Minderjährigen mit Dritten.<sup>2</sup> Man ertheilte sie jedoch sachgemäß auch gegen einseitige Erklärungen des Minderjährigen, sowie gegen Unterlassungen.<sup>3</sup>

Die ursprüngliche Idee war, Minderjährige gegen bewußte Uebervortheilung seitens dritter zu schützen. Hieran hielt man aber nicht fest. Minderjährige sollten durch Leichtsinn und Unerfahrenheit, wie sie ihrem Alter eigen sind, nicht zu Schaden kommen.<sup>4</sup> Gegen Schaden, welcher in Zufall seinen Grund hatte, wurden sie zwar nicht geschützt.<sup>5</sup> Wenn indeß der Minderjährige Geschäfte einging, welche an sich vortheilhaft aber gewagt waren und, da er sie nicht rasch genug abwickelte, Unfälle erlitt, so sollte er dennoch restituirt werden.<sup>6</sup>

1) Vgl. oben § 53.

2) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4. Praetor edicit: quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam. Ueber das *gestum* vgl. l. 7 pr. ff. D. de min. 4, 4. l. 9, l. 11 D. eod.

3) l. 8 C. de in integrum rest. 2, 21.

4) l. 1 pr. D. h. t. 4, 4, l. 5 pr. C. de in integr. rest. 2, 21 Diocletianus et Maximianus. Minoribus in integrum restituito, in quibus se captos probare possum, etsi dolus adversarii non probetur, competit. l. 1 § 7 D. h. t. 4, 4.

5) l. 11 § 4 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. Item non restituetur qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas . . . unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.

6) l. 11 § 5 D. h. t. 4, 4 Ulpianus libro 11 ad edictum. Si locupletii heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Julianus quidem libro 46 sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Julianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et

Man schloß die Restitution nicht aus, wenn der Minderjährige unter Konsens seines Kurators gehandelt hatte.

Auch Minderjährige, die unter väterlicher Gewalt standen, erhielten Restitution, trotzdem daß sie mit väterlicher Ermächtigung gehandelt hatten.<sup>7</sup>

Dies einseitig durchgeführt, mußte Geschäfte jeder Art mit Minderjährigen praktisch unmöglich machen und sie jedes Credits berauben, überhaupt aber den Verkehr schädigen. Daher drang Paulus darauf, daß Minderjährige nicht ohne weiteres restituirt werden sollten, sondern nur, wenn ihre Uebervortheilung eine offenkundige sei oder wenn sie durch eigene grobe Nachlässigkeit beschädigt waren.<sup>8</sup> Dies ist nicht ohne nachhaltige Wirkung geblieben.<sup>9</sup>

2. Da die Minderjährigen Restitution auch erhielten, wenn sie unter vormundschaftlicher Zustimmung handelten, so war es folgerichtig, daß sie auch dann restituirt wurden, wenn die Vormünder für sie

quod fato contingit, cuius patrifamilias quamvis diligentissimo possit contingere. sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia. praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

7) l. 3 §§ 4 ff. D. h. t. 4, 4.

8) Paulus libro 1 sententiarum l. 24 § 1 D. h. t. 4, 4. Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet. Die Flor.<sup>1</sup> — lieft autam, wonach Mommien admodum auflöst, offenbar mit Recht; es entspricht der „manifesta“ circumscriptio. daß „admodum“ neglegenter folgt. Die facilitas, welche für Ulpian Restitutionsgrund ist, l. 44 D. h. t. und die grobe Nachlässigkeit, welche Paulus fordert, sind sehr verschiedene Dinge. Die Ausführung von Paulus über die Restitution der Minderjährigen ist also von einem anderen Geiste getragen, als es die Erörterungen Ulpian's sind. Auch an anderen Orten opponirt Paulus übertriebener Ausdehnung der Restitution, welche schließlich allen Kredit zerstören müßte. So in dem Falle, den er libro 1 decretorum — l. 38 D. h. t. berichtet. Aemilius Larianus hatte ein Grundstück unter lex commissoria gekauft, war vor dem Zahlungstage verstorben und von der unmündigen Rutliana beerbt worden. Ihre Vormünder berichtigten den Kaufschilling trotz mehrfacher Mahnungen nicht. Der Verkäufer machte von der lex commissoria Gebrauch; die Rutliana suchte Restitution nach. Die Vorinstanzen schlugen die Restitution ab, die Sache gelangte an den Kaiser: putabam bene iudicatum, quod pater ejus, non ipsa contraxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denunciando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri, quod dies postea transisset, non magis, quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita, quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit: in integrum restituendam.

9) Bgl. l. 1 pr. C. qui et adversus quos 2, 41 von Alexander aus dem Jahre 232.

gehandelt hatten.<sup>10</sup> Nicht einmal die obervormundschaftliche Genehmigung schließt die Restitution aus.<sup>11</sup> Aber Dolus oder grobe Nachlässigkeit der Vormünder ist zu erfordern.<sup>12</sup>

3. Gemeinden theilte man hinsichtlich der Restitution die Rechte der Minderjährigen zu.<sup>13</sup> Das kanonische Recht gewährte sie auch kirchlichen Korporationen,<sup>14</sup> die Praxis juristischen Personen überhaupt, überwiegend auch den nichtminderjährigen bevormundeten physischen Personen.

4. Die Restitution wegen Minderjährigkeit wurde in einigen besonderen Fällen ausgeschlossen.<sup>15</sup>

Restitution eines Minderjährigen gegen einen Minderjährigen ist zulässig. Aber sie wird versagt, wenn sie dem beklagten Minderjährigen einen Verlust zufügen würde, durch welchen sein Vermögen tatsächlich gemindert würde.<sup>16</sup>

Für großjährig erklärte haben wegen Handlungen oder Unterlassungen nach der Großjährigkeitserklärung keine Restitution.<sup>17</sup>

5. Im heutigen Rechte ist die Restitution der Minderjährigen zwar nicht verschwunden, aber doch sehr zurückgedängt.

Es ist zu beachten, daß die Minderjährigkeit mit Vollendung des 21. Jahres endigt.

Der Kreis der Restitutionsfälle ist ferner dadurch vermindert, daß Minderjährige, wenn sie ohne Zustimmung ihrer Vormünder handeln, sich nicht gültig verbinden, daß ihre bezüglichen Handlungen also nichtig sind, womit die Restitution gegen dieselben wegfällt.

Die Restitution wird daher nur noch ertheilt gegen Handlungen der Minderjährigen, welche sie mit vormundschaftlichem Konsens vornehmen, und gegen Handlungen der Vormünder.<sup>18</sup>

Die C.P.D. hat Restitution wegen Minderjährigkeit und der

10) l. 47 pr. D. de nim. 4, 4, l. 7 § 8, l. 49 D. eod., l. 2, 3, 5 C. si tutor 2, 24.

11) l. 11 C. de praediis vel aliis rebus 5, 71.

12) arg. l. 24 § 1 D. h. t. vgl. oben Anm. 8.

13) l. 4 C. quibus ex causis majores 2, 53.

14) cap. 1, 3, 6 X de in integr. rest. 1, 41.

15) Die Fälle führt an Vangerow Bd. 1 § 83 Anm. 2. Es gehört hierher, daß Minderjährige nicht restituirt werden sollen, wenn sie jussu patris ein Darlehen aufnehmen, l. 3 § 4 D. de min. 4, 4. Es ist dies freilich singular.

16) l. 11 § 6 D. h. t. 4, 4, l. 34 pr. D. eod.

17) l. 1 C. de his, qui veniam 2, 44.

18) Gewohnheitsmäßig hat sich der Satz festgestellt, daß minderjährige Inhaber eines kaufmännischen Geschäftes gegen Handlungen und Unterlassungen ihrer gesetzlichen Vertreter nicht restituirt werden. R.D.G. Bd. 4 S. 28 ff.

gleichgestellten Fälle gegen Versäumnisse der Prozeßfristen<sup>19</sup> und gegen richterliche Urtheile beseitigt.

§ 142. Restitution gegen nothgedrungene Versäumnisse.

Gegen nothgedrungene Versäumnisse wird Restitution ertheilt.<sup>1 2</sup>

Die Versäumnisse, gegen die man durch Restitution Hülfe erlangt, sind mannichfachter Art. Die Restitution kann die Verjüngung gerichtlicher Handlungen heilen, insbesondere der rechtzeitigen Erhebung der Klage behufs Unterbrechung einer Verjährung, sowie der Einhaltung von prozessualischen Fristen, an welche ein Rechtsmittel geknüpft ist. Aber auch gegen Versäumniß außergerichtlicher Handlungen wird restituirt, z. B. gegen Nichtausübung einer Servitut, die in Folge dessen erlischt. Unter Umständen kann Restitution selbst gegen Verjüngung vertragsmäßiger Fristen ertheilt werden.<sup>3</sup>

Die Versäumniß muß eine nothgedrungene sein. Nicht absolute Unmöglichkeit ist gefordert. Es handelt sich um Hindernisse, die nach den Lebensverhältnissen nicht vorsehbar und vermeidbar waren.

Das prätorische Edikt hatte drei Klauseln:<sup>4</sup>

a) Abwesenheit des Beschädigten selbst vom Orte, wo die Handlung zu vollziehen war, aus gerechter Furcht, oder im Staatsdienste, sofern nicht Dolus unterliefe, ferner Gefängnißhaft, Sklaverei, Kriegsgefangenschaft des Beschädigten.

b) Abwesenheit des Gegners, dessen Gegenwart zur Handlung nothwendig war, falls er nicht vertreten war, ferner gewisse andere Arten seiner Unzugänglichkeit, insbesondere Gefängnißhaft.

19) C.P.D. § 210 Abs. 1.

1) Es ist vorzugsweise Paulus libro 12 ad edictum l. 16 D. ex quibus causis majores 4, 6, welcher den Nothfall betont. Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Von den neueren hat Brinz Bd. 1 S. 418 ff. vor anderen auf diese Grundgedanken hingewiesen. Gewöhnlich spricht man von Verhinderung „wegen äußerer Hindernisse“. Dies trifft unseres Erachtens nicht den Kern der Sache.

2) Das Edikt selbst stellte die Restitution wegen Nothversäumniß jedem Verletzten in Aussicht. Die Ueberschrift ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituantur wurde gewählt, weil die Altersrestitution diese entbehrlich machte. In neuerer Zeit ist die Restitution wegen Minderjährigkeit vielfach beschränkt, nun wird nicht selten auch für Minderjährige die Hülfe dieses Ediktes Bedürfniß.

3) Vgl. l. 41 und l. 43 D. ex quibus causis 4, 6.

4) Das prätorische Edikt giebt wieder l. 1 § 1 D. h. t. 4, 6. Es ist vervollständig bei Lenel, edictum perpetuum S. 96.

c) Analoge Anwendung auf andere Fälle verhiess eine *clausula generalis*. Es gehört hierher nothwendige Abwesenheit des Restitutionsjuchers, auch wenn sie nicht in Staatsgeschäften beruhte,<sup>5</sup> und selbst freiwillig durch seine Verhältnisse bedingte Abwesenheit, vorausgesetzt daß unvorsehbare Verjämniß hieraus entstand.“ Zufälle anderer Art geben gleichfalls Restitutionsgründe ab, z. B. Ueberschwemmungen und andere Unterbrechungen der Kommunikation.<sup>7</sup>

Nicht zu bezweifeln ist, daß Restitution wegen Abwesenheit nicht erlangen kann, wer einen Vertreter bestellen konnte und dies unterließ; denn dann ist der Abwesende offenbar an der Verjämniß selbst schuld.<sup>8</sup>

Streitig ist, ob man wegen Abwesenheit restituirt wurde, wenn der Vertreter, den man zurückließ, nachlässigerweise die Wahrung des Rechtes des Abwesenden unterließ und die ihm obliegende Handlung verjämte.

Manche römische Juristen haben sich hierfür erklärt. Auch in solchem Fall läßt sich der Verlust des Abwesenden mittelbar auf seine Abwesenheit zurückführen. Denn wäre er zu Hause geblieben, so hätte er selbst handeln können, und wenn dies geschah, so hätte ihm die Nachlässigkeit seines Vertreters nicht geschadet. Dagegen entschied sich Paulus gegen die Restitution der Abwesenden wegen Nachlässigkeit ihrer Vertreter. Der Abwesende, mochte er annehmen, hat den Vertreter an seine Stelle gesetzt; was der Ver-

5) Insbesondere stellte man der Abwesenheit *reipublicae causa* diejenige der „*legati civitatum*“ gleich, l. 8, l. 26 § 9, l. 16 *quibus ex causis* 2, 52.

6) l. 28 pr. D. h. t. *Ulpianus libro 12 ad edictum*. *Nec non et si quis de causa probabili afuerit, deliberare debet praetor, an ei subveniri debeat puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto: ne decipiatur per justissimam absentiae causam*. Der Grund der Abwesenheit kann in Studien, Erwerbsgeschäften, Herstellung der Gesundheit, in Erholung liegen. Wer aber Jahr aus Jahr ein reist, um sich zu amüsiren, kann Restitution wegen Verjämniß nicht erlangen; derartiges giebt keinen probabeln Grund ab. Es besteht der Unterschied zwischen freiwilliger und nothwendiger Abwesenheit, daß man vor der ersteren seine Geschäfte ordnen kann, die zweite aber wenigstens regelmäßig nicht aufschiebbar ist. Deswegen wird die Restitution wegen freiwilliger Abwesenheit nicht so leicht ertheilt, als diejenige wegen nothwendiger Entfernung.

7) Vgl. l. 34 § 1 l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

8) Manche bestreiten dies für die ediktmäßigen Fälle, insbesondere für die Restitution wegen *reipublicae causa absentiae*. So Fritz in Lindes Zeitschrift, neue Folge Bd. 17 S. 63 und Brinz Bd. 1 S. 424. Richtig ist, daß das Edikt von der Nothwendigkeit, womöglich einen Vertreter zu bestellen, bei der Restitution wegen *absentiae reipublicae causa* nicht spricht. Daher meint Fritz „lege non distinguente“. Doch die Restitution ist in allen Fällen Hilfe, die der Prätor aus Billigkeit nach Ermessen der Umstände gewährt. Brinz betont mit Recht als Grund der Restitution die Noth. Ist dies ihre Grundlage, so folgt, daß sie dem nicht ertheilt werden kann, welcher den Verlust in Folge eigener Nachlässigkeit erlitt.

treter thut und unterläßt, ist so anzusehen, als hätte es der Vertretene selbst gethan und unterlassen.<sup>9</sup>

So tritt Paulus auch hier, wie bei der Restitution der Minderjährigen, übertriebener Ausdehnung der Restitution entgegen. Dieser Auffassung haben wir uns anzuschließen.

Ihr entspricht die C.P.D. für die Restitution gegen die Fristen der Civilprozeßordnung. Bei dieser Restitution wird die Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, wie eine durch den Vertretenen selbst verschuldete behandelt.<sup>10</sup>

9) Ganz allgemein gewährt Ulpian — libro 12 ad edictum — dem legatus civitatis Restitution gegen Versäumnisse, auch wenn er einen procurator hatte, l. 26 § 9 D. h. t. 4, 6 . . . legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est eum restitui licet reipublicae causa non absit: et saepissime constitutum est adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non. Dagegen entscheidet Macer libro 2 de appellationibus l. 8 D. de in integrum rest. 4. l. daß die reipublicae causa absentes und gleichgestellte Personen, wenn sie gegenüber einer Klage durch ihre Procuratoren vertheidigt wurden, gegen das Jufikat nicht restituirt würden, wohl aber gegen die Versäumnis der Appellation. Endlich spricht Paulus libro 1 sententiarum. l. 39 D. h. t. 4, 6 aus: Is qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens non auditur. Paulus versagt also dem Vertretenen, wenn er durch eine Procuratur defendirt werden konnte, die Restitution schlechthin. Mehnlich l. 1 C. quibus ex causis 2, 53 verb. „indefensus“. Ueber zahlreiche Vereinigungsversuche berichtet Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 17 S. 68 ff. eingehend. Savigny bemerkt a. a. O. § 179 Anm. o: „Wäre es gestattet, die Stelle des Paulus auf den Fall eines rechtssträftigen Urtheils zu beschränken, wovon jedoch die Stelle selbst keine Spur enthält, so würde der dargestellte Widerspruch der Stellen verschwinden.“ Windscheid Bd. 1 § 119 Anm. 8 hält dies für gestattet. Aber Paulus schließt jede Restitution, also auch die gegen die Versäumnis der Appellation durch die Procuratoren aus. Und dies geht gegen das Princip, welchem Ulpian huldigt. Mißlungen ist auch der Versuch von Brinz Bd. 1 S. 423 ff., die Entscheidung von Paulus wegzuninterpretiren. Paulus trat — wie oben § 241 Anm. 8 gezeigt wurde — der laien und verkehrschädlichen Behandlung der Restitution wegen Minderjährigkeit entgegen; das gleiche Bestreben setzte ihn auch bei der Restitution wegen Versäumnis in Widerspruch mit anderen Juristen. Auch Burghardt a. a. O. S. 166 und Savigny S. 177 erkennen die Antinomie an. Paulus soll aber die ältere Auffassung vertreten, Ulpian die fortschreitend mildere Behandlung. Doch nicht jeder Fortschritt führt zum besseren und nicht jedes Zurückgreifen auf ältere Ansichten ist zu verwerfen. Wir haben vielmehr der Ansicht des Paulus den Vorzug zu geben. Dafür sprechen innere Gründe. Vom Standpunkte der justinianischen Compilation läßt sich hierfür anführen, daß Paulus die Frage selbständig in der l. 39 D. h. t. behandelt, während sich in der l. 29 § 9 D. h. t. von Ulpian nur eine gelegentliche Bemerkung findet. — Die Restitution gegen Versäumnis der Appellation, die Macer festhält, ist durch die C.P.D. jedenfalls erledigt. Die l. 15 pr. D. h. t., welche von einem obrigkeitlich gesetzten Kurator handelt, hat nichts mit der Frage zu thun, ob man für die Thätigkeit des selbst erwählten einsteht.

10) C.P.D. § 210 Abs. 2. Diese Bestimmung gilt nur für Vertreter im eigentlichen Sinne, also für Personen, welche bezüglich der Prozeßführung an die Stelle der Partei getreten sind und einen selbständigen, auf eigener Erwägung und Verfügung beruhenden Einfluß auf Beginn und Fortgang des Prozesses üben. Hierzu gehören solche Personen — z. B. Postboten — nicht, deren Thätigkeit in bloßer Uebermittlung von Schriftstücken besteht. Sie sind nur Boten — nuntii — der Partei. So R.G. Bd. 10 S. 362 ff.

Die Restitution der Civilprozeßordnung ist übrigens eine eigenartige. Sie wird gegen Verjähren einer Nothfrist ertheilt, wenn die Verhinderung in Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen beruht. Sie ist an eine Frist von 2 Wochen nach Hebung des Hindernisses gebunden.<sup>11</sup>

### § 143. Durchführung der Restitution.

1. In Rom war die Restitution den höheren Magistraten vorbehalten.<sup>1</sup> Sie entschied zur Zeit des Formularprozesses über sie persönlich — *extra ordinem*.

In Folge dessen wurden häufig zwei getrennte Prozesse nöthig. Der erste — das *judicium rescindens* — beschränkte sich auf die Frage der Restitution; der zweite — das *judicium rescissorium* — bezweckte auf Grund des Restitutionsbescheides die Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache. So verfuhr man namentlich, wenn eine Klage in Folge eines Restitutionsgrundes verjährt war. Der Restitutionsbescheid beseitigte nur das der Klage entgegenstehende Hinderniß, z. B. die Einrede der Verjährung. Ob die Klage positiv begründet, der Beklagte also in der Hauptsache, z. B. aus dem angeblichen Darlehen, zu verurtheilen sei, war Gegenstand eines zweiten Prozesses im ordentlichen Verfahren.<sup>2</sup>

Heutzutage entscheidet über die Restitution das Gericht, welches in der Sache zuständig ist. Eine Trennung des Verfahrens wird durch die heutige Gerichtsverfassung nicht mehr gefordert. Regelmäßig wird daher in einem Prozesse über die Restitution und über den klägerischen Anspruch verhandelt und entschieden.<sup>3</sup> Nur wo ein besonderes rechtliches Interesse daran besteht, kann sich der Klageantrag darauf beschränken, Entscheidung über die Restitution zu fordern, so daß die durch die Restitution erneuerten Ansprüche einem besonderen Verfahren vorbehalten bleiben.<sup>4</sup>

2. Die Restitution ist als außerordentliche Hülfe subsidiär.<sup>5</sup>

11) C.P.D. § 210 ff.

1) l. 26 § 1 D. ad municipalem 50, 1.

2) l. 28 § 5 und § 6 D. ex quibus causis majores 4, 6. Vgl. über andere Fälle Brinz Bd. 1 S. 440.

3) Vgl. C.P.D. § 216 Abs. 1.

4) Dies nach Analogie von C.P.D. § 231.

5) l. 16 pr. D. de rest. min. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero jure munitus

Sie wird also nicht gewährt, wenn dem Verletzten ordentliche Rechtsmittel offen stehen, es sei denn, daß diese nicht so vollständig oder sicher oder bequem zum Ziele führen.<sup>6</sup>

3. Die Restitution ist an eine Frist gebunden. Nach prätorischem Recht betrug dieselbe einen annus utilis. Justinian setzte sie auf 4 fortlaufend gezählte Jahre — quadriennium continuum.<sup>7</sup>

Die Frist läuft von der Verletzung an.<sup>8</sup> Aber die Minderjährigkeit des Berechtigten hemmt ihren Lauf, so daß erst von dessen Großjährigkeit an gezählt wird; auch die Abwesenheit in Staatsgeschäften und die gleichgestellten Umstände bilden Hemmnisse des Beginnes bis zu ihrer Beseitigung.

Nichtkenntniß der Verletzung hemmt den Lauf der Frist nicht.<sup>9</sup>

sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.

6) Insbesondere erhalten Minderjährige Restitution, wenn sie zwar möglicherweise in Wege des ordentlichen Rechtes obliegen können, wenn dieser Sieg aber von einer Beweisführung abhängig wäre. R.G. Bd. 4 S. 160, l. 6 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum. Minoribus XXV annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur. sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

7) l. 7 C. de temporibus in integrum restitutionis 2. 52. Konstantin hatte in der l. 2 C. Th. de integri restitutione 2. 16 die Frist der restitutio minorum auf ein quinquennium, quadriennium oder triennium continuum gesetzt, je nachdem der Minderjährige in Rom, in Italien oder in der Provinz seinen Wohnsitz hatte. — Die Frist war nicht bloß für das Anbringen des Restitutionsgesuches bestimmt, vielmehr mußte innerhalb derselben das Verfahren zu Ende geführt sein. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis nicht übernommen; es genügt das Anbringen des Gesuches innerhalb der Frist. Dieselbe hat hierdurch den Charakter einer Klagenverjährung angenommen.

8) Diese Formulirung kann auffallen, da die Frist in sehr vielen Fällen nicht schon mit der Verletzung beginnt. Aber sie ist gleichwohl grundsätzlich richtig und die Basis der bezüglichlichen Lehre. Von der gleichen Grundauffassung geht Justinian aus, wenn er in der l. 7 § 2 C. cit. verordnet: Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, in quo reipublicae causa auferint vel aliis legitimis causis fuerint occupati . . . omne praecipitur. Gemäß dem Principe ergiebt es sich von selbst, daß die Restitutionsfrist sofort zu laufen beginnt, wenn der Minderjährige für großjährig erklärt wird, l. 5 pr. C. h. t. 2. 52, wobei bemerkt werden mag, daß die Besonderheit von den Worten „ut numquam“ ab erledigt ist, seit das Alter der Großjährigkeit vom 21. Jahre ab beginnt. Es versteht sich ebenso von selbst, daß die Frist unmittelbar zu laufen beginnt, wenn der Minderjährige von einem Großjährigen beerbt wird, oder wenn er seinen Anspruch an einen Großjährigen abtritt.

9) Dies ist zwar vielfach bestritten. Aber die l. 7 C. de temporibus 2. 52 schiebt den Beginn der Frist nur für die Zeit der Minderjährigkeit und der Abwesenheit auf. Hierauf allein bezieht sich der einleitende Satz „numerari ex die, ex quo annus utilis currebat.“ Hieran ist auch durch das kanonische Recht nichts geändert. Dasselbe spricht sich viel zu unbestimmt aus, als daß anzunehmen wäre, es beginne die Restitutionsfrist erst mit Kenntniß von der Läsion. Anders Keil im Archiv für civ. Praxis Bd. 38 n. 16, dagegen Vermehren ebendasselbst Bd. 39 n. 11.

Erben kommt die Frist zu gute, soweit sie noch nicht bei ihrem Erblasser abgelaufen ist. Minderjährige Erben erhalten auf Grund ihrer Minderjährigkeit selbständige Restitution, wenn sie die von ihrem Erblasser überkommene Frist nicht wahren; sie läuft von ihrer Großjährigkeit an.<sup>10</sup>

4. Berechtigt ist der Verletzte. Der Anspruch ist vererblich,<sup>11</sup> er ist abtretbar.<sup>12</sup>

Die Person des Beklagten ergibt sich aus dem Inhalte des Restitutionsanspruches. Hiernach wird man z. B. gegen eine Erfindung gegenüber dem jeweiligen Eigenthümer, gegen einen Erbschaftsantritt gegenüber allen Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern restituirt.

Die Restitution der Minderjährigen gegen verletzende Rechtsgeschäfte geht in der Regel nur gegen den Mitkontrahenten — in personam — aus besonderen Gründen auch gegen Dritte — in rem.<sup>13</sup>

5. Der Restitutionsbescheid<sup>14</sup> kann je nach der Sachlage und dem Klageantrage in der Herstellung einer Klage oder eines anderen Rechtsmittels bestehen oder auch eine Verurtheilung zu thatsächlicher Wiederherstellung eines früheren Zustandes enthalten. Die Wiederherstellung muß für beide Theile geschehen. Wird daher gegen ein Rechtsgeschäft Restitution nachgesucht, so ist der Beklagte nur unter der Bedingung zu verurtheilen, daß der Restitutionskläger auch seinerseits dasjenige zurückgewährt, was er vom Restitutionsbeklagten in Folge des angefochtenen Geschäftes erhalten hatte.<sup>15</sup> Trifft jedoch den Beklagten bei Abschluß des Geschäftes ein Vorwurf, so erlangt er nur Rückgabe

10) Siehe l. 19 D. de min. 4, 4.

11) l. 24 pr. D. de min. 4, 4.

12) Bürgen kommt die Restitution wegen Minderjährigkeit des Hauptschuldners nicht zu gute, wenn sie, was die Regel ist, dem Gläubiger gerade Gewähr gegen die Gefahr der Restitution leisten sollten, l. 1, l. 2 C. de fidejussoribus minorum 2, 23, l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1, l. 13 pr. D. de min. 4, 4.

13) l. 13 § 1, l. 14 D. de min. 4, 4. Wenn der Minderjährige ein Grundstück dem A. veräußert hatte, welches B. bona fide von A. erwarb, so hielten die Römer für billig — aequius — den Minderjährigen auch dem B. gegenüber zu restituiren, falls A. insolvent war und der Minderjährige ihm gegenüber zu seinem Schaden nicht kommen konnte. Den heutigen Vorstellungen von Billigkeit entspricht dies aber nicht.

14) Der Restitutionsbescheid ist nach heutigem Rechte ein Urtheil, welches in derselben Weise wie jedes andere Urtheil rechtskräftig wird. Auch in Rom hatte sich die Rechtskraft des Restitutionsbescheides ausgebildet, l. 1 ff. C. si saepius in integrum restitutio 2, 43.

15) l. 24 § 4, l. 27 § 1, l. 40 § 1, l. 47 § 1 D. de min. 4, 4, l. un. C. de reputationibus 2, 47.

dessen, was der Restitutionskläger in Folge der Ausführung des Geschäftes noch inne hat.

Nur der Restitutionskläger kann die Ausführung des Restitutionsbescheides verlangen; der besiegte Theil kann sie nicht fordern, auch wenn sie ihm nachträglich günstig erscheinen sollte.<sup>16</sup>

## Fünftes Kapitel.

### Die Klagenverjährung.

#### § 144. Die Verjährung im allgemeinen.<sup>1</sup>

Die Verjährung befestigt lange bestehende Verhältnisse. Die Zeit erhebt sie zu Rechten oder tilgt wenigstens entgegenstehende Rechte.

Das Recht wiegt schwerer in der Wage der Gerechtigkeit als factische Zustände. Aber das Zünglein neigt sich auf die Seite der letzteren, wenn das Gewicht der Jahre hinzutritt. Die Ordnungen, welche sich thatsächlich bilden und lange unangefochten bestanden, werden für die Lebensverhältnisse maßgebend. Ihre Beseitigung bringt, wenn sie auf dem Wege Rechts geschieht, Störungen mit sich, die weithin verlezend wirken. Mit Grund fordert man daher, daß sich die Rechte, um sich zu erhalten, rechtzeitig im Leben bewähren und gegen Verletzung reagiren. Sind sie thatsächlich seit langem abgestorben, so sind sie zum Untergange reif.

Die Verjährung bezweckt also den Schutz der Gegenwart gegenüber der Vergangenheit.<sup>2</sup>

Nicht jedes längere Zeit dauernde Verhältniß aber ist der recht-

16) l. 41 D. de min. 4, 4.

1) Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre 2 Bände 1. Auflage 1828, 2. Auflage neu bearbeitet von Schirmer 1858. Dort findet sich Bd. 1 S. 17 Angabe der älteren Litteratur. Savigny Bd. 4 §§ 178, 199, Bd. 5 §§ 237 ff. — Seit dem Mittelalter nennt man Verjährung *praescriptio*. Bei den Römern bedeutet *praescriptio* eine Einrede, insbesondere die Einrede der Verjährung.

2) Papinian bezeichnet die Verjährung der Statusklagen als „*publica tutela*“. l. 2 D. ne de statu defunctorum 40, 15. Aehnlich Cassiodor var. V. 37: *triccennalis autem humano generi patrona praescriptio*. Die Erstzung nennt Cicero pro Caecina cap. 26: *finis sollicitudinis ac periculi litium*.

lichen Befestigung fähig oder bedürftig.<sup>3</sup> Und der Konflikt, um den es sich hier handelt, endigt bald rascher und leichter, bald später und schwerer mit dem Siege des bestehenden. Es giebt daher kein einheitliches auf alle Verhältnisse gleichmäßig einwirkendes Verjährungsinstitut, wie dies seit dem Mittelalter bis in die neuere Zeit hinein angenommen wurde. Vielmehr bestehen nur einzelne Arten der Verjährung, in welchen sich die Verjährungsidee in sehr verschiedener Weise ausdrückt.<sup>4</sup>

Sie ordnen sich zwei Hauptklassen unter, nämlich der erwerbenden Verjährung — *praescriptio acquisitiva* — und der erlöschenden Verjährung — *praescriptio extinctiva*.<sup>5</sup>

a) Die erwerbende Verjährung erhebt thatsächlich bestehende Zustände zu Rechten.

Hauptfall ist die Ersizung des Eigenthumes — *usucapio* — d. h. der Erwerb des Eigenthumes durch lange Zeit fortgesetzten Besitz, den man gutgläubig erlangt hat.<sup>6</sup> Die Ersizung ist erwerbende Verjährung, weil sie Eigenthum erschafft. Allerdings geht nothwendig mit diesem Erwerb das Recht des bisherigen Eigenthümers unter. Aber dies gilt nur als die Rehrseite des Eintrittes eines neuen Eigenthümers.

Auch Servituten, *Superficies* und *Emphyteusis* werden durch Ersizung begründet. Mit dieser Ersizung geht kein Erlöschen von Rechten Hand in Hand, sondern nur eine Beschränkung des Eigenthümers der Sache, an welcher das dingliche Recht ersehen wird.

b) Die erlöschende Verjährung konsolidirt die thatsächlichen Zustände dadurch, daß entgegenstehende Rechte untergehen.

Es endigen namentlich Servituten durch Nichtgebrauch — *non usus*. Das Eigenthum an der bisher dienenden Sache wird hierdurch verbessert; ein neues Recht entsteht nicht.

Von allgemeiner Bedeutung ist die *Klagenverjährung*, d. h. das Erlöschen der Klagerrechte durch Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit. Die Lage des Schuldners wird durch diese Ver-

3) Insbesondere sind die *f. g. res merae facultatis* der Verjährung nicht fähig. Man versteht hierunter Bethätigungen der natürlichen und bürgerlichen Freiheit, z. B. Wohnen an einem Orte, Betreiben eines Gewerbes. Vgl. Unterholzner Bd. 1 S. 88.

4) Dies hat namentlich Savigny Bd. 4 § 178 eindringlich hervorgehoben. Vgl. aber auch Windscheid Bd. 1 § 105 Anm. 6.

5) Die Ausdrücke sind dem römischen Rechte fremd; aber eingebürgert und nicht zu entbehren.

6) l. 3 D. de usurpat. et usucap. 41, 3.

jährung verbessert; er erwirbt aber nur eine Exception, also ein Recht auf Abwehr, keine selbständige Berechtigung.

Die erwerbende Verjährung begründet einen neuen Erwerbstitel, welcher dem Erwerbenden im Augenblicke der Vollendung der Erwerbung erwächst. Es giebt daneben eine besondere Art von Verjährung, welche die Vermuthung herstellt, daß das lange Zeit geübte in ferner Vorzeit rechtlich begründet wurde. Es ist dies die unvordenkliche Verjährung. Da die Zahl der Jahre, binnen deren sich die unvordenkliche Verjährung vollzieht, nicht fest bestimmt ist, nennt man diese Verjährung *praescriptio indefinita*. Die anderen Arten der Verjährung sind an eine gesetzlich bestimmte Zeit geknüpft. Man nennt sie *praescriptiones definitae*.

Von der Verjährung ist zu unterscheiden die Befristung. Die Befristung giebt dem befristeten Rechte von seiner Begründung an eine zeitliche Begrenzung; es wird nur für eine bestimmte Zeitspanne geschaffen. Mit deren Ablauf erlischt es von Rechtswegen. Die Verjährung dagegen tritt Rechten entgegen, die an sich zeitlich nicht beschränkt sind, die in unbestimmte Zeit hinein wirken sollen, denen aber die Verjährungseinrede den Lebensfaden abschneidet.<sup>7</sup>

#### § 145. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung.

Die umfassendste Verjährung ist die der Klagerrechte. Sie wurde in Rom allgemein erst seit der christlichen Kaiserzeit.<sup>1</sup>

Nach älterem römischem Rechte waren die dem Civilrechte entstammenden Klagen unverjährbar — *perpetuae*.<sup>2</sup> Die Zeit konnte ihnen nichts anhaben. Starre Konservirung einmal begründeter Rechte ohne Rücksicht auf Nützlichkeit ist ein Charakterzug des römischen Rechtes der älteren Zeit.<sup>3</sup>

Kurzverjährbar — *temporales* — waren dagegen die prä-

7) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung I 1880. Schwalbach in Iherings Jahrbuch Bd. 20 n. 6. Gesetzliche Fristen sind unter anderem die prozessualischen, insbesondere die Berufungsfristen.

1) Zur Geschichte der Klagenverjährung vgl. namentlich Demelius, Unterjudungen aus dem römischen Civilrecht I 1856.

2) Eine Ausnahme machte die *lex Furia*. Nach ihr wurden Sponsionsbürgen und *fide promissores* mit Ablauf von 2 Jahren von ihrer Bürgschaftschuld befreit. Gaj. Inst. III § 121. Dies Gesetz beruhte auf besonderen politischen und socialen Erwägungen. Vgl. übrigens l. 4 D. de div. temp. praeser. 44, 3 und l. 25 D. de stip. serv. 45, 3.

3) An die Seite zu stellen ist das vindikationsrecht des Eigenthümers auch gegenüber gutgläubigen Erwerbem vom Nicht eigenthümer.

torischen Klagen regelmäßig,<sup>4</sup> die ädilicischen durchaus. Aus Gründen der Utilität eingeführt, waren bei ihnen Erwägungen des Nutzens maßgebend. Namentlich waren die prätorischen Straffklagen kurz verjährbar; denn die Strafe muß der That auf dem Fuße folgen, wenn sie dem Rechtsgefühl entsprechen soll, es sei denn, daß es sich um besonders schwere Vergehen handele, die nicht leicht vergessen werden.<sup>5 6</sup>

Die klassische Kaiserzeit unterwarf auch einige civilrechtliche Klagen der Verjährung. Insbesondere verjährten in 5 Jahren von dem Tode von Personen an, die als Freie verstarben, Statusklagen, sofern sie auf dem Leugnen dieser Freiheit beruhten;<sup>7</sup> ferner verjährte die querela inofficiosi testamenti in 5 Jahren<sup>8</sup> und Klagen aus besonderen fiskalischen Rechten in 20 Jahren.<sup>9</sup>

Im Jahre 424 führten die Kaiser Honorius und Theodosius II. die allgemeine Klagenverjährung ein.<sup>10</sup> Rechte, die eine Generation

4) pr. J. de perpetuis 4, 12... eas vero, quae ex propria praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. Die letztere Bemerkung besagt nur, „diese Klagen sind ephemere, wie sie von einer ephemeren Gewalt ausgehen“. Daß die Klagen mit dem Amtsjahre des Prätors verjährten, wird nicht gesagt und wäre unrichtig.

5) Die prätorische actio furti manifesti auf das vierfache des Gestohlenen war unverjährbar, da sie an Stelle der civilen Kapitalstrafe trat, also auch so eine erhebliche Milderung enthielt. Gaj. Inst. IV § 111. Es hätte auch eine kurze Verjährbarkeit dieser Klage das Rechtsgefühl verletzt, pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus 4, 12.

6) Die Form der prätorischen Edikte — in anno iudicium dabo — legt die Annahme nahe, daß die actiones temporales „befristet“, nicht „verjährbar“ waren, vgl. oben § 144 Anm. 7. Die Klage wäre hiernach nur für bestimmte Zeit versprochen, nach deren Ablauf schlechthin unzulässig gewesen. Vgl. H. Fick, quid intersit quoad vim temporis in jus exercitam inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones. Marburg 1847, Demelius a. a. D. und Brinz Bd. 1 § 112. Es mag dies der ursprüngliche Gedanke des Ediktes gewesen sein. Die Ausbildung durch Jurisprudenz und Praxis geschah jedoch in Weise einer Klagenverjährung. Man gab dem Beklagten die „exceptio temporis“, eine „praescriptio“, l. 30 § 5 D. de peculio 15, 1, l. 1 § 10 D. quando de peculio 15, 2, l. 48 § 2 D. de aedilicio edicto 21, 1. Hierin spricht sich aus, daß es sich um ein Gegenrecht des Beklagten, nicht um eine Beschränkung des Klagerrechtes an sich handelte. Folgerichtig ist anzunehmen, daß der Beklagte auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede verzichten konnte. Die Frage ist übrigens bloß von historischem Interesse. Darüber besteht kein Streit, daß im justinianischen Rechte die actiones temporales nicht weniger wie die perpetuae einer wahren Verjährung unterliegen.

7) l. 4 D. ne de statu defunctorum 40, 15, l. 2 § 2 D. eod.

8) l. 8 § 17, l. 9 D. de inofficioso testamento 5, 2.

9) l. 13 pr. D. de diversis temp. praescr. 44, 3.

10) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39, vgl. l. un. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis 4, 14. Die Entwicklung der Klagenverjährung aus einer älteren praescriptio XXX annorum, welche man den Besitzern fremder Objekte gewährte, und die in der Mitte zwischen Ersitzung und Klagenverjährung stand, schildert Demelius a. a. D. S. 82 ff.

hindurch nicht geltend gemacht waren, sollten die Ruhe der Gegenwart nicht stören,<sup>11</sup> dem nachlässigen Gläubiger sollte kein Schutz zu Theil werden.<sup>12</sup> Hiernach verjähren die *actiones perpetuae* in 30 Jahren; die kürzeren Verjährungen blieben unberührt.

Klagerechte jeder Art unterstehen der Verjährung. Hiervon giebt es keine Ausnahme.<sup>13 14</sup>

Vereinbarungen, welche die Klagenverjährung im voraus bei einem Rechtsverhältniß schlechthin ausschließen, sind nichtig;<sup>15</sup> Verzicht auf eine bereits erworbene Einrede der Klagenverjährung ist dagegen zulässig.<sup>16</sup>

An die Stelle der römischen Verjährung der *actio* will Windscheid für das heutige Recht die Verjährung der Ansprüche setzen.<sup>17</sup> Diese Verjährung soll beginnen von der Entstehung des Anspruches, nicht von der Nativität der Klage an, sie soll unterbrochen werden durch die Ausübung des Rechtes, nicht vorzugsweise durch die Erhebung der Klage, endlich soll der Anspruch selbst durch die Verjährung erlöschen, nicht bloß das Klagerecht. Damit gedenkt Windscheid das

11) nov. Valentiani tit. XXVI § 3... *lex patris, qua humano generi profunda quiete prospexit.*

12) l. un. § 5 C. Theod. de actionibus 4. 13. „otioso nimis ac desidi. l. 1. l. 2, l. 3 C. de annali exceptione 7, 40.

13) Der Anspruch auf Theilung einer Gemeinschaft verjährt nicht, solange sich die Theilhaber als Mitberechtigte gegenseitig anerkennen. Hiervon abgesehen verjähren auch die Theilungsklagen, l. 1 § 1<sup>d</sup> C. de annali exceptione 7, 40, l. 3 C. fin. reg. 3, 39.

14) Die Ausnahmen des römischen Rechtes sind unpraktisch geworden. Dies gilt für l. 3 C. de longi temp. praeser. quae pro libertate 7, 22, l. 5 C. de praeser. XXX ann. 7, 39, l. 23 pr. C. de agricolis 11, 48. Nicht recipirt ist auch die Unverjährbarkeit der Steuerforderungen des Fiskus, welche in l. 6 C. h. t. 7, 39 beliebt wird. Windscheid Bd. 1 § 106 Anm. 3 findet freilich für die Beseitigung keinen Anhalt. Indessen fehlt jeder Anhalt für die Reception. Daß eine so exorbitante Bestimmung in Deutschland irgendwo zur Anwendung komme, ist noch zu erweisen.

15) Ausdrücklich ist dies in den Quellen nicht gesagt. Es entspricht aber ihrem Sinne, daß keine Klage der Schlinge der Verjährung entzogen werden kann, vgl. l. 4 C. de praescriptione XXX ann. 7, 39. Die Nichtigkeit der Verträge über Unverjährbarkeit eines Rechtsverhältnisses wird auch seit Savigny Bd. 5 S. 411 allgemein anerkannt. Vgl. Grawein a. a. O. S. 135 ff. Ob jedoch auch der Verzicht auf die Geltendmachung der kürzeren Verjährungen schlechthin unzulässig ist, möchte zweifelhaft sein. Vgl. Wächter, Württemberg. Privatrecht § 119 Anm. 7. Daß die Verjährung im öffentlichen Interesse eingeführt ist, ist unbestreitbar. Aber es folgt daraus nicht, daß das öffentliche Interesse besonderen Verträgen über Ausschließung der kurzen Verjährbarkeit entgegensteht.

16) Die Gegenansicht von Schwalbach in Aherings Jahrbuch Bd. 19 S. 30 ff. wird aus der angeblichen Beseitigung des Begriffes der *exceptio* im heutigen Rechte deducirt. Sie bedarf einer besonderen Widerlegung nicht.

17) Windscheid Bd. 1 § 106, vgl. R.G. Bd. 2 S. 158.

römische Recht der Sache nach wiederzugeben und nur den römischen Ausdruck fern zu halten.

In der That aber gestaltet sich unter seinen Händen ein anderes Rechtsinstitut als das gemeinrechtliche. Die Uebereinstimmung mit dessen Sätzen wird nur künstlich und nur unvollkommen hergestellt.

Der Anspruch soll verjähren und zwar von seiner Entstehung an. Die Konsequenz wäre, daß auch befristete Ansprüche der Verjährung unterlägen; denn sie sind bereits entstanden, nur ihre Geltendmachung ist noch vertagt. Diese Konsequenz widerspricht nicht bloß den römischen Gesetzen, sondern ebenso dem Wesen der Sache. Windscheid sucht ihr an erster Stelle durch die Behauptung zu entgehen, daß ein befristetes Recht noch nicht existire. Doch dies ist sicherlich unbegründet.<sup>18</sup>

Die Verjährung der Ansprüche soll, nimmt Windscheid an, durch Ausübung unterbrochen werden, die Klageerhebung wirkt nach ihm unterbrechend nur, weil sie Ausübung des Rechtes sei.<sup>19</sup> Aber ist nicht auch die Benutzung einer Forderung zur Einrede, sowie die Cession der Forderung Ausübung des Rechtes? Sollte Windscheid auch hierin Unterbrechung der Verjährung sehen? Sein Verjährungsrecht wäre dann vom gemeinrechtlichen gründlich verschieden.<sup>20</sup>

Wer den Gedanken der Klagenverjährung aufgibt, verliert damit unseres Erachtens den Schlüssel, mit welchem sich das Verständniß der Einzelheiten des gemeinen Rechtes erschließt.

Die Voraussetzungen der Klagenverjährung, d. h. des Unterganges des Klagerrechtes wegen Nichtgeltendmachung innerhalb der gesetzlichen Zeit, sind folgende:

1. Entstehung des Klagerrechtes;
  2. Ablauf der Zeit;
  3. Nichtunterbrechung;
  4. bona fides dessen, dem die Verjährung zu gute kommt,
- des s. g. Präskribenten.

18) Windscheid § 107 Anm. 7, vgl. aber oben § 113. Windscheid bemerkt, daß auch die andere Auffassung denkbar sei, wonach der Anspruch sofort existent sei, aber noch nicht geltend gemacht werden könne. Dann soll die Verjährung um deswillen noch nicht laufen, weil dem Anspruch noch eine Einrede entgegenstehe. Damit kommt man unseres Erachtens darauf zurück, daß nur der klagbare Anspruch der Verjährung untersteht.

19) Windscheid § 108.

20) Vgl. noch oben § 39 Anm. 7.

## § 146. Beginn der Klagenverjährung.

Mit der Entstehung des Klagerrechtes — der *actio nata* — beginnt der Lauf der Verjährung.<sup>1</sup> Dies gilt allgemein.

Ältere Schriftsteller lehrten freilich *toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris*. d. h. die Verjährung beginne bereits, wenn die Befugniß zur Klagerhebung von Thatfachen abhängt, deren Eintritt in dem Willen des Gläubigers beruhe.<sup>2</sup> Allein dieser Satz ist dem positiven Rechte fremd; er ist auch entbehrlich.<sup>3</sup>

Die Entstehung persönlicher und dinglicher Klagerrechte bestimmt sich nach verschiedenen Gesichtspunkten.

a) Persönliche Klagerrechte entstehen, wenn die Zeit der Erfüllung der Forderung da ist.

Dies ist bei Forderungen, welche unbedingt und unbetagt in das Leben gerufen werden, der Fall, sowie sie perfekt sind. Ist dagegen die Forderung nach Gesetz oder Parteiwillen noch suspensiv bedingt oder betagt, so läuft die Klagenverjährung erst von dem Eintritt der Bedingung oder des Termines an.<sup>4</sup>

Streitig ist der Beginn des Klagerrechtes bei Darlehen, über deren Rückzahlungszeit nichts vereinbart ist. Bei solchen Geschäften besteht die Erwartung, daß dem Schuldner die Schuldsomme längere oder kürzere Zeit belassen wird. Daher machen viele Schriftsteller die Entstehung des Klagerrechtes und den Beginn der Verjährung von einer vorgängigen Aufforderung des Gläubigers zur Zurückgabe abhängig.<sup>5</sup> In der That aber ist die Darlehensklage nicht hiervon

1) l. 3 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7. 39. *Quae ergo ante non motae sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt. vivendi ulterius non habeant facultatem.* l. 1 § 1 d. C. de annali exceptione 7, 40 „ex quo ab initio competit et semel nata est“.

2) Schon in der Glosse *opponere* zu l. 7 § 3 C. de praescr. XXX ann. 7. 39 findet sich eine entsprechende Ansicht.

3) Gegner der Regel ist namentlich G. Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 1; Prodlowski, über Nativität der Klage im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 Bd. 14 bekämpft sie gleichfalls, macht ihr aber erhebliche Concessionen. Windscheid Bd. 1 § 107 nimmt wiederum an, „wenn die Entstehung eines Anspruches auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist,“ beginne dessen Verjährung „ehe er entstanden sei“.

4) l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7. 39. *Imp. Justinus. Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones triginta aut quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt.*

5) So Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 291 ff.

abhängig. Auch sie erwächst dem Gläubiger mit dem Kontraktsschluß.<sup>6</sup> Man wendet ein, der Gläubiger sei durch die Nichtleistung in diesem Momente noch nicht verletzt. Aber zur Verletzung ist nichts anderes erfordert, als daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung besteht, dem nicht Genüge geleistet ist. Es ist nicht nothwendig, daß der Schuldner subjektiv ein Unrecht begeht, und auch das nicht, daß sich der Gläubiger verletzt fühlte.<sup>7 s</sup>

Bestritten ist ferner der Beginn der Klagenverjährung bei Forderungen, die „nach Kündigung“ zahlbar sind. Noch zweifelhafter ist er bei Forderungen, die von einer Kündigungsfrist abhängen, z. B. 3 Monate nach Kündigung.

Nicht wenige Schriftsteller sehen Forderungen, z. B. Darlehen, welche auf Kündigung stehen, als durch diese betagt an. Sie setzen folgerichtig die Entstehung des Klagerrechtes erst auf den Moment der Kündigung und lassen die Verjährung von diesem Momente ab laufen.<sup>9</sup> Dann könnte noch nach Jahrhunderten Klage angestellt werden, wenn die Kündigung versäumt oder nicht nachweisbar wäre. In Wirklichkeit soll aber die Hervorhebung der Rückzahlbarkeit nach Kündigung nur betonen, daß das Darlehen nicht auf bestimmte Zeit gegeben wird, daß es vielmehr beliebig zurückgefordert werden kann. Es besteht kein materieller Unterschied zwischen einem Darlehen auf Kündigung und einem ohne Vereinbarung über die Rückzahlung gegebenen Darlehen.<sup>10</sup> Die Verjährung läuft also vom Abschluß des Darlehensgeschäftes an.

Nicht anders ist es beim Darlehen unter einer Kündigungsfrist. Eine solche Frist soll den Schuldner vor Ueberraschungen sichern. Sie soll ihm ermöglichen, die Zahlungsmittel bequem herbeizuschaffen. Es handelt sich im Grunde um eine Modalität des Zahlungsgeschäftes.

6) Vgl. namentlich Vangerow: Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehensklage? im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 12. 1. 94 § 1 D. de solut. 46, 3.

7) Demelius, Untersuchungen n. 2 S. 111 ff.

8) Auch die Klage aus einem Depositum entspringt vom Augenblicke der Hingabe des Depositums, 1. 1 § 22 D. depositi 16, 3, Vangerow a. a. D. S. 306 ff. Allein der Depositär erkennt, solange er die deponirte Sache im Namen des Deponenten besitzt, dessen Recht auf Rückforderung an, deshalb ist inzwischen der Lauf der Verjährung unseres Erachtens gehindert.

9) G. Thon über die Verjährung in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 8.

10) 1. 48 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum. Si decem „cum petiero“ dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam condicionem habet stipulatio: et ideo licet decessero priusquam petiero, non videtur defecisse condicio. Vangerow a. a. D. S. 312.

Die Darlehensschuld selbst ist damit nicht betagt; sie ist jederzeit einlagbar, nur muß dem Schuldner die bedungene Facilität der Zahlung vorbehalten werden. Hiernach verjähren auch Darlehen unter Kündigungsfrist von dem Momente des Kontrakt-schlusses an.<sup>11</sup>

b) Die dinglichen Klagerechte fordern zu ihrer Entstehung einmal, daß Kläger ein gegenwärtiges dingliches Recht hat, und außerdem, daß ein Dritter mit diesem Rechte in Widerspruch tritt und es dadurch verletzt. Erst hiermit beginnt die Verjährung. Insbesondere läuft die Verjährung der Eigenthumsklage, wenn ein Dritter sich in den Besitz unserer Sache setzt, in der Absicht, sie für sich zu besitzen.<sup>12</sup>

Klagerechte bestehen auch dann, wenn ihnen der Gegner Ex-ceptionen entgegenstellen kann. Es ist folgerecht, daß auch die Verjährung demungeachtet zu laufen beginnt. Dies entspricht dem praktischen Bedürfnis nicht weniger wie der Konsequenz.<sup>13</sup>

Stehen dem Klagerechte peremptorische Exceptionen entgegen, so kann dies die Verjährung sicher nicht hindern. Bringt der Beklagte die Verjährungseinrede vor, so wäre es absurd, zu repliciren, die eingeklagte Forderung sei durch peremptorische Exception entkräftet und um deswillen nicht verjährt. Der Kläger würde sich damit selbst schlagen.<sup>14</sup>

Die dilatorischen Einreden sind zum großen Theile solche,

11) Die Meinungen über diese Frage sind außerordentlich getheilt. Sehr viele Schriftsteller lassen die Verjährung erst anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die Frist abgelaufen ist, weil vorher die Anstellung der Klage rechtlich unmöglich sei. So u. a. Thon a. a. D. S. 3 ff., Savigny S. 295 ff. und auch Bangerow a. a. D. S. 312. Jedoch bemerkt Unger Bd. 2 S. 410 Anm. 6, welcher diese Ansicht vom theoretischen Standpunkte aus theilt, „es läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruche steht“. Nach anderer Auffassung läuft die Verjährung von der Hingabe des Darlehens an unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist. So u. a. Windscheid § 107 Anm. 9. Diese Auffassung nähert sich der hier vertretenen im praktischen Erfolg. Sie beruht aber auf anderen theoretischen Gesichtspunkten.

12) Solange jemand, z. B. der Miether, im Namen des Eigenthümers besitzt, kann die Verjährung nicht anfangen, weil er das Recht des Eigenthümers anerkennt. Savigny a. a. D. Bd. 5 S. 285.

13) Savigny Bd. 5 S. 290 leugnet jeden Einfluß der Einreden auf den Lauf der Verjährung; Windscheid § 109 Anm. 1 betrachtet es dagegen als Regel, daß die Verjährung nicht laufe, solange dem Anspruch eine Einrede entgegenstehe. Grundsätzlich steht auf der Seite Savignys: Schwalbach in Iherings Jahrbuch Bd. 19 S. 49 ff.

14) Die Einrede der Klagenverjährung hat auch unter anderem gerade den Zweck, die Vorschüttung und den Beweis anderer Einreden überflüssig zu machen, nov. Valentiniani tit. XXVI pr.: quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula defendunt.

die der Kläger entfernen kann und soll. Dies gilt namentlich von den Retentionseinreden. Entfernt sie der Gläubiger nicht, so mag er es sich selbst zuschreiben, wenn inzwischen ihm gegenüber die Klagenverjährung läuft.

Die Verjährung wird jedoch dann gehemmt, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber für eine bestimmte Zeit auf die Geltendmachung seines Klagerechtes verzichtet hat. Dies gilt namentlich für Stundungsverträge, aus welchen eine *exceptio pacti de non petendo* innerhalb der vereinbarten Frist entspringt.<sup>15</sup>

### § 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung.

Die regelmäßige Verjährungszeit bilden 30 Jahre.<sup>1</sup> Sie verlängert sich in einigen Fällen auf 40 Jahre; außerdem giebt es zahlreiche kürzere Verjährungen.

a) Verjährungen, die sonst 10, 20 oder 30 Jahre betragen, fordern nach der justinianischen Gesetzgebung gegenüber Klagerechten der Kirchen und milden Stiftungen 40 Jahre.<sup>2</sup> Das gleiche gilt nach überwiegender Praxis gegenüber den Klagerechten des Fiskus.<sup>3</sup> Auch die *actio hypothecaria* verjährt in einigen Fällen erst in 40 Jahren.<sup>4</sup>

b) Die kürzeren Verjährungen stammen zum Theile aus dem römischen Rechte, zum Theile aus der neueren Gesetzgebung.

15) Es wird dies speciell für die Stundung durch Gläubigermehrheit verordnet. l. 8 § 7 C. qui bonis cedere possunt 7, 71. Darin liegt aber keine Singularität, sondern Anerkennung eines allgemeinen Gedankens; siehe auch die oben Anm. 4 abgedruckte l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Vgl. Bangerow Bd. 1 § 147 Anm. I n. 3.

1) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

2) Nach der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 vom Jahre 530 sollten Klagen der Kirchen und milden Stiftungen erst in 100 Jahren verjähren, die nov. 9 vom Jahre 535 übertrug dieses Recht der orientalischen Kirchen auf die Kirchen der neugewonnenen Länder des Occidents, die *ecclesia romana*. Die nov. 111 vom Jahre 541 beschränkte das Vorrecht der Kirchen wieder allgemein auf die Zeit von 40 Jahren; die nov. 131 cap. 6 deklarirte, daß den Kirchen 40 Jahre nur bei den Verjährungen zu gute kämen, die sonst 10, 20 oder 30 Jahre liefen. In der justinianischen Gesetzgebung hatte also die *ecclesia romana* kein Vorzugsrecht vor anderen Kirchen. Päpstliche Dekretalen nahmen Veranlassung, die *ecclesia romana*, d. h. nun die Kirche des Papstes, mit dem Privilegium bloß 100jähriger Verjährung auszustatten, cap. 13, 14, 17 X de praescr. 2, 26. Die Reception des kanonischen Rechtes schließt aber die Reception derartiger päpstlicher Privilegien nicht in sich. Eine Anwendung ist unerhört.

3) Hefster in Bickers Jahrbuch des gemeinen Rechtes Bd. 6 n. 1, vgl. auch Heimbach im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 2. Die Ansprüche des Fiskus aus besonderen fiskalischen Rechten verjähren in 20 Jahren, vgl. oben § 145 Anm. 9.

4) l. 7 § 2<sup>a</sup>, § 2<sup>b</sup>, § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39.

Aus dem römischen Rechte hat sich vorzugsweise die kurze Verjährbarkeit der ädilicischen Klagen wegen verborgener Mängel der Kaufsache erhalten, nämlich das Verjährungsjahr der Klage auf Preisminderung — der *actio quanti minoris* — und die sechsmonatliche Verjährung der Klage auf Rückgewähr des Kaufpreises — der *actio redhibitoria*.

Die Reichsgesetzgebung hat verschiedene kurze Verjährungen bei Verhältnissen des Handels und des Gewerbebetriebes eingeführt.<sup>5</sup> Partikularrechtlich unterliegen in vielen Theilen Deutschlands die laufenden Schulden einer kurzen Verjährung.<sup>6</sup> Es sind dies Schulden, welche das Leben fortwährend neu hervorruft und deren regelmäßige Tilgung von einer guten Wirthschaft gefordert werden muß. Hierher gehören Schulden der Konsumenten an Kaufleute und Handwerker für Waaren und für Dienste, Zinsverpflichtungen, Miethzins, direkte Steuern.

Wer in Folge Erbgesetzes oder Singularsuccession von einem Präskribenten Besitz erhält, kann sich die Verjährungszeit seines Autors gegenüber dinglichen Klagen, insbesondere gegenüber der Eigenthumsklage anrechnen. Allerdings ist das Klagerecht des Eigenthümers gegen den zeitigen Besitzer nicht identisch mit dem Klagerichte, welches er gegen dessen Vorbesitzer hatte. Aber Zweckmäßigkeit und Billigkeit sprechen für die Anrechnung.<sup>7</sup> Dagegen findet keine Anrechnung statt, wenn der Besitz des Beklagten durch kein rechtliches Band mit dem des Vorbesitzers verknüpft ist. Bejaß z. B. A. eine fremde Sache 20 Jahre, okkupirt sie später B. und besitzt sie 10 Jahre, so kann er sich den Besitz des Vorbesitzers nicht anrechnen, um die Einrede der Klagenverjährung zu begründen.<sup>8</sup>

In der Regel wird die Verjährung fortlaufend — *continuo* — berechnet. In einigen Fällen kürzerer Verjährung, insbesondere bei den ädilicischen Klagen, geschieht die Berechnung *utiliter*.<sup>9</sup>

Es giebt Hindernisse, welche ein Ruhen auch der fortlaufend zu berechnenden Verjährung bewirken.

Ein solches Hinderniß bildet namentlich die Unmündigkeit des

5) Vgl. Mandry, Inhalt der Reichsgesetze S. 294.

6) Siehe Roth, deutsches Privatrecht Bd. 1 § 87 S. 478.

7) I. 7 § 2<sup>b</sup> C. de praeser. XXX annorum 7, 39. Dernburg — der ältere — im Archiv für civ. Praxis Bd. 34 n. 12, vgl. auch Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 4 S. 199.

8) Vgl. I. 8 § 1<sup>a</sup> C. de praeser. XXX annorum 7, 39.

9) Vgl. oben § 90.

Klageberechtigten, mag er bevormundet sein oder nicht; ferner die Minderjährigkeit bei Verjährungen unter 30 Jahren.<sup>10</sup>

Auch feindlicher Einbruch — *tempus hostilitatis* — bewirkt zeitweiliges Ruhen der Verjährung.<sup>11</sup> Sie ruht außerdem in einigen anderen besonderen Fällen zeitweise, in welchen objektive Hindernisse der Erhebung der Klage entgegenstehen.<sup>12</sup>

Hatte die Verjährung begonnen und ruht sie dann eine Zeit lang, so läuft sie nach Beseitigung des Hindernisses weiter. Es wird die vordem abgelaufene Zeit eingerechnet. Dagegen muß die Verjährung im Falle einer Unterbrechung von neuem beginnen.

### § 148. Unterbrechung der Klagenverjährung.

Die Unterbrechung der Klagenverjährung geschieht durch Klage oder gleichstehende gerichtliche Schritte, sowie durch Anerkennung des klägerischen Rechtes.

1. Vor allem wird die Klagenverjährung durch Klage unterbrochen. Nach klassischem Rechte war der zweiseitige Akt der *Litiscontestatio*<sup>1</sup> erfordert, nach justinianischem<sup>2</sup> und heutigem Rechte<sup>3</sup> genügt der einseitige Akt der Erhebung der Klage.

Die Unterbrechung ist davon unabhängig, ob die Klage zum Ziele führt. Die Verjährung ist auch unterbrochen, wenn der Kläger von der Klage<sup>4</sup> absteht, sowie dann, wenn er „angebrachtermaßen“ ab-

10) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni, nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinet curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. l. 5 § 1 C. in quibus causis in integrum restitutio 2, 40.

11) cap. 10 X. h. t. 2, 26, Marejoll in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 8.

12) Specialfälle, in denen die Klagenverjährung ruht, sind l. 1 § 2 C. de anali exceptione 7, 40, l. 30 § 2 C. de jure dotium 5, 12, l. 22 § 11 C. de jure deliberandi 6, 30, vgl. auch § 29 J. de rer. div. 2, 1. Man hat den Satz aufgestellt: *agere non valenti non currit praescriptio*. Derselbe ist zu allgemein und Mißdeutungen ausgelegt.

1) l. 8 § 1 D. de fidejussoribus et nominatoribus 27, 7, l. 9 § 3 D. de jurejurando 12, 2.

2) *Etiam per solam conventionem* l. 7 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 3 § 1 C. eod.

3) C.P.D. § 239.

4) Nach C.P.D. § 243 Abf. 3 hat die Zurücknahme der Klage zur Folge, „daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist“. Manche Schriftsteller betrachten die Unterbrechung der Klagenverjährung durch Klageerhebung als Folge der Rechtshängigkeit und schließen hieraus, die Unterbrechung gelte bei Zurücknahme der Klage als nicht geschehen. Vgl. gegen diese Ansicht Wschrott bei Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 622, siehe auch unten Anm. 12.

gemiesen wird.<sup>5</sup> Auch eine Klage bei einem unzuständigen Gerichte muß folgerecht unterbrechen; doch entspricht dies nicht der herrschenden Ansicht.<sup>6</sup>

Die Erhebung einer Klage unterbricht die Verjährung aller dem Ziele nach gleicher Klagen des Klägers gegen den Beklagten.<sup>7</sup> Daher unterbricht eine Feststellungsklage, welche die Klage auf Erfüllung vorbereitet, deren Verjährung.<sup>8</sup>

Die Klage bei einem Schiedsgerichte steht der Klage bei dem ordentlichen Gerichte gleich.<sup>9</sup> Selbst die gerichtlichen Schritte, welche auf Konstituierung eines Schiedsgerichtes abzielen, genügen.<sup>10</sup>

Die Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse des Schuldners ist keine Klage; aber sie ist deren unumgängliche Vorbereitung.<sup>11</sup> Sie unterbricht die Klagenverjährung.

Auch die Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren unterbricht die Verjährung der Klage.<sup>12</sup>

5) R.G. Bd. 5 S. 122, siehe unten § 157 Anm. 5.

6) Die herrschende Ansicht sucht ihre Hauptstütze in der l. 7 C. ne de statu defunctorum 7, 21. Diocletianus et Maximianus. Si pater tuus veluti ingenuus vixit nec status controversiam, quasi fisci servus esset, apud praesidem provinciae, qui super hujusmodi quaestionibus judicare solet, sed apud curatorem reipublicae non competentem judicem passus est, postque mortem ejus quinquennium fluxit, status tuus ex praescriptione, quae ex senatus consulto emanat, protectus est. Die Verjährung beseitigte Statusklagen, die 5 Jahre nach dem Tode des thatächlich Freien erhoben wurden; sie betraf aber nicht Klagen, die bei dessen Tode bereits gegen ihn obschwebten und gegen seinen Nachfolger fortgesetzt werden konnten, l. 3 C. h. t. 7, 21, l. 2 § 2 D. ne de statu defunctorum 40, 15. Waren diese Klagen aber bei einem inkompetenten Richter anhängig gemacht, so waren sie begreiflich erfolglos. Dies spricht Diocletian hier aus. Es handelt sich also nicht um die Frage der Unterbrechung der Verjährung durch Klage beim inkompetenten Richter, vielmehr stand die Wirkung von Klagen in Frage, die vor Beginn der Verjährung anhängig gemacht waren. So Hellmann, die Erhebung der Klage bei dem unzuständigen Gericht im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 n. 7.

7) l. 3 C. de annali exceptione 7, 40. Die persönliche Klage unterbricht die Verjährung der Pfandklage und umgekehrt, desgleichen richtiger Ansicht nach eine — vergebliche — Klage aus dem Besitz die der Eigenthumsklage. Dagegen unterbricht der Antrag auf Bewilligung des Armenrechtes für die anzustellende Klage die Verjährung nicht. Dies ist ein vorbereitender Schritt, keine vorbereitende Klage, R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 1111.

8) Anders Seuffert zur C.P.D. § 231 Ziff. 10.

9) l. 5 § 3 C. de receptis 2, 55.

10) C.P.D. § 855.

11) R.D. § 13. Die Unterbrechung wird durch Zurücknahme der Anmeldung nicht zunichte.

12) Sie bildet eine conventio, d. h. gerichtliche Verfolgung des Rechtes. Nicht wenige Schriftsteller suchen die Unterbrechung der Klagenverjährung durch den Zahlungsbefehl dadurch zu begründen, daß der Zahlungsbefehl die Sache rechtshängig mache, da sie die Unterbrechung der Klagenverjährung als Folge der Rechtshängigkeit ansehen. Diese Schriftsteller kommen aber zu dem unerfreulichen Ergebnis, daß

Die Streitverkündung — Litisdenunciacion — wird gemeiniglich als Unterbrechungsgrund nicht angesehen.<sup>13</sup>

Keinenfalls unterbricht die Vorschätzung einer Einrede die Verjährung der Klage, welche mit ihr das gleiche Fundament hat; denn sie enthält weder einen gerichtlichen Angriff noch die Vorbereitung eines solchen.

Im Falle thatsächlicher Unmöglichkeit der Klageerhebung genügt zur Unterbrechung Protestation bei Gericht, eventuell bei der Ortsobrigkeit, äußerstenfalls durch öffentliche Anschläge am Wohnorte des Segners.<sup>14</sup>

2. Die Verjährung wird auch durch schriftliche oder in realen Thatfachen liegende Anerkennung des verpflichteten unterbrochen.<sup>15</sup> Es gehört hierher namentlich Ausstellung eines Schuldscheines, Zahlung von Zinsen, Zahlung eines Theiles der Schuld als Abschlagszahlung, Stellung von Sicherheit.<sup>16</sup>

Der Lauf der Klagenverjährung beginnt aufs neue, sowie die Unterbrechungsthatfache der Vergangenheit anheimfällt. Gesah die Unterbrechung durch Klageerhebung, so beginnt also ihr Lauf wieder, wenn die Streitsache nicht mehr rechtshängig ist, gesah sie durch Zahlung von Zinsen, von diesem Augenblicke an.<sup>17</sup> Die dem bezüglichen Klagerecht etwa eigenthümliche kürzere Verjährungszeit tritt auch nach der Unterbrechung ein. Eine dreißigjährige Verjährung ist aber erfordert,

die Unterbrechung als nicht geschehen anzusehen ist, wenn sich die Rechtshängigkeit hinterher erledigt, weil das Verfahren nicht in Gemäßheit der §§ 637 und 641 der C.P.D. verfolgt wird. Ihre Deduktion beruht unseres Erachtens durchaus auf Fehlschlüssen. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ist nicht Folge der Rechtshängigkeit, bleibt daher bestehen, wenn diese nachträglich zusammenfällt. Vgl. Schrött in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 618.

13) Richtiger und zweckmäßiger wäre es freilich, auch die Litisdenunciacion als „conventio“ für genügend zur Unterbrechung zu erachten. Bezüglich der Verjährung der Wechselflagen vertritt sie nach Art. 80 der W.D. die Stelle der Klage.

14) So ist l. 2 C. de annali exceptione 7, 40 anzuwenden.

15) Nicht jede Anerkennung genügt, l. 7 § 5<sup>a</sup> C. de praescr. 7, 39, l. 4 C. de duobus reis 8, 39: ... debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos ampliavimus. Die Anerkennung muß sich äußerlich manifestiren durch Schrift oder einen realen Vorgang. Einfache mündliche Anerkennung reicht nicht aus. Demelius a. a. D. S. 63, Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 108. Auch Besitz von Pfändern des Schuldners unterbricht die Verjährung, l. 7 § 5 C. h. t. 7, 39, aber doch wohl nur usque ad pignoris quantitatem, arg. l. 9 pr. D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

16) Vgl. auch oben § 146 Anm. 12.

17) l. 8 § 4 C. h. t. 7, 39. Savigny S. 306 ff. behauptet, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermine ausschließt. Dagegen mit Recht Windscheid § 108 Anm. 2.

wenn die Schuld durch Judikat festgestellt oder wenn sie in eine Darlehensschuld umgewandelt wurde.

Solange die Klage rechtshängig ist, welche die Verjährung unterbrach, kann eine Klagenverjährung nicht wieder beginnen. Es tritt aber eine eigenartige Verjährung der Litispandez ein.<sup>18</sup> Dieselbe beginnt von dem jeweiligen letzten prozessualischen Akte an, vollendet sich in 40 Jahren und macht dem Prozeß und dem Klagerrechte ein Ende.

### § 149. Bona fides.<sup>1</sup>

Kenntniß des Verpflichteten von seiner Verpflichtung hindert nach römischem Rechte nicht Beginn und Vollendung einer Verjährung zu seinen Gunsten.

Nach kanonischem Rechte<sup>2</sup> schließt dagegen *mala fides* dessen, der eine fremde Sache besitzt, die Verjährung dinglicher und<sup>3</sup> persönlicher Klagen auf deren Herausgabe aus. Die Klagenverjährung läuft also nicht, wenn der Präskribent weiß, daß er die fremde Sache widerrechtlich besitzt; sie wird unterbrochen, wenn er dessen nachträglich gewiß wird.

Schuldklagen auf Leistungen anderer Art verjähren, auch wenn der verpflichtete seine Verpflichtung während der Verjährungszeit kannte.

18) l. 9 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Linde in seiner Zeitschrift Bd. 2 S. 153. Die C.P.O. hat die Verjährung der Litispandez nicht beseitigt, vgl. Mandry, Inhalt der Reichsgesetze S. 277.

1) Hildenbrand im Archiv für civ. Praxis B. 36 n. 2; D. Reich, Entwicklung der kanonischen Verjährungslehre 1880.

2) cap. 20 X de praescriptionibus 2, 26. Innocentius III in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, vgl. cap. 3. cap. 5 X eod.

3) Es giebt 3 Hauptansichten: a) nach der einen bezieht sich die Entscheidung von Innocenz III. nur auf Realklagen, nicht auf persönliche Klagen. Sie vertrat bereits Bartolus zu l. 4 § 27 D. de usurp. et usuc. 41, 3; b) nach einer anderen wird *bona fides* bei allen Klagen, dinglichen und persönlichen, gefordert, welche die Herausgabe einer fremden Sache bezwecken. Sie entwickelte Henricus de Coeceji de finibus bonae fidei in praescriptionibus 1694 in exercit I p. 1476; c) eine dritte Ansicht verlangt bei jeder Klagenverjährung ohne Unterschied *bona fides*. Die dritte Ansicht stützt sich auf die ratio, welche das Gesetz angiebt, die zweite auf die schließliche Bestimmung des Gesetzes. Da es sich um ein korrektorisches Gesetz handelt, so giebt man mit Grund in neuerer Zeit der zweiten Ansicht den Vorzug. Dieselbe ist jedenfalls dem Wesen der Klagenverjährung angemessener und zweckmäßiger.

## § 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung.

Die Verjährung der dinglichen Klage zieht den Untergang des zu Grunde liegenden dinglichen Rechtes nicht nach sich. Insbesondere erhält sich das Eigenthumsrecht trotz der Verjährung der Eigenthumsklage, sofern der Präskribent nicht seinerseits durch Ersizung Eigenthümer wird.<sup>1</sup> Allerdings ist das Eigenthum nach Verjährung der Eigenthumsklage kraftlos so lange der Präskribent im Besitze ist; aber es kann wieder zur Wirkung kommen, wenn der Präskribent den Besitz verlieren sollte.

Hinsichtlich der Verjährung der persönlichen Klagen stehen sich die Vertheidiger einer stärkeren und die einer schwächeren Wirkung gegenüber.

Die ersteren betrachten den Untergang der Forderung selbst oder, wie man neuerdings sagt, des Ausspruches als Folge der Verjährung. Sie gilt als abgethan und kann keinerlei Wirkung mehr üben.<sup>2</sup> Diese Ansicht verwirklicht die Zwecke der Verjährung am durchgreifendsten, empfiehlt sich durch ihre Schneidigkeit und hat daher besondere Anziehungskraft für die Praxis.

Dennoch läßt sie sich nicht festhalten.<sup>3</sup> An diesem Punkte tritt der Konflikt zu Tage, welcher in der Lehre der Verjährung waltet. Der Schuldner wird in Folge der Verjährung um des allgemeinen Nutzens und des Friedens willen geschützt, und der säumige Gläubiger wird abgewiesen. Aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger Befriedigung nicht erlangt. Daher bleibt dessen Forderung bestehen, wenn ihm auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen. Bezahlt der Schuldner freiwillig, so ist dies nimmermehr Schenkung; er leistet Zahlung einer Schuld. Hierin offenbart sich das Bestehen einer natürlichen Verbindlichkeit — *obligatio naturalis*.<sup>4</sup> So erklärt

1) Dies war von Bedeutung im justinianischen Rechte. Denn hier war auch der *malae fidei possessor* nach 30 Jahren durch die Verjährungseinrede geschützt, während er Eigenthum wegen des Fehlens der *bona fides* nicht erfaß. Nach kanonischem Rechte dagegen läuft die Klagenverjährung gegen die Eigenthumsklage nur dem gutgläubigen Besitzer; dieser ersizt aber mit deren Ablauf in der Regel die Sache.

2) Büchel, *civilrechtliche Erörterungen* I 1; Bekker, *Jahrbuch* Bd. 4 n. 14; Bangerow I § 151; Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 3 sind Vertheidiger der stärkeren Wirkung. R.G. Bd. 2 S. 158 schließt sich Windscheid an.

3) Für die schwächere Wirkung erklärten sich namentlich Francke, *civil. Abh.* n. 2; Savigny Bd. 5 S. 366 ff.; Puchta, *Pand.* § 92.

4) Dies giebt Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 5<sup>a</sup> zu. Wird Zahlbarkeit verjährter Forderungen anerkannt, so versteht es sich von selbst, daß sie auch mittels Kompensationsvertrages zur Aufrechnung selbst gegen später entstandene Forderungen

es sich leicht, daß nach den Quellen Pfandansprüche auch nach Verjährung der persönlichen Forderung fortbestehen können, trotzdem daß das Pfandrecht nur Accession der Forderung ist. Diese ist eben nicht durchaus beseitigt.<sup>5</sup>

Eine andere Streitfrage ist nahe verwandt: Kann noch zur Einrede dienen, was in Folge der Klagenverjährung nicht mehr einklagbar ist?

Die Regel ist, daß Einreden nicht verjähren.<sup>6,7</sup> Natürlich tritt

gebracht werden können, daß Bürgen und Pfänder, die für verjährte Schulden gegeben werden, verhaftet werden. Eine schwierigere Frage ist, ob eine *condictio indebiti* darauf gestützt werden kann, daß man eine „bereits verjährte“ Schuld zahlte, ohne die Verjährungseinrede zu kennen. Man muß sich hiergegen entscheiden. Denn es ist Regel, daß Rückforderung des auf eine natürliche Schuld gezahlten unzulässig ist. Auch läßt sich nicht behaupten, daß die Ausschließung der *condictio indebiti* im Falle der Zahlung einer verjährten Forderung der praktischen Durchführung der Verjährungs idee widerspräche.

5) l. 7 § 2<sup>a</sup> C. de praescr. XXX ann. 7, 39.

6) Dies spricht ausdrücklich aus Paulus libro 71 ad edictum, l. 5 § 6 D. de exc. doli mali 44, 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur. Daher der Spruch quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Vgl. Savigny Bd. 5 S. 253 ff.

7) Windscheid Bd. 1 § 112 nimmt an, die Verjährung des dinglichen Anspruches berühre zwar die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede nicht; die Verjährung des persönlichen Anspruches aber hebe die auf der Obligation beruhenden Einreden auf. H.G.B. Art. 349, 386, 408. Habe jedoch die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so werde sie von der Verjährung der Obligation nicht betroffen. Eine selbständige Existenz habe nun neben dem Anspruch aus dem Vertrage auf Schadensersatz — auch auf Rescission? — die *exceptio doli*; der selbständigen Existenz entbehre dagegen die Einrede dessen, der eine fehlerhafte Sache gekauft habe; sie sei nur darauf gegründet, daß er die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen könne. Das schwierige in der Sache bilde nur die Durchführung der so gemachten Unterscheidung. — Worin jedoch das Kriterium der selbständigen Existenz der Einrede liegt, bleibt nach dieser Darstellung dunkel. Dennoch hat H.G. Bd. 2 S. 159 die Ansicht von Windscheid adoptirt. Die selbständige Existenz sei führt die Entscheidung aus, für einzelne Einreden, so namentlich für die *exceptio doli*, „aus besonderen“ Bestimmungen „der Gesetze“ zu bejahen, aber weder im Allgemeinen, noch in betreff der ädilicischen Einreden, um die es sich im Falle handelte, als richtig anzuerkennen. Es läßt sich viel dafür sagen, daß die Einreden wegen der ädilicischen Mängel nicht weniger wie die ädilicischen Klagen der kurzen Verjährung unterliegen. Dies erklärt sich aber aus der Besonderheit des Verhältnisses, da es in der That unzumuthig und dem Sinne des ädilicischen Ediktes zuwider ist, Streitigkeiten wegen angeblicher Mängel der Kaufsache erst nach längerer Zeit zur gerichtlichen Verhandlung zu bringen. So mag dies die Rechtsprechung feststellen und festhalten. Die Begründung des Reichsgerichtes aber ist bedenklich. Daß „die Gesetze“, d. h. der Jurist Paulus in der oben Anm. 5 abgedruckten Stelle, keineswegs besondere Bestimmungen für die *exceptio doli* geben wollten, daß vielmehr Paulus seine Entscheidung auf einen allgemeinen Gesichtspunkt gründet, ist offensichtlich. Vgl. übrigens Wildhagen Verjährung der Einrede in Iherings Jahrbuch Bd. 21 Nr. 1.

aber Verjährung der Einreden dann ein, wenn sie das Gesetz vorschreibt. Dies thut z. B. das Handelsgesetzbuch für Einreden wegen Mängel der Kauffache bei Handelsgeschäften.<sup>8</sup>

Eine besondere Stellung hat die Kompensationseinrede. Sie bezweckt zwangsweise Befriedigung einer Gegenforderung durch Aufrechnung. Man kann daher mit einer Gegenforderung nicht kompensieren, welche bereits verjährt war, als die Forderung, auf welche aufgerechnet werden soll, entstand. Dies verstieße gegen den Zweck des Verjährungsinstitutes.

Eine singuläre aber zweckmäßige Bestimmung ist, daß nach Verjährung des Hauptrechtes rückständige Zinsen und geschuldete Früchte nicht mehr einlagbar sind, auch wenn die Klage auf sie an sich nicht verjährt wäre.<sup>9</sup>

## Sechstes Kapitel.

### Die Streitsache und ihre Verhandlung.

#### I. Methode der Individualisirung.

##### § 151. Römische Individualisirung der Streitsache.

Der Prozeß muß sich um eine bestimmte Streitsache drehen. Diese ist zu individualisiren und dadurch von anderen Ansprüchen abzugrenzen.

Denn nur eine bestimmte Abgrenzung der Streitsache sichert dem Verfahren Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit. Könnten dagegen die

8) H.G.B. Art. 349, vgl. Art. 386, 408. Es bestimmt das Gesetz ergänzend und entsprechend, daß die Einreden schon durch einfache Anzeige an den Verpflichteten perpetuirt werden.

9) l. 26 pr. C. de usuris 4, 32. — Streitig ist, ob nur die einzelnen verfallenen Rückstände aus einer fortlaufende Verbindlichkeiten erzeugenden Verpflichtung verjähren oder ob das Recht selbst auch hinsichtlich der künftig fälligen Prästationen erlischt, wenn die Verjährungszeit hindurch die verfallenen Leistungen nicht gefordert wurden. Es giebt drei Ansichten: a) die eine verneint die Verjährung der künftig fälligen Prästationen schlechthin, da sie noch nicht einlagbar waren. Dies ist die römische Auffassung, l. 7 § 6 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Sie ist als die gemeinrechtliche anzusehen; b) die Verjährung des Gesamtrechtes tritt nach einer anderen Ansicht ein unter Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesamtrechtes; c) das Gesamtrecht verjährt nach einer dritten Ansicht auch abgesehen von solcher besonderen Bestreitung. Vgl. Windscheid § 107 Anm. 8.

Parteien nach Eröffnung der Verhandlung beliebig Ansprüche zur Erörterung bringen, bestünde also ein Kampfplatz ohne Schranke, so wäre ein stetiger Fortschritt des Verfahrens unmöglich.

Die genaue Feststellung der Streitfache ist ferner unumgänglich zur Entscheidung darüber, was rechtshängig ist und deshalb nicht in einem anderen Prozesse zur Erörterung gebracht werden darf. Auch die Beantwortung der Frage, worüber in einem früheren Prozesse geurtheilt ist, was also in Rechtskraft überging, hängt von der Abgrenzung des Streites ab.

Die Individualisirung der Streitfache ist hiernach sehr wichtig. Sie ist aber auch schwierig. Denn es handelt sich um die Scheidung von bloß gedachten Größen im Gedanken. An diesem Problem müht sich die Jurisprudenz seit Jahrtausenden. Das Kriterium ist in den verschiedenen Prozeßsystemen verschieden.

Den Römern dienten zur Individualisirung und Abgrenzung der Streitfachen vorzugsweise die *actiones*, deren Muster das prätorische Album einfuhrte. Denn diese Aktionen wurden in der klassischen Zeit der Formel zu Grunde gelegt, welche dem Richter die zu entscheidende Frage vorzeichnete. Noch zur Zeit Justinians hatte der Kläger dem Beklagten eine der überkommenen *actiones* zu ediren, über welche dann gestritten wurde.<sup>1</sup>

Die Aktionen enthielten zum größeren Theil die Behauptung eines bestimmten dem Kläger zustehenden Rechtes. Ueber Existenz oder Nichtexistenz einer typischen Berechtigung wurde im römischen Prozeß verhandelt und entschieden.<sup>2</sup> Die Eigenthumsklage insbesondere rief zur Entscheidung über das Eigenthumsrecht an der vindicirten Sache auf; denn die Formel lautete: *fundum Sempronianum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse*. In dem hierauf gegründeten Prozesse durfte der Kläger jeden Eigenthumswerbungsgrund zur Sprache bringen. Er konnte sich anfänglich auf Vermächtniß berufen und nach Befinden hiervon abgehen und sich auf Kauf und Tradition stützen. Aber was auch verhandelt war, es stand nur eine Klage über die Eigenthumsfrage offen. Doch wurden ausnahmsweise Eigenthumsklagen *expressa causa* gewährt. Hier war der Rechtsstreit auf die Frage beschränkt, ob der Kläger aus einem bestimmten Rechtsgrunde Eigenthümer sei.<sup>3</sup>

1) l. 1 pr. D. de edendo 2, 13.

2) Vgl. oben § 128 Num. 6.

3) Die Frage, ob in Rom *actiones in rem* „*expressa causa*“ vorkommen, ist freilich bestritten. Gegen die Zulässigkeit erklärte sich Buchta im rheinischen Museum

Die Nothwendigkeit, die Streitsache unter eine der typisch festgestellten Aktionen zu bringen, war von großer Bedeutung. Sie zwang den Kläger zur Unterordnung seines Anspruches unter eine bestimmte Rechtsnorm und zu dessen genauer rechtlicher Charakterisirung. Im Falle der Unrichtigkeit derselben mußte der Richter die Klage selbst dann abweisen, wenn er die vom Kläger behaupteten Thatfachen wahr fand und wenn dieselben die Leistungspflicht des Beklagten nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten begründet hätten. Denn die Klagebehauptung, über die der Richter allein zu sprechen hatte, war nicht bewahrheitet.<sup>4</sup> Die Härten dieses Systemes wurden durch erhebliche Vorzüge aufgewogen. Der Kläger mußte sich über das Recht, welches er geltend machen wollte, vor der Klageanstellung klar werden. Er mußte seinen Angriff auf einen Punkt concentriren

Bd. 2 S. 251, Hefter vertheidigte sie Bd. 3 S. 222, worauf Buchta ebendasselbst S. 487 erwiederte. Für Eigenthumsklagen *expressa causa* wird namentlich in das Feld geführt Paulus libro 70 ad edictum l. 14 § 2. D. de except. rei judicatae 44, 2. *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi 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.* Die gewöhnliche Ansicht erklärt „non expressa causa“, „sofern die causa nicht ausgedrückt ist“, Buchta aber versteht „da die causa in der Formel der Vindikation nicht ausgedrückt wird“. Er sieht hierin den Grund der Entscheidung, nicht einen Vorbehalt. Aber die gewöhnliche Ansicht unterstützt doch sehr Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 2 D. eod. *Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat causa adjecta, non debet summoveri exceptione.* Denn nach dem Zusammenhange ist die causa adjecta, welche den neuen Prozeß zulässig macht, gerade die Tradition, die der Kläger laut des Anfangs der Stelle seiner früheren Klage ausschließlich zu Grunde legte. Buchta versteht unter causa adjecta einen erst nach dem ersten Prozeß vollzogenen Erwerb. Ulpian würde sich sehr undeutlich ausdrücken, wenn er dies hier unter causa adjecta gemeint hätte. Buchtas Erklärung steht ferner entgegen, daß Ulpian die Frage der causa superveniens später im § 4 besonders behandelt, wobei er erklärt, zu etwas neuem überzugehen. Daß actiones in rem vorkamen, bei welchen nicht alle causae zur Verhandlung gebracht wurden, ergibt denn auch l. 7 § 2 D. de her. pet. 5, 3. Es kam vor, daß der Kläger, der mit seiner Vindikation abgewiesen war, restituirt wurde, weil er einen bestimmten Erwerbsgrund nicht gekannt hatte und um deswillen nicht geltend gemacht hatte. Hier versteht es sich von selbst, daß nur dieser Grund in der restituirten Vindikation zur Sprache gebracht werden konnte, vgl. l. 11 pr. D. de exc. rei judicatae 44, 2. Buchta freilich behauptet, eine Vindikation *expressa causa* sei juristisch undenkbar, sie sei keine Eigenthumsklage, da sie nicht das Eigenthum, sondern nur eine bestimmte causa in das *judicium deducire*, ja sie sei überhaupt keine „eigentliche Klage“; rhein. Museum Bd. 3 S. 474. Das *Petitum* bleibt jedoch Anerkennung des Eigenthums; kommt es zur Kondemnation, so wird der Kläger als Eigenthümer anerkannt, und zwar schlechthin. Dies genügt, um der Klage den Charakter als Eigenthumsklage zu wahren. Für die hier vertheidigte Ansicht erklärte sich Savigny Bd. 6 Beilage 17.

4) War es rechtlich oder thatsächlich besonders zweifelhaft, unter welche der typischen actiones ein Anspruch falle, so half man wohl durch besonders konstruirte Klagen, vgl. l. 1 § 1 D. praescriptis verbis 19, 5.

und hiernach die Thatfachen gruppiren. In Folge dessen erhielt das Verfahren die größte juristische Bestimmtheit und es war dem Richter die Aufgabe wesentlich erleichtert.

§ 152. Individualisirung der Streitsache nach heutigem Rechte.

Seit dem Mittelalter walten die Richter ihres Amtes nach dem Spruche: *dabis mihi factum, dabo tibi jus*. Insbesondere will das kanonische Recht, daß der Richter nicht darauf sehe, welche *actio* angestellt sei, sondern darauf, ob die Klagehatfachen richtig stünden.<sup>1</sup>

Hierin lag eine tiefgreifende und dauernde Veränderung. Der Kläger stellt keine typisch normirte Klage mehr an, über deren Bestehen oder Nichtbestehen der Richter urtheilt. Die Frage, die dem Richter gestellt wird und über die er entscheidet, ist die des konkreten Klagerectes, d. h. ob der Klageantrag aus den in der Klage vorgebrachten Thatfachen rechtlich begründet ist.

Der gemeine Prozeß hat dies praktisch und theoretisch ausgebildet.<sup>2</sup>

Die Klageschrift hat die Thatfachen vollständig anzugeben, aus welchen sich der Klageantrag rechtfertigt. Den Komplex dieser Thatfachen nennt man den Klagegrund. Zu diesen Thatfachen gehören auch diejenigen, vermöge deren das Klagerecht gerade dem Kläger und gerade gegen den Beklagten zusteht. Besondere Thatfachen, aus denen sich diese Beziehung des Klagerectes auf den Kläger sowie auf den Beklagten ergibt, bilden die Legitimation zur Sache — *legitimatio ad causam*. Sie ist ein Theil des Klagegrundes.

Der thatsächliche Klagegrund ist der Untersatz, die Rechtsnorm der Obersatz, aus deren Verbindung der Schluß folgen muß, daß der Klageantrag begründet ist. Manche unterscheiden hiernach von dem historischen Klagegrunde — dem *fundamentum agendi proximum* — den rechtlichen Klagegrund — *fundamentum agendi remotum* — d. h. die einschlägige Rechtsnorm. Diese Terminologie wurde von anderen mit Recht bekämpft. Denn die Klageschrift muß den Rechtsgrund der Klage nicht hervorheben. Es kann dies gerathen sein,

1) cap. 6 X de judiciis 2, 1. Alexander III. . . . Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, ejusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum patrum instituta investigare curetis.

2) Der gemeine Prozeß hat sich im wesentlichen noch in Oesterreich erhalten.

aber es ist nicht nothwendig. Bergreift sich der Kläger in der Rechtsnorm, die er als maßgebend bezeichnet, so erwächst ihm hieraus kein Rechtsnachtheil. *Jura novit curia.*

An die Stelle des schriftlichen gemeinen Prozesses ist seit dem 1. Oktober 1879 das mündliche Verfahren der C.P.D. getreten.

Die Grundlage auch des neuen Verfahrens ist in der Regel eine schriftliche Klage. Sie bereitet das mündliche Klagevorbbringen vor und steckt das Feld der Verhandlung ab. Ohne Einwilligung des Beklagten ist eine Aenderung dieser Klage nicht mehr zulässig, nur leichtere Modifikationen, welche den Klagevortrag ergänzen und berichtigen, sind gestattet.<sup>3</sup>

Die Klage hat außer der Bezeichnung des Gerichtes und der Parteien, sowie der Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zu enthalten:

- a) die bestimmte Bezeichnung des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs;
- b) einen bestimmten Antrag.

Kontrovers ist, was die C.P.D. unter „Klagegrund“ versteht. In Folge dessen ist auch streitig, in welcher Weise sich nach der C.P.D. die Streitsache abgrenzt.

Viele Schriftsteller gehen von der Ansicht aus, daß im Sinne der C.P.D. Klagegrund wieder eine typische Berechtigung sei, d. h. eine solche, welche der Gliederung der Rechte im Rechtssystem entspricht, z. B. Eigenthum, Servitut, Forderung aus Mandat, Gesellschaft.<sup>4 5</sup> Dies wäre ein Zurückgehen auf römische Rechtsgedanken, welche nie in der gemeinrechtlichen Praxis Wurzel gefaßt hatten, eine Neuerung von großer Tragweite, für die sich eine bestimmte gesetzliche Grundlage nirgends finden läßt. Klagegrund ist vielmehr wie im gemeinen Prozesse der Komplex der rechtsbegründenden Thatsachen. Ihn muß die Klage enthalten, durch ihn und durch den Klageantrag wird die konkrete Klageberechtigung individualisirt.

3) C.P.D. § 235 Ziff. 3, § 240.

4) Die Anhänger der bekämpften Ansicht setzen den Klagegrund in die Bezeichnung des „individuellen“ Rechtsverhältnisses, vgl. Wach, Vorträge S. 17. Sie meinen aber, wie ihre weitere Ausführung ergibt, „die allgemeinen“ oder „typischen“ Kategorien der Rechte.

5) Zuerst hat Wach in seinen Vorträgen 1879 S. 17 die Gegenansicht zu begründen gesucht. Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 422 ff., Eccius in seiner Ausgabe von Försters Privatrecht Bd. 1 S. 276, Petersen in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 3 S. 385 ff., ferner in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 657, auch Voßhar Seuffert in der 2. Auflage seines Kommentars zur C.P.D. § 270 haben sich ihm angeschlossen.

Denn die C.P.D. änderte zwar die Form des Verfahrens, aber sie hielt die allgemeinen Begriffe des gemeinen Prozesses fest. Daß dies namentlich bezüglich des Klagegrundes bezweckt wurde, bezeugen auch die Motive der C.P.D.<sup>6</sup> 7

Der Gegensatz der Auffassungen tritt prägnant bei der Eigenthumsklage hervor. Nach der hier bekämpften Ansicht hätte die Klage die Eigenthumsfrage als Gegenstand des Streitens zu benennen. Es wäre keine Klageänderung, wenn der Kläger, welcher in der Klage ein Vermächtniß als Erwerbgrund bezeichnete, sich später in der Verhandlung auf Kauf und Tradition stützte. Nach unserer Ansicht liegt hierin eine Aenderung des Klagegrundes, die unzulässig ist.<sup>8</sup>

## II. Veränderungen der Streitsache während des Prozesses.

### § 153. Litiskontestation und Klageerhebung.

Die Frage ist wichtig, welcher Prozeßakt als Beginn des Prozesses anzusehen ist; denn der Prozeßbeginn wirkt in tiefgehender Weise auf das eingeklagte Recht.

Die Antwort wird wesentlich durch die Grundauffassung des Prozesses bestimmt. Wird der Richter nur zuständig durch beiderseitige Unterwerfung der Parteien unter seinen Spruch, so ist der zweiseitige Akt der Litiskontestation naturgemäß der kritische Moment. Hat der Richter in Folge seiner Amtspflicht über die eingebrachten Klagen zu urtheilen, so wird die einseitige Klageerhebung entscheidend werden.

6) Der hier vertheidigten Auffassung folgen die bei weitem meisten Kommentatoren der C.P.D., unter anderen Struckmann und Koch 4. Auflage S. 231, von Wilmowski und Levy 3. Auflage S. 296. Insbesondere hat sich das R.G. Bd. 10 S. 434 bestimmt und grundsätzlich auf den Boden derselben Ansicht gestellt, vgl. R.G. Bd. 4 S. 46. Ein grundsätzlicher Widerspruch ist R.G. Bd. 10 S. 395 nicht zu finden.

7) Das Hauptargument der Gegner ist die Fassung der C.P.D. § 240: „Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden.“ Hieraus schließt man, daß Klagegrund und thatsächliche Anführungen im Sinne der C.P.D. Gegensätze bildeten. Wir finden den Gegensatz in „Aenderung“ und in „Ergänzung und Berichtigung“. Höchstens liegt eine nicht ganz präcise Fassung vor. Aus solchen Sprachwendungen Principienfragen von schwerwiegender Bedeutung lösen zu wollen, erscheint uns nicht als richtig. Vgl. übrigens C.P.D. § 300 Ziff. 3. Für unsere Ansicht spricht die historische Tradition. Es liegt kein durchschlagender Grund dafür vor, daß die C.P.D. sie verlassen wollte. Es hieße dies betretene und bekannte Wege aufgeben, welche gerade zum Ziele führen, und neue Pfade einschlagen, die möglicherweise ohne Ausgang sind.

8) So auch R.G. Bd. 10 S. 434.

Der ehrtrömischen Anschauung galt als Prozeßbeginn die Litiscontestation.<sup>1</sup> Ihr allgemeines Wesen ist die Konstatirung des Streitiges durch beide Parteien vor Gericht, womit das Urtheil herausgefordert wird. In den einzelnen Prozeßsystemen war der Moment prozessualisch ein verschiedener. Im altrömischen Ordinarverfahren insbesondere bildete der letzte Akt des Verfahrens in jure, mit welchem der erwählte judex bestellt wurde, die Litiscontestation, denn er vollendete den Prozeßvertrag. Ursprünglich wurde dieser Moment durch Aufrufen von Zeugen herausgehoben, daher der Name;<sup>2</sup> später fiel dies weg; man bezeichnete als Litiscontestation die Aushändigung der Formel an den Kläger. Im Extraordinarverfahren<sup>3</sup> und im Prozesse der christlichen Kaiserzeit<sup>4</sup> setzte man die Litiscontestation in den ersten Prozeßtermin vor dem Magistrate, in welchem die Parteien beiderseitig ihre Behauptungen vortrugen.<sup>5</sup>

Im gemeinen Prozesse galt die Beantwortung der Klage durch die Einredeschrift des Beklagten als Litiscontestation.<sup>6</sup>

Im jüngsten römischen Rechte hatte sich der Gedanke abgeschwächt, daß der Prozeß auf einem Vertrage der Parteien beruhe. Außerdem erschien es unzumuthig, daß der Beklagte durch Verzögerung der Einlassung die ihm nachtheiligen Folgen des Prozeßbeginnes willkürlich hinauschieben könne. Schon die christliche Kaiserzeit knüpfte daher einzelne Folgen des Prozeßbeginnes an den einseitigen Akt der Mittheilung der Klage an den Beklagten.<sup>7</sup> Aber erst die C.P.D. hat dies grundsätzlich und allgemein durchgeführt. Die Klageerhebung bildet

1) Keller über Litiscontestation und Urtheil, Zürich 1827, hat die Grundlagen dieser Lehre gelegt.

2) Festus: contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.

3) l. un. C. de litis contestatione 3, 9. Imp. Severus et Antoninus . . . lis enim tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

4) Justinianus in l. 14 § 4 C. de judiciis 3, 1 . . . cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam.

5) Vgl. Bethmann-Hellweg, Civilprozeß Bd. 3 S. 254 Anm. 8 einerseits, Wiebing, Sibelprozeß § 13 andererseits.

6) Dies war die Folge des jüngsten Reichsabschieds von 1654 § 37. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 3 S. 77.

7) Dies gilt namentlich von der Klagenverjährung l. 7 pr. § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. l. 3 § 3 C. de annali exc. 7, 40. Vgl. ferner l. 20 § 6 d § 11, l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3. Gemeinrechtlich war es streitig, ob die Wirkungen, welche das römische Recht an die Litiscontestation knüpfte, allgemein mit der Injuration der Klage einzutreten hätten. Hierzu neigte die Praxis, aber die Doctrin befreundete sich hiermit nicht; vgl. Wächter, Erört. Heft 3 S. 153, Bangerow Bd. 1 § 160 Anm. am Ende.

jetzt schlechthin den Prozeßbeginn. Alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes früher an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage geknüpft waren, treten nach dem Reichsgesetze mit der Erhebung der Klage ein.<sup>8</sup> Die Klageerhebung aber geschieht regelrecht durch Zustellung der schriftlichen Klage an den Beklagten,<sup>9</sup> in gewissen Fällen durch Anträge in der mündlichen Verhandlung.<sup>10</sup>

#### § 154. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurtheilung.

Zwischen dem Prozeßbeginn und dem Endurtheil liegt ein mehr oder minder langer Zwischenraum. Inzwischen kann sich die Streitfache verändern. Solche im Objekte der Verhandlung und der richterlichen Prüfung sich vollziehende Umwandlungen erschweren die Aufgabe des Richters.

Das ältere römische Recht suchte der Schwierigkeit dadurch zu begegnen, daß es die Veränderungen möglichst ignorirte; die Zeit der Litiskonfestation blieb für die Frage der Existenz des klägerischen Rechtes und des Umfanges der Verurtheilung maßgebend.<sup>1</sup> Ueber das Recht, wie es damals bestand, hatten die Parteien richterlichen Spruch gefordert. Der Beklagte hatte sich der Kondemnation nach den damals vorhandenen Kondemnationsbedingungen unterworfen.<sup>2</sup> Hierin sah man eine durch den Prozeßvertrag bewirkte Novation der ursprünglichen Verpflichtung.<sup>3</sup>

Folgerecht war Beklagter selbst dann zu verurtheilen, wenn er den Kläger während des Prozeßes bezahlte oder sonst befriedigte. Noch in der Kaiserzeit nahmen die *Profulianer* bei den *stricti juris*

8) C.P.D. § 239. Auch nach heutigem Recht knüpft sich die Verhaftung des Nichtbesizers, welcher sich *liti obtulit*, an die Einlassung.

9) C.P.D. § 230, §§ 457 ff.

10) C.P.D. §§ 33, 253, 254, 461, 471.

1) Keller, Litiskonfestation und Urtheil, Wächter *Heft 2* und *3*, Buchta, Einfluß des Prozeßes auf das materielle Rechtsverhältniß 1846 ff. 2 *Zhle.*, Savigny *Bd. 6* S. 1 ff.

2) Gaj. *Inst. III* § 180 . . . *obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri litis contestatione* . . . Gaj. *Inst. IV* § 107.

3) *fragmenta Vaticana* § 263 . . . *interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit*. Paulus *libro 24 quaestionum l. 29 D. de novat. 46*, 2 führt freilich aus: *aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt. perit privilegium dotis et tutelae si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.*

judicia an. Die Sabinianer aber vertheidigten siegreich den Satz omnia judicia esse absolutoria, d. h. Erfüllung während des Prozesses führt durchweg zur Freisprechung des Beklagten.<sup>4</sup>

Der Versuch des älteren Rechtes zur Abschneidung der Schwierigkeit war naturwidrig. Bei bonae fidei judicia und arbitrariae actiones wendete man stets andere Grundsätze an. Auch bei stricti juris actiones ließ er sich nicht durchführen.<sup>5</sup>

Der Gedanke, welcher allmählig zur Geltung kam und der im heutigen Rechte principiell festzuhalten, ist, daß die Zeit des Urtheils darüber entscheidet, ob und inwieweit der Beklagte zu verurtheilen ist.<sup>6</sup> Dieses Princip wird jedoch durch Erwägungen gekreuzt, wonach die Zeit des Prozeßbeginnes sekundär von Bedeutung ist.

1. Das Rechtsverhältniß, aus welchem geklagt wird, muß bereits zur Zeit der Klageerhebung bestanden haben, wenn eine Verurtheilung auf Grund desselben erfolgen soll. Denn nur das der Klage zu Grunde liegende Verhältniß ist zum Gegenstande des Prozesses gemacht.<sup>7</sup> Dagegen hat Verurtheilung richtiger Ansicht nach zu erfolgen:

a) wenn das klägerische Recht zur Zeit des Prozeßbeginnes noch bedingt oder betagt war, sofern es nur zur Zeit der Ausfällung des Urtheils unbedingt und unbetagt ist;<sup>8</sup>

4) Gaj. Inst. IV § 112 Superest, ut dispiciamus, si ante rem judicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant. nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia judicia absolutoria esse... de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in ejusmodi liberum est officium iudicis. tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur.

5) Vgl. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechtes nach der Einleitung des Prozesses 1852, dazu Bekker, Dernburg, Römer in der Heidelberger kritischen Zeitschrift Bd. I S. 253, S. 397. Die dort von mir ausgesprochenen Ansichten sind zum Theil hier verlassen.

6) Als Princip wurde dies von den römischen Juristen nicht ausgesprochen. Ihr Ausgangspunkt ist, daß der Richter die Verhältnisse zur Zeit der Litiskonstitution bei seinem Urtheil zu Grunde zu legen habe. Allein sie modificiren dies der Art, daß in Wirklichkeit die frühere Regel eine Ausnahme wurde, daß sie also nur aus besonderen Gründen noch zur Anwendung kommt. Die Aufgabe der heutigen Jurisprudenz ist, das neue Princip anzuerkennen, welches im Grunde das spätere römische Recht beherrscht. Vgl. Windscheid Bd. I § 128, Mandry, civilrechtliche Reichsgesetze S. 278.

7) l. 23 D. de iudiciis 5, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est, l. 35 D. eod.

8) Vgl. l. 17 D. mandati 17, 1. Paulus libro 7 ad Sabinum. Si mandavero

b) wenn die Legitimation zur Sache erst im Laufe des Prozesses hergestellt wurde, der Beklagte z. B. erst während desselben in den Besitz der eingeklagten Sache kam.<sup>9</sup>

2. Die Dazwischenkunft des Prozesses verzögert die Erfüllung des Anspruches des Klägers zu dessen Nachtheil. Für diesen Nachtheil hat der Beklagte Ersatz zu leisten, wenn ihm eine Schuld zur Last fällt. Ist er nicht in Schuld, so soll ihm der Aufschub des Prozesses wenigstens keinen Vortheil bringen.<sup>10</sup>

Soweit diese Gesichtspunkte eingreifen, ist der Prozeßbeginn maßgebend. Es gilt dies sowohl bezüglich der Frage der Existenz wie des Umfanges des eingeklagten Rechtes. Mit dem Prozeßbeginn tritt hiernach ein:

a) die Vererblichkeit unvererblicher Klagerrechte;

b) die Unterbrechung der Klagenverjährung;

c) eine Ersatzpflicht des Beklagten für zufälligen Untergang, Verschlechterung und Preisminderung der eingeklagten Objekte.

Das ältere Recht betrachtete den Besitzer fremder Objekte von der Litiskontestation an als mala fide possessor. Das spätere Recht unterschied feiner und richtiger Redlichkeit und Unredlichkeit.<sup>11</sup>

tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat. l. 9 § 5 D. de pign. a. 13, 7. R.G. Bd. 1 S. 425, Bd. 8 S. 415.

9) l. 27 § 1 D. de rei vind. 6, 1. l. 7 § 4 D. ad exhibendum 10. 4. vgl. l. 30 pr. D. de peculio 15, 1. Windscheid Bd. 1 S. 128 Anm. 5, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts Bd. 1 S. 153. Zwischen den rechtlichen und den faktischen Bedingungen der Kondemnation will unterscheiden Savigny Bd. 6 S. 73.

10) Die ältere gemeinrechtliche Doktrin nahm an, daß der Beklagte mit dem Prozeßbeginne in Verzug gerathe. Dies ist nicht richtig. Verzug im technischen Sinne setzt Schuld bei der Verzögerung voraus. Der Beklagte kann aber aus guten Gründen die Ansprüche des Klägers für ungerechtfertigt halten und ist dann sicher nicht in Schuld, wenn er sich vertheidigt. Daher sagt Julianus libro 17 digestorum l. 63 D. de R. J. 50, 17 qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere, vgl. l. 24 pr. D. de usuris 22, 1. Andererseits äußert Papinianus libro 20 quaestionum l. 3 pr. D. eod. . . non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem und Ulpianus libro 78 ad edictum l. 82 § 2 D. de V. O. 45, 1 et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere. Es spricht also die Vermuthung dafür, daß der Schuldner, welcher prozessirt statt zu zahlen, in Verzug ist. Daß er aus guter Ueberzeugung stritt, muß aus der Sachlage besonders und deutlich erhellen.

11) Noch Ulpianus libro 15 ad edictum l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3 thut den Ausdruck: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esso . . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. Dagegen unterscheidet Paulus libro 20 ad edictum l. 40 D. de her. pet. 5, 3 scharf zwischen praedones und bonae fidei possessores. Von den letzteren heißt es: nec enim debet indefensum jus suum relinquere. Die Entscheidungen, welche sich im corpus juris über die hier einschlägigen Fragen finden, sind nicht ohne Zwang zu vereinigen, weil ihre Verfasser von verschiedenen Standpunkten ausgingen. Das Princip von Paulus muß maßgebend sein.

Der Beklagte, welcher sich unredlicherweise der Herausgabe der eingeklagten Sache entzieht, ist schlechthin zum Ersatz des Werthes der Zeit des Prozeßbeginnes verbunden. Er kann sich durch den Beweis befreien, daß der Schaden den Kläger auch bei rechtzeitiger Herausgabe getroffen hätte.<sup>12</sup> Hierzu muß er freilich auch darthun, daß der Kläger die Sache im Fall der Herausgabe nicht verkauft und damit den Schaden von sich abgewälzt hätte.<sup>13</sup>

Der redliche Besitzer steht nach dem Prozeßbeginn für Untergang und Verschlechterung der eingeklagten Sache ein, wenn er sie verschuldete. Denn nach der Klageerhebung muß er beachten, daß er möglicherweise in fremde Rechte eingreift. Dies verbindet ihn zur sorgfältigen Obhut der eingeklagten Sache.<sup>14</sup>

d) Früchte und sonstige Vortheile aus der Sache, — *omnis causa* — die der Beklagte nach dem Prozeßbeginn gewonnen hat, gebühren dem Kläger.<sup>15</sup>

Auch die nach dem Prozeßtermin gewinnbaren Früchte kann der Kläger in Anspruch nehmen; der unredliche Beklagte hat zu ersetzen, was der Kläger noch aus der Sache gewinnen konnte, der redliche, was er selbst nachlässigerweise versäumte.<sup>16</sup>

e) Prozeßzinsen, d. h. Zinsen der eingeklagten Summe für die Zeit der Dauer des Prozesses, sind dem Kläger zu erstatten.<sup>17</sup>

### § 155. Veräußerung des Streitobjectes.

Römische Kaisergesetze unterjagten Veräußerungsgeschäfte über das Streitobject während des Prozesses.<sup>12</sup> Solche Geschäfte galten als

12) l. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3, l. 12 § 3 D. depositi 16, 3.

13) vgl. l. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1, l. 14 § 1 D. depositi 16, 3.

14) l. 21 D. de rei vind. 6, 1.

15) l. 2 D. de usuris 22, 1.

16) Näheres unten bei der Eigenthumsklage.

17) Dies ist gemeine Gewohnheit. Das justinianische Recht ist bestritten. Eine Bestimmung, wonach allgemein Prozeßzinsen berechnet werden, findet sich hier nicht. Die l. 35 D. de usuris 22, 1 erkennt Prozeßzinsen bei *bonae fidei iudicia* an; die l. 35 D. eod. Paulus libro 57 ad edictum: *lite contestata usurae currunt* besagt nur, daß die Zinsen verzinslicher Obligationen auch nach der Litiscontestation fortlaufen. Nach älterem Rechte wurden bei der *actio certae pecuniae* Prozeßzinsen nicht berechnet. Dieser Satz ist im justinianischen Rechte nicht wiederholt, aber auch nicht ausdrücklich beseitigt. Bei der *condictio indebiti* werden geradezu Prozeßzinsen verworfen, l. 1 § 1 C. de cond. indebiti 4, 5. Nach heutigem Rechte haben aber alle Klagen die Natur von *bonae fidei actiones*. Es sind daher heutzutage allgemein Prozeßzinsen zuzuerkennen, selbst wenn man auf die Gewohnheit ein entscheidendes Gewicht nicht legen wollte.

1) Auch die Veräußerung vor dem Prozeß kann den Gegner verantwortlich

unlautere. Denn oft war ihre Absicht, die ungünstigen Chancen eines Prozesses durch Einschlebung mächtigerer Aufkäufer, welche die Richter beeinflussten, zu verbessern.

Zuerst verbot ein Edikt von Augustus dem Kläger den Verkauf der vindicirten italiischen Grundstücke während der Dauer des Prozesses. Der Verkauf war nichtig und mit öffentlicher Strafe bedroht.<sup>3</sup> Spätere Verordnungen untersagten die Veräußerung aller anhängigen dinglichen und persönlichen Klagen — *actiones litigiosae* — bei Strafe der Nichtigkeit.<sup>4</sup> Justinian erklärte auch für nichtig und strafbar die Veräußerung der mit der Eigenthumsklage vindicirten Sache durch den beklagten Besitzer.<sup>5</sup>

Die Nichtigkeit wirkte unter den Kontrahenten selbst; Käufer und Verkäufer waren also befugt, das Geschäft als ein verbotenes und unsittliches anzufechten. Sie hatte außerdem die Wirkung, daß die Veräußerung die Lage des Prozesses nicht berührte.

Nach der C.P.D. ist die Veräußerung der in Streit befangenen Sache, sowie die Cession eines eingeklagten Anspruches unter den Parteien rechtsgültig.<sup>6</sup> Aber sie ändert die Prozeßlage nicht. Daher ist der Rechtsstreit unter den ursprünglichen Parteien fortzuführen. Nur mit Einwilligung des Gegners kann der Erwerber als Hauptpartei in den Prozeß eintreten. Als Nebenintervenient — *socius litis* — darf er sich dagegen zur Wahrung seiner Interessen

machen. Der Besitzer einer Sache, welcher sie vor Anstrengung des Prozesses, der in Aussicht steht, veräußert, um dem Gegner einen lästigeren Beklagten entgegenzustellen, ist jenem auf das Interesse, z. B. wegen höherer Kosten, haftbar. Beispiele sind Veräußerung in eine fremde Provinz, an einen mächtigeren. Tit. Dig. de alienatione iudicii mutandi causa 4. 7. Da der Veräußerer in den bezüglichen Fällen meist auch der Vindikation unterliegt, weil er *dolo desit possidere* — vgl. aber l. 4 D. h. t. — so hat die Klage wegen alienatio iudicii mutandi causa wenig praktische Bedeutung. Siehe über diese Klage Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 561.

2) Ueber die römischen Veräußerungsverbote der *res litigiosa* vgl. Sachofen in seinen ausgewählten Lehren des Civilrechtes 1848 S. 57; Brinckmann, Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität, 1849; Friedenthal, de rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano, Berol. 1849.

3) fragmentum de jure fisci § 8. Nur das Verkaufsgeschäft als solches war nichtig. Dagegen war die auf Grund eines solchen Geschäftes erfolgte Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in jure cessio an sich rechtsbeständig. Es stand aber dem vindicirenden Erwerber die exceptio litigiosi entgegen. Gaj. Inst. IV § 117. — Verboten war auch *rem, de qua controversia est, in sacrum dedicare*. Daß dies Verbot in den 12 Tafeln stand, wie man meist annimmt, kann sicher nicht dadurch bewiesen werden, daß Gajus in seinem Kommentar zu den 12 Tafeln, l. 3 D. de litigiosis 44, 6, dasselbe erwähnte.

4) l. 3 C. de litigiosis 8, 36.

5) l. 5 C. eod. vom Jahre 532, nov. 112 cap. 1.

6) C.P.D. §§ 236 ff. Ueber die gemeinrechtliche Entwicklung siehe Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 S. 431, Bd. 36 S. 49.

beim Prozeß betheiligen. Das Urtheil lautet für und gegen die Prozeßpartei und ist für und gegen sie vollstreckbar, wie wenn sie nicht veräußert hätte. Aber auch gegen den Rechtsnachfolger ist dasselbe in Ansehung der Sache selbst wirksam und vollstreckbar.<sup>7</sup> War derselbe jedoch in gutem Glauben, so kommen ihm die Begünstigungen zu gute, welche das heutige Recht gutgläubigen Erwerbem angedeihen läßt.<sup>8</sup>

Eine besondere Bestimmung besteht für Prozesse über Rechte zu Gunsten oder zu Lasten eines Grundstückes. Der Besitzer des Grundstückes gilt hierbei wie dessen Vertreter. Daher ist der Grundstückserwerber befugt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, zu übernehmen.<sup>9</sup>

### III. Die Verhandlung der Streitsache.

#### § 156. Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß.

Das Prozeßverfahren ist nach der C.P.D. ein mündliches. Der Richter hat nur das mündlich verhandelte bei der Entscheidung des Rechtsstreites zu berücksichtigen.<sup>1</sup> In diesem Sinne sind die vorher gewechselten Schriften nur vorbereitend.<sup>2</sup>

Die Parteien haben dem Richter in der Verhandlung die Thatfachen vorzutragen und wo nöthig zu beweisen aus welchen sich ihre Anträge rechtfertigen. An eine bestimmte Reihenfolge sind sie hierbei nicht gebunden, wie dies im gemeinen Prozesse der Fall war. Die Verhandlung ist ihrer natürlichen Entwicklung überlassen. Jede Partei kann daher bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, vorbringen, was zur Sache gehört.<sup>3</sup> Sie kann ihre früheren, unvollständig gebliebenen Vorträge ergänzen und berichtigen.

Rechtsdeduktionen sind in der Verhandlung zulässig; sie können

7) Die C.P.D. § 236 Abs. 3 bestimmt nur: „Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.“ Ob sie auch dem Rechtsnachfolger zu gute kommt, ist daher bestritten. Dies ist aber folgerichtig anzunehmen.

8) C.P.D. § 238.

9) C.P.D. § 237.

1) C.P.D. § 119. Vgl. Wach, Vorträge S. 1 ff. Eine Anwendung macht R.G. Bd. 4 S. 379.

2) Dies gilt auch für die Klageschrift. Ueber ihre besondere Funktion der Feststellung der Streitsache siehe oben § 152.

3) C.P.D. § 251.

nützlich sein. Sie sind aber nicht unerläßlich, denn der Richter beurtheilt das beigebrachte Thatfachenmaterial selbständig.

Oft spricht man von einer Anführungs- und Beweispflicht und insbesondere von einer Defensionspflicht des Beklagten. Es handelt sich hierbei aber nicht um Verpflichtungen dem Gegner oder dem Staate gegenüber. Vielmehr werden nur die Bedingungen bezeichnet, unter welchen der Prozeß zu einem für die Betheiligten günstigen Ausgange geführt werden kann. Dies ist bezüglich der Anführungs- und Beweispflicht des Klägers unbestritten. Dagegen nehmen viele Schriftsteller an, daß dem Beklagten eine wahre Pflicht zur Einlassung in den Prozeß obliege.

Eine solche Pflicht bestand in der That nach dem römischen Prozeßsystem. Dies forderte zur Konstituierung des Rechtsstreites die Mitwirkung des Beklagten, machte sie folgerecht zur Pflicht und erzwang sie durch Strafandrohungen.<sup>4</sup> Dagegen geht der heutige Prozeß seinen Gang auch wenn der Beklagte nicht Theil nimmt. Der Beklagte schädigt durch sein Nichterscheinen niemanden als sich selbst.

Erscheint er im Termine zur Verhandlung über die Klage nicht oder verhandelt er nicht, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden zu erachten. Rechtfertigt dasselbe den Klageantrag, so ergeht ein Verjämnißurtheil. Gegen dasselbe ist binnen 2 Wochen von der Zustellung ein Einspruch zulässig, welcher den Prozeß in die Lage vor dem Eintritt der Verjämung zurückversetzt. Erfolgt kein Einspruch, so wird es rechtskräftig.<sup>5</sup>

Dies sind zweckentsprechende Prozeßeinrichtungen, welche die Rechtsverfolgung sichern. Um Bestrafung einer Pflichtverjämniß des Beklagten handelt es sich hierbei dagegen nicht. Der Beklagte, welcher das eingeklagte schuldet, erleidet keinen Nachtheil; nur wer nichts schuldete, wird getroffen. Vom Standpunkt einer Strafe aus wäre es unbegreiflich, die Verjämniß der Einlassung durch den Nichtschuldner zu ahnden, während der Schuldner straflos bleibt.<sup>6</sup>

### § 157. Der Klagevortrag.<sup>1</sup>

Der Kläger hat dem Gerichte die Thatfachen vollständig vorzutragen, aus welchen sich der Klageantrag rechtfertigt. Hierin liegt

4) Vgl. oben § 128 Anm. 2.

5) C.P.O. §§ 295 ff.

6) Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 1 ff. „civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten“ hat zuerst die richtige Ansicht vertreten. Hauptgegner ist Wach, Präklusion und Kontumaz in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 130.

die Substantiirung seines Klagevortrages. In der Regel hat man die Thatsachen auch zu beweisen, die man vorbringen mußte.

Der Kläger muß keineswegs alle positiven und negativen Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes des Rechtes begründen, welches er in Anspruch nimmt. Damit wäre ein Ende nicht zu finden. Vielmehr genügt regelrecht die Erzählung der Thatsachen, welche die wirkende Thatsache — *causa efficiens* — seines Rechtes bilden.<sup>2</sup> Man nennt diese Thatsachen die rechtsbegründenden. Hierher gehören auch diejenigen Thatsachen, welche die Legitimation zur Sache herstellen.<sup>3</sup>

Es ist Sache des Beklagten, die rechtshindernden Thatsachen darzulegen, d. h. diejenigen, aus welchen sich ergibt, daß jene Ursache ihre regelmäßige Wirkung nicht hatte. Als rechtshindernd gelten anerkannter Weise Mängel des ernststen Willens beim Geschäftschluß, z. B. Irrthum, Simulation, ferner Verkehrsunfähigkeit des Objectes. Bestritten ist, ob die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Kontrahenten, insbesondere die Volljährigkeit vom Kläger darzuthun ist, welcher sich auf einen Kontrakt beruft. Aber zu den rechtsbegründenden Thatsachen sind diese Umstände nicht zu zählen. Wir haben daher den Beweis der Handlungsunfähigkeit als rechtshindernd dem Beklagten aufzulegen.

Es ist ferner Sache des Beklagten, rechtsaufhebende Thatsachen, z. B. die Zahlung, sowie Exceptionen anzuführen.

Ist die Darstellung der Thatsache eine unklare oder unvollständige und unschlüssige, so hat das Gericht durch Fragen auf die Erläuterung und Ergänzung hinzuwirken.<sup>4</sup>

Bleibt dies erfolglos, so ist die Klage selbstverständlich abzuweisen. Wird die Klage erneut, und zwar in vollständiger und schlüssiger Weise, so steht ihr die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen. Denn über den jetzt vorgebrachten thatsächlichen Klagegrund wurde im früheren Prozesse nicht erkannt. Um diese Tragweite des Urtheiles über die unschlüssige Klage deutlich zu machen, pflegt man die Abweisung unter der Formel „angebrachtermaßen“ oder „in der angebrachten Art“ vorzunehmen.<sup>5</sup>

1) Wächter, würt. Pr. Recht Bd. 2 S. 433; Unger, östr. Pr. Recht Bd. 2 S. 450.

2) Weßell, Civilprozeß § 15, § 16.

3) Vgl. hierüber oben § 152.

4) C. P. D. § 130.

5) Abweisung angebrachtermaßen erfolgte durch das R. G. Bd. 2 S. 243, sie wird auch R. G. Bd. 5 S. 122 erwähnt, aber R. G. Bd. 6 S. 356 hat sie verworfen,

## § 158. Bertheidigung.

Bertheidigung ist Bekämpfung des Klageantrages. Sie geschieht theils durch Negation, theils durch Einreden.

## 1. Die Bertheidigung durch Negation besteht

a) in der Bestreitung der Klagehatfsachen. Thatfsachen, welche der Gegner nicht ausdrücklich bestreitet,<sup>1</sup> gelten als zugestanden; bestrittene Klagehatfsachen hat der sie anführende zu beweisen, Thatfsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises, die Anführung von Thatfsachen, deren Unrichtigkeit beim Gerichte offenkundig ist, die z. B. unmöglich sind, hat der Richter nicht zu beachten.

b) Der Beklagte kann die rechtliche Begründung der Klage in Abrede stellen, also namentlich den Rechtsatz bekämpfen, welchen Kläger für sich geltend macht. Sowenig aber der Kläger die Rechtsnorm, aus der er seine Anträge ableitet, anführen muß, so wenig hat sie der Beklagte ausdrücklich zu bestreiten. Es handelt sich um Erwägungen, die der Richter von Amtswegen anzustellen hat. Die Partei kann es in ihrem Interesse finden, ihn hierbei zu unterstützen; rechtlich nothwendig ist dies nicht.

2. Der Beklagte kann den Klagehatfsachen selbständige Thatfsachen entgegenstellen, durch welche er den Klageantrag bekämpft. Derartige selbständige Thatfsachen, die der Bertheidigung des Beklagten dienen, nennt man Einreden. Sie sind doppelter Art:

a) rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatfsachen, aus denen sich ergibt, daß das Recht des Klagens nicht besteht.

Der Richter hat solche Thatfsachen auch zu berücksichtigen, wenn sie der Beklagte nicht geltend macht, falls sie der Kläger unvorsichtigerweise selbst anführt oder sie aus den vorgelegten Beweisurkunden erhellen.

b) Der Beklagte kann sich auch auf eine Exception im eigentlichen Sinne berufen, d. h. auf ein selbständiges Recht der Abwehr des Klagerrechtes. Der Richter darf Exceptionen nur berücksichtigen, wenn sie der Beklagte geltend macht.<sup>2</sup>

Einrede ist der weitere Begriff. Ihr Kriterium ist ein prozessualisches. Die Exception ist eine Unterart der Einrede.

weil durch das richterliche Fragerecht zu ermitteln sei, ob eine gehörige Substanti-  
 irung möglich sei oder nicht. Dies ist nicht zutreffend. Die Meinungen der Schrift-  
 steller sind sehr getheilt, vgl. Westerburg in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 186 ff.;  
 Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichtes Heft 1 S. 22.

1) C.P.D. § 129.

2) vgl. oben § 137.

Der Beklagte kann alle Vertheidigungsmittel neben einander geltend machen, sofern sie nicht im gegebenen Falle in directen Widerspruch mit einander treten.

§ 159. Die Beweislast.<sup>1</sup>

Was man zu beweisen hat, um im Prozesse zu siegen, bildet die Beweislast — *onus probandi*.

In der Regel hat der Kläger die bestrittenen rechtsbegründenden Thatfachen zu beweisen,<sup>2</sup> der Beklagte bestrittene Einredethatsachen<sup>3</sup> und wiederum der Kläger Replikcn, der Beklagte Duplikcn.

Diese Regel ist keine ausnahmslose. Eine mechanische Handhabung derselben führt zu Härten und Mißgriffen. Erwägungen der Billigkeit und der praktischen Erfahrung fallen vielmehr bei der Normirung der Beweislast entschieden in das Gewicht.<sup>4</sup>

Wird durch vertragswidriges Verhalten des einen der Kontrahenten eines Vertrages dem anderen die Führung eines Beweises wesentlich erschwert oder unthunlich gemacht, so tritt zur Ausgleichung Befreiung des Verletzten von der Beweislast ein.<sup>5</sup>

Ueber das, was wir wissen müssen und worüber wir leicht Auskunft geben können, z. B. über den Betrag unseres Vermögens, vom Gegner Beweis zu verlangen, widerspricht der Loyalität und den Zwecken des Prozesses.<sup>6</sup> Daher ist z. B. der Besitzer einer Erbschaft verpflichtet, dem Erbschaftskläger ein Verzeichniß der in Besitz genommenen Objekte vorzulegen.<sup>7</sup>

1) Tit. Dig. de probationibus et praesumptionibus 22, 3. Tit. Cod. de prob. 4, 19. A. D. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, 3. Auflage 1845; Bethmann-Hollweg, Versuche 1827 n. 5 S. 319; H. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislast 1858; Langenbeck, Beweisführung 1869; Magen über Beweislast 1861; Brindmann, die Begründung der Klagen des Reichsrechtes und gemeinen Rechtes 1883, 2 Bde.

2) Sprüchwörtlich ist der Satz: *actore non probante reus absolvitur*, l. 4 C. de edendo 2, 1, l. 23 C. de prob. 4, 19, l. 2 C. de rei vind. 3, 32, R.G. Bd. 7 S. 46.

3) Hiernach pflegt man zu sagen: *reus in exceptionibus fit actor*, l. 19 pr. D. de prob. 22, 3.

4) Vgl. l. 12 D. h. t. 22, 3, l. 19 C. de prob. 4, 19.

5) R.D.S.G. Bd. 21 S. 260.

6) Die Verpflichtung von Ascendenten und Descendenten zur Reichung von Alimcnten ist unter anderem durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bedingt. Aber es ist um deswillen nicht richtig, wie R.G. Bd. 4 S. 154 annimmt, daß der Alimcntenkläger die Leistungsfähigkeit des Beklagten zu beweisen habe. Dieser kann und muß vielmehr über sein Vermögen und Einkommen Auskunft geben. Unnatürlich und unbillig ist es, wenn dem Kläger nähere Angaben und Beweise über derartige Verhältnisse des Beklagten zugemuthet werden.

7) R.G. Bd. 8 S. 164.

Die ältere Doktrin lehrte, negative Behauptungen habe man nicht zu beweisen. Die neueren Schriftsteller verwerfen dies schlechtweg. Sie gehen hiermit unseres Erachtens zu weit.<sup>8</sup> Richtig ist, daß negative Behauptungen, die sich durch bestimmte positive Thatfachen begründen lassen, von dem zu beweisen sind, welcher sie anzuführen hat.<sup>9</sup> Es muß daher der Kläger mit der *condictio indebiti* die Nichtexistenz der gezahlten Schuld nachweisen;<sup>10</sup> er hat zu diesem Zwecke darzuthun, auf welche vermeintliche Schuld er gezahlt hat, und diejenigen Thatfachen darzuthun, aus welchen sich deren Nichtexistenz ergibt, z. B. Mängel der Begründung, Tilgung durch frühere Zahlung. Negationen dagegen, welche sich nicht in bestimmte Thatfachen umsetzen lassen, sind in der Regel nicht zu beweisen. Es ist insbesondere ungerechtfertigt, vom Darlehensgläubiger, welcher für den Fall nichtpünktlicher Berichtigung der Zinsen das Recht der Kündigung des Kapitals hat und hiervon Gebrauch macht, den Beweis der Nichtberichtigung der Zinsen, oder vom Vermiether, welcher das Recht der Cession des Miethers bei Nichtzahlung des Miethzinses hat, den Beweis dieser Nichtzahlung zu verlangen. Ein solcher Beweis läßt sich in der Regel nicht führen. Den Gläubiger zu nöthigen, zuvörderst die Zinsen einzuklagen, weil dabei dem Beklagten der Beweis der Zahlung des geschuldeten obliegt, und erst nach rechtskräftiger Verurtheilung auf Zinsenzahlung die Kündigungs- oder Cessionsklage anzustellen, ist unberechtigter Formalismus.

Die Beweislast wird nicht selten durch Rechtsvermuthungen — *praesumptiones juris* — beeinflusst.<sup>11</sup> Durch die Rechtsvermuthung weist das Gesetz den Richter an, eine Thatfache im Falle des Feststehens gewisser anderer Thatfachen als erwiesen zu betrachten. Der Gegenpartei steht der Gegenbeweis frei.<sup>12</sup> Es giebt außerdem unwider-

8) Altüberkommene Beweisregel war: *negativa non sunt probanda*. Sie wurde von Weber a. a. O. §§ 9 ff. und Bethmann-Hollweg, *Veriuche* n. 5 S. 324 ff. bekämpft und ist seitdem fast verdrängt. Die Quellen sind jedoch der Regel günstig. l. 2 D. de prob. 22, 3, Paulus libro 69 ad edictum: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, erklärt man freilich so, daß wer ein Recht geltend mache, zu beweisen habe. Mag dies auch richtig sein, so gehen die Aeußerungen von Diokletian sicher davon aus, daß negative Thatfachen nicht beweisbar seien, l. 23 C. de prob. 4, 19 . . . „*cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*, l. 10 C. de non numerata pecunia 4, 30 . . . *negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est*.

9) Vgl. l. 5, l. 8 D. de prob. 22, 3.

10) l. 25 pr. D. de prob. 22, 3.

11) Burchard, die civilistischen Präsumtionen 1866.

12) Vgl. z. B. C.P.O. § 153 Abs. 2, § 402, § 405.

legliche Vermuthungen — *praesumptiones juris et de jure*<sup>13</sup> —, bei welchen ein Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Der gesetzliche Schluß ist dann ein zwingender.

Durch welche Mittel Beweise geführt werden, ist im Prozeßrecht zu zeigen. Im gemeinen Prozeß bestanden allgemeine Regeln, nach welchen der Richter die vorgebrachten Beweise abzuschätzen hatte. Gemäß der C.P.D. würdigt aber der Richter die Beweise nach seiner Ueberzeugung.

Die hauptsächlichsten Beweismittel sind: richterlicher Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid. Außergerichtliche Geständnisse und Indicien bilden Unterlagen des Urtheiles, sind aber selbst Gegenstand des Beweises, nicht Beweismittel.<sup>14</sup>

Unterlage des Urtheiles kann auch die unvordenkliche Zeit bilden.

### § 160. Die unvordenkliche Zeit.<sup>1</sup>

Was seit Menschengedenken wie ein Recht bestand, gilt als rechtmäßig begründet. Es hat die Gewähr der unvordenklichen Zeit oder, wie man auch sagt, der unvordenklichen Verjährung — *praescriptio immemorialis*.

In Rom sicherte die unvordenkliche Zeit gewisse Verhältnisse des Grundeigenthums, die aus uralten Zeiten, zum Theil der ersten Ansiedelung, stammten und deren ursprüngliche Begründungstitel verschollen waren. Es waren dies öffentliche Wege,<sup>2</sup> ferner Anlagen, welche die Wasserläufe regelten,<sup>3</sup> endlich Wasserleitungen.<sup>4</sup> Die gemeinrechtliche Praxis läßt, gestützt auf kanonisches Recht und deutsche Rechtsanschauung, allen unvordenklichen, einer rechtlichen Fixirung fähigen Zuständen Schutz angedeihen.<sup>5</sup> Positive Rechte und Befrei-

13) Vgl. S.G.B. Art. 274 Abs. 2.

14) Vgl. C.P.D. §§ 255 ff. Die Litteratur über die Beweismittel siehe bei Seuffert, C.P.D. § 255.

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen 1828 Bd. 2 S. 3 ff.; P. H. J. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1835; Arndts Beiträge I. 3 — civ. Schriften I. 8; Savigny Bd. 4 S. 480; A. Schmidt, civ. Abh. S. 169; Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1843, Leonhard, Gutachten des deutschen Juristentages 1882 Bd. 1 n. 12.

2) l. 3 pr. D. locis et itin. publ. 43, 7.

3) l. 1 § 23 D. de aqua pluvia 39, 3, l. 2 pr. D. eod.; Burdhard, die a. aquae pluviae arcendae 1881 S. 362.

4) l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43, 20, l. 26 D. de a. aquae pluviae 39, 3.

5) Savigny S. 510 behauptete, die unvordenkliche Zeit komme nur in Betracht bei Verhältnissen publicistischen Charakters. Aber dieser Gesichtspunkt ist nicht einmal für das römische Recht schlechthin entscheidend. Gemeinrechtlich hat unser Institut zweifelsohne eine viel weiter gehende Anwendung.

ungen von Rechten, Zustände des Grundeigenthums und obligatorische Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, Befugnisse rein privatrechtlicher Natur und solche publicistischer Art, z. B. Steuerbefreiungen, finden daher ihre Gewähr in der Unvordenklichkeit. Sie ersetzen den Nachweis von Privilegien wie von privaten Titeln.

Die Unvordenklichkeit ergänzt hiernach die einzelnen Arten der Verjährung.

Es ist ein doppeltes Moment erfordert, nämlich ein positives und ein negatives.

a) Es muß positiv feststehen, daß der Zustand seit sehr langer Zeit ununterbrochen dauerte.<sup>6</sup> Die Praxis fordert hierfür 40 Jahre.

b) Es ist negativ zu erweisen, daß keine sichere Kunde von einem anderen Zustande im menschlichen Gedächtnisse lebt.<sup>7</sup>

Dies läßt sich direkt nur darthun durch Zeugen. Sie müssen bereits vor 40 Jahren von dem fraglichen Verhältnisse Kunde gehabt haben und bezeugen, einmal, daß der Zustand mindestens 40 Jahre stetig dauerte, und zweitens, daß sie von einem anderen Zustande aus der früheren Zeit nichts wissen, auch nichts darüber von den Vorfahren gehört haben.<sup>8</sup>

Nach rationeller Praxis haben Urkunden, welche das Bestehen des Zustandes durch zwei Generationen darthun, die gleiche Bedeutung wie solche Aussagen.

Die Uebung muß die eines Rechtes gewesen sein. Sie darf namentlich nicht in einer bloße Vergünstigung, in Nachgiebigkeit, Nachlässigkeit ihren Grund gehabt haben. Bilden entsprechende Zustände allgemein oder lokal der Regel nach Gerechtfame, so ist der Rechtscharakter der Uebung anzunehmen, sonst hat ihn der Präskriptent zu erweisen.

Thatfachen, aus denen eine unrechtmäßige Entstehung erhellt, entkräften die Unvordenklichkeit. Reichen sie in die Zeit vor zwei Gene-

6) Es ist „vetustas“ erfordert. Aber nicht überall, wo die Autorität der vetustas angerufen wird, ist von unvordenklicher Verjährung die Rede, vgl. Schmidt a. a. D.

7) l. 28 D. de probationibus 22, 3. Labeo libro 7 pithanon a Paulo epitomatorum. Paulus... cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fieret neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter susum versum accidit, cum memoria operis facti non extaret.

8) Nicht bloß, was die Zeugen selbst von ihren Vorfahren hörten, sondern auch was diese von den Vorfahren vernahmen und weiter den Zeugen berichteten, kommt in Betracht, l. 28 D. de prob. cit., doch ist dies bestritten, vgl. Savigny S. 535. Was über zwei Generationen hinausliegt, ist nur zu beachten, falls der ununterbrochene Zusammenhang mit dem jetzigen Zustande feststeht. Dies ist innerlich berechtigt und entspricht der Jurisprudenz.

rationen hinauf, so sind sie nur dann zu beachten, wenn sich der spätere Zustand nachweisbar fortgesetzt auf jenen Anfang gründete.

Streitfrage ist, ob die Unvordenklichkeit als wahre Verjährung oder als Vermuthung dereinstiger rechtmäßiger Entstehung aufzufassen ist. Das letztere ist das richtige. Das Recht gilt als altbegründet, nicht als jetzt geschaffen. Unvordenklicher Adel z. B. ist alt, nicht neuesten Datums.<sup>9</sup>

Daher giebt die unvordenkliche Zeit auch Rechten Schutz, die derzeit nicht mehr begründbar wären, wenn sie nur in alten Zeiten legal in das Leben treten konnten. Gerechtfame, welche das jetzige Recht absolut ausschließt, finden aber auch in der Unvordenklichkeit keinen Schutz.

#### IV. Das Urtheil über die Streitsache.

##### § 161. Formelle und materielle Rechtskraft.

Ziel und normales Ende des Prozesses ist das rechtskräftige Urtheil.

Man unterscheidet formelle und materielle Rechtskraft. Formell rechtskräftig ist das Urtheil, wenn es den anhängigen Prozeß endgültig schließt. Es muß sich auf die anhängige Streitsache selbst beziehen und es darf nicht mehr durch Rechtsmittel anfechtbar sein, welche an eine Frist gebunden sind und die Fortsetzung des Prozesses vermitteln.<sup>1</sup> Diese Rechtsmittel sind nach der C.P.D. die Berufung sowie die Revision an das Reichsgericht,<sup>2</sup> bei Versäumnisurtheilen der Einspruch. Der Eintritt der Rechtskraft wird nicht gehindert durch die Möglichkeit einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage oder einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Rechtsmittelfrist. Auf diesem Wege kann aber die Beseitigung des rechtskräftigen Urtheiles erzielt werden.

Die formelle Rechtskraft ist Vorbedingung der materiellen.<sup>3</sup>

9) Die Gegner legen Gewicht darauf, daß das kanonische Recht die Unvordenklichkeit als „*praescriptio*“ bezeichnet, l. 1 de praescr. in 6<sup>to</sup> 2, 13, und daß die Reichsgesetze von unvordenklicher „Verjährung“ reden. So z. B. Windscheid Bd. 1 § 113 Anm. 4. Es hat dies aber wenig zu bedeuten, da man „*praescriptio*“ und „Verjährung“ in sehr weitem Sinne zu gebrauchen pflegte. Eine wahre Verjährung nehmen an Unterholzner, Pfeiffer Bd. 2 S. 80, Windscheid a. a. D. Anm. 4. Für eine Vermuthung erklärten sich die meisten Schriftsteller des vorigen und jetzigen Jahrhunderts, vgl. die bei Leonhard a. a. D. S. 272 citirten.

1) C.P.D. § 645.

2) Vgl. R.G. Bd. 6 S. 381.

3) Die Litteratur über die Rechtskraft des Urtheils ist besonders reich. Ein-

Sie ist die Eigenschaft des Urtheiles, wonach sein Inhalt unter den Parteien Recht ist.

Das Urtheil bezweckt — wenigstens in der Mehrzahl der Fälle — nicht neues Recht zu begründen.<sup>4</sup> Es bildet daher keinen Erwerbstitel, wenn der Richter das Eigenthum des Klägers anerkennt. Das Urtheil ist authentische Deklaration des bestehenden Rechtes.

Demgemäß gilt es als das Recht, welches unter den Parteien bestand.<sup>5</sup> Allerdings kommt vor, daß dies nicht zutrifft, daß es dem wirklich vorhandenen — dem materiellen — Rechte nicht entspricht. Häufig fehlen den Parteien die Beweise für ihr Recht; nicht selten führen sie ihre Sache schlecht; es kann auch der Richter in der Beurtheilung irren. Dies alles kommt aber für den Staat nicht mehr in Betracht. Er hat den Parteien das Verfahren eröffnet, um ihre Rechte zu wahren; er gab ihnen Gelegenheit, die Sache mehrfach gerichtlich prüfen zu lassen. Für ihn ist sie durch das rechtskräftige Erkenntniß erledigt. Daß die Rechte zur Unanfechtbarkeit durch gerichtliches Erkenntniß gelangen können, ist von höchster Bedeutung für die bürgerliche Gesellschaft. Dieser Vortheil läßt sich aber nur dadurch erkaufen, daß unter Umständen auch ein unrichtiger Spruch unanfechtbar wird.

Das Erkenntniß giebt dem bestehenden Rechte Klarstellung — Liquidität. Dasselbe erhält hiermit eine neue höchst wichtige Eigenschaft.

Das verurtheilende rechtskräftige Erkenntniß verleiht dem Rechte des Klägers noch andere Eigenschaften. Es begründet die Vollstreckbarkeit.<sup>6 7</sup> Auch werden durch die rechtskräftige Verurtheilung an und

---

gehend behandelt diese Lehre Savigny Bd. 6 S. 267 ff. Vgl. auch die dort angeführten Schriften; des weiteren Pfeiffer, im Archiv für civ. Praxis Bd. 37 n. 4 und n. 10; Bekker, die prozessualische Konsumtion 1853; Krüger, prozessualische Konsumtion 1864; Mümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae 1875. Seit Inkrafttreten der C.P.O. sind erschienen Freudenstein, die Rechtskraft 1881; Klöppel, die Einrede der Rechtskraft 1882.

4) l. 8 § 4 D. si servitus vind. 8, 5, Ulpianus libro 17 ad edictum... per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. Es giebt Urtheile, welche den Zweck haben, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, z. B. die über Theilungsklagen, ferner Ehescheidungsklagen; dies sind besondere Fälle.

5) l. 25 D. de statu hominum 1, 5, Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papianam... res judicata pro veritate accipitur. Savigny S. 261 bezeichnet die Rechtskraft als „Fiktion der Wahrheit“, eine Formel, die freilich nicht glücklich ist, denn Wahrheit und Fiktion stehen in unversöhnlichem Gegensatz. Vgl. Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 95; Klöppel a. a. D. S. 61.

6) C.P.O. § 641.

7) Die Römer sprechen von einer obligatio, quae ex causa judicati descendit. l. 4 § 7 D. de re judicata 42, 1, von judicati actio l. 4 § 2 D. cit.

für sich unverzinsliche Ansprüche verzinslich.<sup>8</sup> Kurz verjährbare Rechte ferner unterliegen nach der Verurtheilung der Verjährung von 30 Jahren.

Verurtheilende wie absolutorische Erkenntnisse begründen weiter die exceptio rei judicatae.

### § 162. Die exceptio rei judicatae.

Man unterscheidet eine negative und eine positive Funktion der exceptio rei judicatae.<sup>1</sup> In ihrer negativen Funktion beruft sie sich auf das Dasein eines früheren Urtheiles über die Sache, um die Erneuerung des Streites auszuschließen; in ihrer positiven Funktion bringt sie den Inhalt des früheren Urtheiles zur Geltung.

Die römische exceptio rei judicatae sollte der Wiederholung des Streites begegnen, sie war grundsätzlich negativer Funktion.

Die Römer gingen von dem Principe aus, daß über dieselbe Streitsache nicht zweimal gestritten werden solle. Die einmal angestellte Klage verbrauchte — konsumirte — den eingeklagten Rechtsanspruch. Er war im Anspruch auf Verurtheilung des Beklagten im anhängigen Prozesse aufgegangen. Siegte der Kläger, so hatte er die actio judicati und bedurfte einer Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechte in der Regel nicht mehr; war er abgewiesen, so sollte die Abweisung eine endgültige sein.<sup>2</sup> Dementsprechend lautete die exceptio rei judicatae zur Zeit des Formularprozesses: *si ea res q. d. a. judicata vel in iudicium deducta non est inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>*. Im Grunde schnitt schon die Litiskonfestation — *res in iudicium*

8) l. 3 C. de usuris rei judicatae 7, 54, l. 13 C. de us. de naut. 4, 32. Gemäß dem justinianischen Rechte hatte der Beklagte nach dem Urtheil 4 Monate lang keine Zinsen zu zahlen, später liefen 12%. Windscheid § 129 Anm. 5<sup>a</sup> sieht hierin praktisches Recht, die Praxis weiß hiervon aber nichts, Savigny Bd. 6 S. 412, vgl. auch Einführungsgesetz zur C.P.D. § 14 Ziff. 4.

1) Diese Ausdrücke hat Keller in „Litiskonfestation und Urtheil“ gewählt, und sie sind eingebürgert. Keller hebt S. 223 hervor: „Wenn wir von verschiedenen Funktionen der exc. rei judicatae sprechen, so kann dies natürlich nicht in Beziehung auf die endliche Wirkung, den Erfolg der Klage gemeint sein, denn dieser ist bei allen Exceptionen immer derselbe, nämlich Abweisung der Klage; wohl aber kann eine bestimmte Exception bald aus diesem, bald aus jenem Grunde ertheilt werden — also bald bloß zum Zweck der Zerstörung, der Konsumtion, bald zur Geltendmachung des positiven Inhaltes des Urtheiles.“

2) Alter Rechtspruch war: *bis de eadem re ne sit actio*, vgl. Bekker, Konsumtion § 4; Krüger, Konsumtion § 1. Die *legis actiones* konsumirten hiernach den früheren Anspruch ipso jure; in der Zeit des Formularprozesses trat die Konsumtion nur bei den *actiones in personam legitimo iudicio ipso jure* ein, bei anderen Klagen aber *ope exceptionis*, Gaj. Inst. III § 180, IV § 106.

deducta — jede Erneuerung der Klage ab. Die Berufung auf die Aburtheilung war streng juristisch nicht einmal nothwendig. Indessen praktisch stützte sich der Beklagte, wenn die Sache einmal abgeurtheilt war, lieber auf das Urtheil, dessen Urkunde sich auch ohne Zweifel länger erhält, als andere Prozeßschriftstücke. Berufung auf das Urtheil war nothwendig, falls die Sache nicht eingeklagt und dennoch abgeurtheilt war, z. B. wenn der Richter eine vom Beklagten zur Kompensation vorgeschützte Gegenforderung als nichtexistirend zurückgewiesen hatte.<sup>3</sup>

Im justinianischen Rechte geschah die Konsumtion nicht mehr durch die Litiskontestation, sie ist hier nur Folge des Urtheiles. Von der *res in iudicium deducta* ist hier also nicht mehr die Rede.

Man streitet darüber, ob die *exceptio rei judicatae* neben ihrer negativen Funktion im römischen Rechte auch eine positive annahm, ob sie also einen Doppelcharakter gewann?<sup>4</sup> Grundsätzlich blieb sie Organ der Konsumtion, aber in Einzelfällen hat man dem praktischen Bedürfniß und der Billigkeit nachgegeben und den Inhalt des früheren Urtheiles zur Geltung gebracht. Hiernach milderte man einerseits Härten, die sich aus der negativen Funktion der *exceptio rei judicatae* ergaben,<sup>5</sup> und gewährte die *exceptio* andererseits auch in Fällen, in welchen es sich nicht einfach um die Wiederholung der alten Klage handelte.<sup>6</sup>

Die Hauptfrage war, wann liegt Identität der Streitfachen — *eadem res* — vor?

3) Keller, Litiskontestation S. 209, und auch die späteren Schriftsteller nahmen an, es habe zwei Exceptionen gegeben, nämlich *rei in iudicium deductae* und *rei judicatae*. Mit Recht hat aber Lenel, *edictum perpetuum* S. 404, bemerkt, daß Gajus stets nur von einer *exceptio* zu melden weiß, vgl. Gaj. Inst. III § 181, IV §§ 106, 107, 121.

4) Keller, Litiskontestation §§ 28 ff., vertheidigte die Ansicht, daß die *exceptio rei judicatae* die beiden Funktionen im klassischen Rechte vereinigte. So auch Savigny Bd. 6 S. 20 ff. Dagegen hat Bekker, die prozessualische Konsumtion 1833, ausgeführt, daß die *exceptio rei judicatae* nur eine negative Funktion im römischen Rechte gehabt habe, vgl. auch Dernburg, Heidelberg. krit. Zeitschrift Bd. 2 S. 347, Preuß. Pr. Recht Bd. 1 § 136; Brinz Bd. 1 S. 319. Andererseits siehe Windscheid, *actio* § 10; Krüger S. 136; Rümelin a. a. O.

5) Die allgemeine Betrachtung von Paulus, libro 70 ad edictum, l. 6 D. de exc. rei jud. 44, 2, ruht auf der Idee der Konsumtion: *Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est. Ob parere hier gleich apparere, d. h. sie kommt oft zum Vorschein, steht, oder parere heißt, d. h. es wird eine *exceptio* erzeugt, ist bestritten.*

6) Restitution erwähnt l. 2. l. 11 pr. D. de exc. rei jud. 44, 2. Replikation l. 24 D. cit. Eingehende Untersuchungen in dieser Hinsicht giebt Keller a. a. O. §§ 57 ff.

Zunächst hielt man sich an die Identität der actio. War dasselbe Objekt früher eingeklagt und zwar mit der gleichen Klage, so schien eadem res mit Händen zu greifen. Aber daß dies nicht ausreichte, muß früh klar geworden sein. Denn nach der Entwicklung des Aktionensystems wurde es möglich, daß derselbe Anspruch durch verschiedene Klagen zur Geltung gebracht werden konnte. Andererseits war häufig für ganz verschiedene Ansprüche die actio gleichlautend.<sup>7</sup>

Julian sprach hiernach aus, nicht auf die Identität der actio komme es an; entscheidend sei, ob dieselbe Frage — quaestio — Gegenstand des späteren Prozesses wie des früheren sei;<sup>8</sup> er meinte damit, ob im wesentlichen dasselbe Rechtsverhältniß zum zweitenmal zur Sprache komme. Eine präcise Formulirung dessen, was er unter der „gleichen Frage“ denkt, hat er indessen nicht versucht. Die allgemeine Wendung ließ die Sache im dunkeln. Spätere erklärten, es müsse sich um dasselbe Recht und um dasselbe Objekt handeln.<sup>9</sup> Im einzelnen folgte man einem gewissen praktischen Gefühl, an Streitfragen fehlte es nicht.

Uebereinstimmend unterschied man zwischen dinglichen und persönlichen Klagen.

a) Bei den dinglichen Klagen legte man das Hauptgewicht auf die Identität des Streitobjectes und der Klage.<sup>10</sup> Die Verschiedenheit des Erwerbgrundes wurde nicht in Betracht gezogen.<sup>11</sup>

Wenn aber der früher abgewiesene Eigenthumskläger später das Eigenthum erwarb, so konnte er, gestützt auf den neuen Erwerbgrund, die früher vindicirte Sache wiederum vindiciren.<sup>12</sup> War ferner der Eigenthumskläger abgewiesen, weil der Beklagte nicht besaß, so konnte

7) Vgl. l. 8, l. 11 § 3, l. 26 § 1 D. h. t. 44, 2.

8) l. 3 D. h. t. 44, 2, l. 7 § 4 D. eod., vgl. auch l. 30 D. eod. Es handelte sich für Julian vorzugsweise darum, daß es auf dasselbe genus iudicii nicht ankomme; es genüge, meint er, daß in den beiden Prozessen um dieselbe Frage gestritten werde. Eine grundsätzliche Anerkennung der positiven Funktion der Rechtskraft, die namentlich Savigny S. 417 ff. hier sucht, ist unseres Ermessens in Julians Ausspruch nicht zu finden. Derselbe ist nur nach der negativen Seite bestimmt; positiv giebt seine Antwort wenig. Denn das ist eben die Frage, wann man anzunehmen hat, es handle sich in beiden Prozessen um dieselbe Frage.

9) l. 12 D. h. t. Paulus libro 70 ad edictum. Cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit, l. 13 Ulpianus libro 75 ad edictum: quantitas eadem, idem jus.

10) Vgl. hierüber namentlich l. 7 D. h. t. 44, 2.

11) l. 11 pr. § 1, § 5 D. h. t. 44, 2, l. 30 pr. D. eod.

12) l. 11 § 4 D. h. t. 44, 2

er auf das neue vindiciren, wenn dieser später den Besitz der Sache erlangte.<sup>13</sup>

Hatte endlich der Kläger *expressa causa* vindicirt und war abgewiesen, so durfte er die Vindikation, gestützt auf andere Erwerbgründe, erneuen.<sup>14</sup>

b) Die Identität der persönlichen Klagen bemasß man an erster Stelle nach der Identität des Entstehungsgrundes — der *causa*.<sup>15</sup> Auch dasselbe Klageobjekt sollte vorhanden sein; allzu genau nahm man es mit der Identität des Objectes nicht.<sup>16</sup>

### § 163. Die Rechtskraft nach Reichsrecht.

Die römischen Rechtsätze über die *exceptio rei judicatae* konnten in ihrer Totalität und ihrem Geiste nach im gemeinen Rechte nicht zur Anwendung kommen.<sup>1</sup>

Denn die moderne Klage hat einen anderen Charakter als die römische und das Urtheil daher eine andere Tragweite. Der Richter entscheidet darüber, ob die vorgebrachten Thatfachen den Klageantrag rechtlich begründen. Sein Entscheid hierüber wird rechtskräftig. Ansprüche, welche sich aus anderen rechtsbegründenden Thatfachen herleiten, sind nicht berührt.<sup>2</sup>

Daher ist auch die römische Unterscheidung zwischen *actiones in rem* und *in personam* nicht mehr festzuhalten. Die Abweisung der Eigenthumsklage hindert eine Wiederanstellung, gestützt auf neue Thatfachen und auf eine neue *causa*, nicht.

Eine Streitfrage gewann im gemeinen Rechte große Bedeutung. Zur Rechtfertigung seines Klageantrages muß der Kläger häufig die Existenz eines Rechtsverhältnisses thatsächlich begründen und nachweisen, welches eine Vorfrage für den Klageanspruch bildet. Klagt man z. B. Zinsen ein, so ist zur Begründung der Klage der Nachweis einer Kapitalforderung nöthig. Wird nun, dieß ist die

13) l. 9 pr., l. 17, l. 18 D. h. t.

14) Vgl. oben § 151.

15) l. 14 § 2 D. h. t. oben abgedruckt § 151 Num. 3 S. 347.

16) l. 14 pr. D. h. t., vgl. auch l. 25 § 1 D. h. t.

1) Diese Behauptung entspricht nicht der gemeinen Meinung. Wir glauben sie jedoch durch unsere Darstellung gerechtfertigt zu haben.

2) Wir setzen hierbei voraus, daß die Klage im heutigen Prozeß noch denselben Charakter hat, wie nach gemeinem Rechte, vgl. oben § 152. Weitere Ausführungen siehe in meinem Preuß. Pr. Recht Bd. 1 § 137.

Frage, bloß das Urtheil über den Klageantrag — also über die eingeklagten Zinsen — rechtskräftig, oder auch die Entscheidung über das ihn bedingende Rechtsverhältniß — also über das Kapital. Das letztere hat gute Gründe für sich. Der Richter muß sich in Folge des Klageantrages mit der Vorfrage befassen, er hat sie ebenso gründlich zu erörtern und zu prüfen, wie das Klagepetitum selbst. Der Staat behandelt daher mit Fug das Resultat, zu dem seine Organe, bezüglich jener Vorfrage schließlich kommen, als Recht zwischen den Parteien. Dies wurde auch auf Grund der Autorität Savignys<sup>3</sup> im gemeinen Rechte herrschende Ansicht.<sup>4</sup>

Indessen fehlte es nicht an Gegnern. Man machte praktische Bedenken geltend. Man hob hervor, daß die Parteien dem Prozesse leicht, wenn es sich nach dem Klageantrage nur um minderes handelt, nicht volle Aufmerksamkeit widmeten und schließlich durch die größere Tragweite der Entscheidung überrascht würden.<sup>5</sup>

Hiernach verfügt die C.P.D. § 293 nunmehr, daß Urtheile der Rechtskraft nur soweit fähig sind, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Damit wollte man die Rechtskraft offenbar auf die Entscheidung über den durch den Klageantrag herausgehobenen Anspruch beschränken.<sup>6</sup>

Aus ähnlichen Gründen war streitig, ob die Entscheidung über eine Einrede Rechtskraft für die Klage habe, die sich auf dasselbe Fundament gründet. Nach C.P.D. § 293 soll dies nur bei Entscheidungen über eine mittels Einrede geltend gemachte Gegenforderung der Fall sein.<sup>7</sup>

Die Parteien können jedoch eine rechtskräftige Entscheidung durch s. g. Incidentfeststellungsclagen herbeiführen. Denn es kann bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, der Kläger durch Erweiterung des Klageantrages, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nicht-

3) Savigny Bd. 6 S. 350 ff., S. 429 ff.

4) R.D.S.G. Bd. 5 S. 84, Bd. 15 S. 359. Das R.G. Bd. 6 S. 415 legt diese Ansicht bei der Beurtheilung der Rechtskraft von Urtheilen zu Grunde, welche vor Inkrafttreten der C.P.D. ergangen sind.

5) Wehll, Civilprozeß § 47 bei Note 94 ff.; Unger Bd. 2 S. 639.

6) Unbestritten ist auch dies nicht. Anderer Ansicht ist namentlich Klöppel a. a. O.

7) Ueber die Rechtskraft, wenn Theile einer Forderung eingeklagt oder zur Kompensation gestellt sind, vgl. neuerdings Zitelmann in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 8 S. 257.

bestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Theile abhängig, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.<sup>8</sup>

Nicht wenig bestritten ist, ob die Rechtskraft davon abhängig ist, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist oder ob es genügt, daß sie in den Urtheilsgründen ihren Platz fand.

Die Urtheile enthalten nämlich zwei äußerlich gesonderte Theile:<sup>9</sup>

a) eine Urtheilsformel — Tenor, Decisum; dieser Theil stellt das unmittelbar praktische Resultat fest, zu welchem der Richter gelangt, z. B. „Beklagter wird für schuldig erklärt, 1000 Mark mit 5% Zinsen zu zahlen“, oder „Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen“.

b) Außerdem enthält das Urtheil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes unter Hervorhebung der gestellten Anträge — den Thatbestand — woran sich die Entscheidungsgründe anschließen.

Manche nehmen an, daß nur die Urtheilsformel in Rechtskraft übergehe. Dies ist unhaltbar. Denn die Entscheidungsgründe bilden einen nothwendigen Theil des Urtheiles, sie müssen folgerecht an der Rechtskraft theilnehmen. Die Aussonderung der Urtheilsformel hat nur Gründe der Zweckmäßigkeit. Sie soll die augenblickliche Orientirung über das unmittelbar praktische Resultat des Urtheiles erleichtern. Den inneren Zusammenhang des Urtheiles soll sie nicht in Frage stellen. Häufig finden sich wesentliche Bestandtheile des Urtheiles in den Entscheidungsgründen. Sind z. B. 1000 eingeklagt und der Richter spricht dem Kläger in der Urtheilsformel 500 zu, so ergeben meist nur die Entscheidungsgründe, ob hierin ein bloßes Theilurtheil liegt, so daß der Kläger später den Rest nachfordern kann, oder ob ihm dieser Rest abgeprochen ist.<sup>10</sup>

Das rechtskräftige Urtheil hat nach heutigem Rechte nur eine positive Funktion.<sup>11</sup> Es begründet in diesem Sinn die *exceptio rei judicatae*. Das rechtskräftig auf Grund einer Klage entschiedene kann aber auch als staatlich anerkannte Wahrheit späteren Klagen zu

8) C.P.D. § 253.

9) C.P.D. § 284 Ziff. 5.

10) Für die Gegenansicht beruft man sich vorzugsweise darauf, daß in der Reichstagskommission ein Satz des Regierungsentwurfes gestrichen wurde, welcher die Rechtskraft der Entscheidungsgründe ausdrücklich anerkannte. Dies bewirkte aber nur, daß die Frage eine offene blieb, vgl. Klöppel a. a. O. S. 31.

11) Die negative Funktion ist schon im gemeinen Rechte weggefallen. Sie hing auf das engste mit der römischen Klageweise zusammen.

Grunde gelegt werden.<sup>12</sup> Dies gilt insbesondere für Urtheile über Feststellungsklagen.<sup>13</sup>

### § 164. Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte.

Das Urtheil stellt das Recht nur unter den Prozeßparteien fest, welche den Ausfall der Verhandlung mitbestimmen konnten.<sup>1</sup> Dritten schadet und nützt es in der Regel nicht.<sup>2 3</sup> Es wirkt jedoch über die Parteien hinaus

a) im Falle einer Succession. Und zwar hat es unbedingt Rechtskraft für und gegen Universalsuccessoren der Parteien.<sup>4</sup> Für und gegen ihre Singularsuccessoren wirkt es nur, wenn dieselben nach dem Beginn des Prozesses succedirten.<sup>5</sup>

b) Die Gutheißung einer fremden Prozeßführung über unsere Sache bindet uns an das auf Grund derselben erfolgte Urtheil. Solche Gutheißung wird unter anderem in der wissenschaftlichen Duldung der

12) Dem römischen Rechte war dieser Satz fremd; Pfeiffer im Archiv für civ. Pragis Bd. 37 S. 251. Vgl. jedoch Windscheid § 131 Anm. 1 und dort citirte Schriftsteller.

13) C.P.D. §§ 231, 252.

1) Vgl. über dies Erforderniß der s. g. subjektiven Identität Savigny Bd. 6 S. 466.

2) l. 2 C. quibus res iudicata non nocet 7, 56 Imp. Gordianus. Res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praepudicium solent inrogare. ideoque nepti tuae praepudicare non potest, quod adversus coheredem ejus iudicatum est, si nihil adversus ipsam statutum est. l. 1 D. de exc. rei iudicatae 44, 2, l. 22 D. eod. Strafrechtliche Urtheile haben keine bindende Kraft für den Civilrichter, Einführungsgezet zur C.P.D. § 14 Ziff. 1.

3) Urtheile, die für und gegen Vertreter gefällt sind, machen Rechtskraft für und gegen die Vertretenen. Dies gilt namentlich auch hinsichtlich gesetzlicher Vertretungen. Es gehören hierher Prozesse der Gemeinden wegen der Rechte und Pflichten, die Gemeindegengen als solche haben.

4) l. 28 D. h. t. 44, 2. Papinianus libro 27 quaestionum. Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus qui iudicio expertus est. l. 9 § 2, l. 11 §§ 3, 9 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

5) Savigny Bd. 6 S. 270, Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 3 behaupten, es sei vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege. Hierauf fußt Lothar Seuffert, Kommentar zur C.P.D. § 236 S. 292, gleich als läge hierin ein zweifelsohner Rechtsatz. Daß es aber darauf ankommt, ob der Erwerb vor oder nach der Klageerhebung geschah, bezeugt Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 10 D. h. t. 44, 2. Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem. sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei iudicatae. Die l. 29 § 1 D. eod. Papinianus libro 11 responsorum steht hiermit nicht in Widerspruch, denn in dem entschiedenen Falle war das Pfandrecht gleichfalls vor dem Prozesse, welcher für den Verpänder ungünstig abfiel, bestellt; höchstens ist die Motivirung im Schlußsatz cum pignoris conventio sententiam praecesserit nicht ganz scharf. Vgl. übrigens noch C.P.D. § 238.

fremden Prozeßführung über eine Streitfache gelten, die uns in erster Linie angeht.<sup>6</sup>

c) Das Urtheil macht Recht für und gegen jedermann in Fällen, in welchen eine allgemein gültige Entscheidung über die Streitfache im öffentlichen Interesse liegt. Dies ist bei gewissen Statusprozessen der Fall.<sup>7</sup> Es hat insbesondere das dem angeblichen Vater gegenüber gefällte Urtheil über die Legitimität oder Illegitimität eines Kindes Rechtskraft für und gegen jeden.<sup>8</sup> Das gleiche gilt für das unter Ehegatten über die Gültigkeit der Ehe gefällte Urtheil.<sup>9</sup>

d) Die Eigenschaft als Erbe, welche man anderen Erbschaftsprätendenten gegenüber rechtskräftig erstritten hat, kann der Sieger Gläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber nicht verleugnen, wenn diese, gestützt auf jenes Urtheil, ihn als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.<sup>10 11</sup>

## V. Schiedsrichterliche Entscheidung.

### § 165. Das römische Kompromiß.<sup>1</sup>

Die Parteien können durch Schiedsvertrag — Kompromiß — die Entscheidung ihrer Streitfachen freigewählten Schiedsrichtern — arbitri — übertragen.

Der Schiedsvertrag kann alle zwischen den Parteien obschwebenden Streitfachen umfassen — *compromissum plenum*<sup>2</sup> — oder sich auf einzelne Sachen beschränken. Bezüglich künftiger Rechtsstreitigkeiten ist er nur gültig, wenn er sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß bezieht.<sup>3</sup> Es

6) l. 63 D. de re judicata 42, 1. Siehe hierüber Freudenthal im Archiv für civ. Pragis Bd. 42 n. 5, Binding ebendasselbst Bd. 47 n. 13.

7) Savigny Bd. 6 S. 472 ff.

8) l. 1 § 16, l. 2 D. de agnosc. liberis 25, 3, vgl. ferner l. 25 D. de statu hominum 1, 5.

9) Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 7.

10) l. 50 § 1 D. de legatis I.

11) Der Umstand, daß ein Recht mehreren ungetheilt zusteht oder mehrere zusammen verbindet, bewirkt keineswegs nothwendig, daß der Prozeß, welchen einer der Gemeinshafter führte, Rechtskraft für oder gegen die anderen Beteiligten hat. Ueber l. 4 § 3, l. 19 D. de serv. 8, 5 siehe bei den Servituten.

1) Tit. Dig. de receptis, qui arbitrium 4, 8, Cod. de receptis 2, 55. Keller, Institutionen S. 123; Weizsäcker, das römische Schiedsrichteramt 1879.

2) l. 21 § 6 D. de receptis 4, 8. Der Ausdruck *compromissum plenum* wird von den Römern in verschiedenem Sinne gebraucht. In l. 31 in fine D. h. t. wird als *compromissum plenum* dasjenige bezeichnet, „quod et doli clausulae habet mentionem“.

3) l. 46 D. h. t., deren Tragweite freilich bestritten ist; siehe Weizsäcker a. a. D. S. 47. Jetzt entscheidet C. P. D. § 852 die Frage.

muß sich um Sachen handeln, über welche die Parteien frei verfügen können.<sup>4</sup>

Das Kompromiß entspringt aus dem Belieben der Parteien und hat also seinen Boden im Privatrechte, aber es greift zugleich in das öffentliche Recht ein, da der Rechtsweg eine staatliche Angelegenheit ist. Öffentlichrechtliche Gesichtspunkte machen sich daher bei diesem Verhältnis neben privatrechtlichen geltend.<sup>5</sup>

Für das römische Kompromiß waren erfordert:

1. gegenseitige Strafstipulationen verpflichtungsfähiger Parteien.<sup>6</sup> Die Strafe war für den Fall zuzusagen, daß sie sich dem Schiedsrichter nicht gehörig zur Verhandlung stellten<sup>7</sup> oder seinem Schiedsspruche nicht Folge leisteten,<sup>8</sup> und

2. Annahme — receptum — des Schiedsrichteramtes seitens der erwählten Schiedsrichter.<sup>9</sup>

Der Prätor versprach im Edikte den Schiedsrichter zur Durchführung seines Amtes zu zwingen, wenn er sich demselben trotz der Uebernahme entziehen würde. Hierin bethätigte sich das öffentliche Interesse am Schiedsrichterinstitut.<sup>10</sup>

Das Kompromiß hatte nur Geltung, wenn der erwählte Schieds-

4) l. 32 §§ 6 und 7 D. h. t. 4, 8, C.P.D. § 851. Ehesachen z. B. können nicht Gegenstand eines Kompromisses sein.

5) l. 1 D. h. t. Paulus libro 2 ad edictum. Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet, vgl. l. 81 D. de iudiciis 5, 1, Paulus sent. V 5<sup>a</sup> § 1, Weizsäcker a. a. O. Daß in Rom der Schiedsspruch in höherem Grade privatrechtliche Natur behielt, als dies heutzutage der Fall ist, erklärt sich leicht. War doch selbst im ordentlichen Prozesse das Vertragselement von vorwiegender Bedeutung.

6) Das normale war Versprechen einer bestimmten Geldsumme, l. 3 § 2 D. h. t. Später genügte die beiderseitige Unterwerfung unter irgend einen Vermögensnachtheil für den Fall des Zuwiderhandelns gegen das Kompromiß. In die bloße Stipulation dem Spruche zu gehorchen, reichte schließlich aus, da man im Falle des Zuwiderhandelns eine Klage auf das Interesse gab. l. 11 § 2 und 3, l. 27 § 7, l. 28 D. h. t. 4, 8. Dies alles liegt im Rahmen des Institutes. Justinian aber schrieb dem eidlich bekräftigten Kompromiß in der l. 4 C. h. t. bindende Kraft zu, vgl. aber auch nov. 82 cap. 1, wo er den Gebrauch des Eides zu solchen Zwecken verbot. Er gab ferner dem Schiedsspruch Geltung, wenn ihn beide Parteien durch ihre Unterschrift anerkannten — laudum homologatum — und auch dann, wenn ihn kein Theil binnen zehn Tagen anfocht, l. 4 u. 5 C. h. t. Es waren dies Gesetze, die ganz abseits der Principien des römischen Schiedsrichterinstitutes lagen.

7) l. 27 §§ 4, 6 D. h. t., vgl. l. 21 §§ 8 ff. D. h. t.

8) l. 23 § 2, l. 27 § 1, l. 52 D. h. t.

9) l. 13 § 2 D. h. t. Als einen Vertrag mit den Parteien haben die Römer das arbitrium recipere nicht aufgefaßt.

10) Der Prätor edicirte: qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam. So Lenel, edictum perpetuum S. 103. l. 3 § 2, l. 15 D. h. t. Der Zwang geschah durch multa, l. 32 § 12 D. h. t.

richter zum Schiedsrichteramte fähig war. Es gab zahlreiche Gründe der Unfähigkeit des Schiedsrichters.<sup>11</sup>

Durch den Schiedsvertrag und durch die Verhandlung vor dem Schiedsgerichte wurde die Streitsache in Rom nicht rechtshängig. Der Kläger konnte sie trotzdem vor das staatliche Gericht bringen. Aber er verfiel hierdurch in die Strafe des Kompromisses, dem er entgegengehandelt hatte.<sup>12</sup>

Auch das Urtheil des Schiedsrichters wurde nicht rechtskräftig. Fügte sich ihm aber eine der Parteien nicht, so verfiel sie in die stipulirte Strafe, welche bei den staatlichen Gerichten einzuklagen war. Diese hatten die Strafe zuzusprechen, wenn die Zuwiderhandlung der Partei gegen den Schiedspruch feststand.<sup>13</sup> Die Gerichte untersuchten also nicht, ob der Schiedspruch dem Rechte entsprach.<sup>14</sup> Hatte aber der Schiedsrichter dolos gehandelt, so stand der Klage auf die Strafe eine exceptio doli entgegen; hierin lag also bis zu einem gewissen Grade Ersatz der fehlenden Appellation gegen das schiedsrichterliche Urtheil.<sup>15</sup>

#### § 166. Das schiedsrichterliche Verfahren nach Reichsrecht.<sup>1</sup>

Die C.P.D. ordnet das schiedsrichterliche Verfahren sehr abweichend vom römischen Rechte. Sie behandelt es in gesteigertem Maße als Institution des öffentlichen Rechtes. Die hauptsächlichsten Sätze sind folgende:

1. Die Schiedsverträge waren gemeinrechtlich formlos. Die C.P.D. beläßt es bei den Normen des bisherigen Rechtes bezüglich der

11) Unfähig waren insbesondere Personen unter 20 Jahren, l. 41 D. h. t. Frauen, l. 6 C. h. t. 2, 55, Wahnsinnige, Taube, Stumme, l. 9 § 1 D. h. t., und der vom Prätor bestellte iudex, l. 9 § 2 D. h. t.

12) l. 2 D. h. t. Ulpianus libro 4 ad edictum. Ex compromisso placet exceptionem non nasci sed poenae petitionem, l. 30 D. eod. Paulus libro 13 ad edictum . . . poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.

13) Pauli sent. V 5<sup>a</sup> § 1. l. 1 C. h. t. 2, 55 Imp. Antoninus. Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.

14) l. 27 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 13 ad edictum. Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit. nam et divi Pii rescripto adicitur „vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet“.

15) l. 32 § 14 D. h. t. 4, 8.

1) C.P.D. §§ 851 ff. und die Commentare zur C.P.D. Vgl. auch mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 §§ 142 ff.

Form. Jeder Theil ist aber befugt, die Errichtung einer Schrifturkunde über den formlosen Schiedsvertrag zu fordern.<sup>2</sup>

Die Schiedsverträge sind entweder perfekte oder imperfekte.

Perfekte Schiedsverträge enthalten die Bestellung bestimmter Schiedsrichter, sei es eines oder mehrerer.

Imperfekte Schiedsverträge stellen die Entscheidung der Streitsache durch Schiedsrichter im Principe fest, bezeichnen aber die Personen der Schiedsrichter nicht. Solche Verträge waren dem römischen und kanonischen Rechte fremd.<sup>3</sup> Aber die gemeinrechtliche Theorie und Praxis erkannte sie überwiegend an.<sup>4</sup> Dies thut auch die C.P.D. und trifft Vorschriften, um die Bestellung der Schiedsrichter gegebenen Falls herbeizuführen.

Fehlt die Bestimmung über den Modus der Wahl im Kompromisse, so hat jeder Theil einen Schiedsrichter zu ernennen.

Ist die Ernennung nach Kompromiß oder Gesetz Sache der beiden Parteien, so hat der betreibende Theil dem anderen Theile den von ihm erwählten Schiedsrichter zu bezeichnen unter der Aufforderung, binnen 8 Tagen das entsprechende zu thun. Bleibt dies fruchtlos, so ernennt das zuständige Gericht auf Antrag des betreibenden statt des zögernden Theiles den Schiedsrichter.<sup>5</sup>

2. Die C.P.D. kennt keine positiven Gründe der Unfähigkeit zum Schiedsrichteramte. Aber natürliche Unfähigkeit, z. B. Kindheit, Geisteskrankheit, schließt selbstverständlich vom Amte aus.<sup>6</sup> Den Parteien sind zahlreiche Ablehnungsgründe gegenüber vorgeschlagenen Schiedsrichtern offen gestellt. Namentlich sind Minderjährige, Taube, Stumme und Ehrlose ablehnbar.<sup>7</sup>

3. Die Uebernahme des Schiedspruches ist Sache freien Beliebens

2) C.P.D. § 853. Der Abschluß muß kein ausdrücklicher sein. Er geschieht z. B. durch stillschweigende Unterstellung eines Geschäftes unter Schlussbedingungen, welche schiedsrichterliche Entscheidung vorsehen. — Letztwillige Verfügungen und Stiftungen können die schiedsrichterliche Entscheidung künftiger Streitigkeiten über ihren Inhalt anordnen. C.P.D. § 872.

3) Ausdrücklich ist dies freilich für das römische Recht nicht ausgesprochen, allein es fehlt in den Quellen nicht an Andeutungen. Siehe Weizsäcker a. a. D. S. 7; dagegen freilich Windscheid Bd. 2 § 416 Anm. 15 und 17. Das kanonische Recht verwirft pacta de compromittendo in cap. 12 X. de arbitris 1, 47.

4) R.D.S.G. Bd. 3 S. 55.

5) C.P.D. § 855.

6) Selbstverständlich kann auch niemand „in eigener Sache“ Schiedsrichter sein. Vgl. oben § 126 Anm. 6.

7) C.P.D. § 858. Der Schiedsrichter kann ferner aus den Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

der Schiedsrichter. Aber auch ein Zwang zur Durchführung des übernommenen Amtes durch die Obrigkeit besteht nicht.

Vielmehr lösen sich perfekte Schiedsverträge durch ungebührliche Verzögerung des Schiedsrichters auf, bei imperfekten scheidet der zögernde Schiedsrichter aus und es tritt das Ergänzungsverfahren ein.<sup>8</sup>

4. Der Schiedsrichter bestimmt die Form und den Gang des Verfahrens nach freiem Ermessen, soweit das Kompromiß hierüber keine Vorschriften enthält.<sup>9</sup> Nothwendig muß der Richter beiden Theilen rechtliches Gehör verstaten, d. h. die Anführung und den Beweis aller zur Sache gehörigen Thatfachen.<sup>10</sup>

Bei Meinungsverschiedenheit mehrerer Schiedsrichter entscheidet die absolute Mehrheit, sofern der Schiedsvertrag nichts anderes bestimmt.<sup>11</sup> Bei Stimmengleichheit löst sich das Kompromiß auf, wenn der Schiedsvertrag keine Vorkehrungen für diesen Fall traf, insbesondere nicht die Ernennung eines Obmannes vorsah.<sup>11</sup> Das römische Recht hatte zweckmäßiger die Schiedsrichter verpflichtet, bei Stimmengleichheit einen Obmann zu ernennen, wenn der Schiedsvertrag nichts anderes bestimmt hatte.<sup>12</sup>

5. Solange das Kompromiß Geltung hat, ist jeder Theil zum Widerspruche befugt, wenn vom anderen Theile eine Entscheidung des ordentlichen Gerichtes über die Streitjache begehrt wird.<sup>13</sup>

Der Schiedsspruch über die Streitjache wird rechtskräftig. Seine Vollstreckung setzt aber ein vorgängiges Vollstreckungsurtheil des zuständigen staatlichen Gerichtes voraus. Dieses Gericht hat zwar die formelle Rechtsbeständigkeit, nicht aber die materielle Richtigkeit des Schiedsspruches zu prüfen.<sup>14</sup>

8) C.P.D. §§ 859, 858 Abs. 2, § 857. Klage auf Schadloshaltung gegen den Schiedsrichter ist denkbar, wenn ihm ungebührliche Verzögerung zur Last fällt.

9) C.P.D. § 860 Abs. 2.

10) C.P.D. § 860 Abs. 1, § 867 Ziff. 4.

11) C.P.D. § 864. Auch nach römischem Rechte entschied die Mehrheit der Schiedsrichter, l. 17 § 7, l. 27 § 3 D. h. t., doch scheinen manche Juristen Einstimmigkeit gefordert zu haben. Ein Nachklang dieser Ansicht ist die Behauptung Julians in der leterwähnten Stelle, daß dann, wenn von 3 Schiedsrichtern einer auf 15, der andere auf 10, der dritte auf 5 verurtheile, das Urtheil auf 5 gebe. Dies stimmt mit dem Majoritätsprincip keinesfalls. Die Konsequenz des Majoritätsprincipes zieht G.B.G. § 198 Abs. 2. Diese Bestimmung ist auch für Schiedsverträge maßgebend.

12) Die Ausführungen von Altpian in l. 17 §§ 5 und 6 lassen freilich bis zum Schlussfaze nicht voraussehen, daß den Schiedsrichtern bei Stimmengleichheit die Wahl eines Obmannes obliege. Der Schlussfaz rührt schwerlich von Altpian selbst her.

13) Dies ist aus C.P.D. § 851 zu folgern.

14) C.P.D. § 866 ff. Ueber Richtigkeit und Restitution siehe die C.P.D.

## Siebentes Kapitel.

### Sicherung von Ansprüchen.

#### § 167. Kautionen und Missionen.<sup>1</sup>

Zur Verwirklichung des Rechtes ist erfordert, daß die Gerichte nicht bloß Rechtsstreitigkeiten entscheiden, sondern, wo es noth thut, Rechtsansprüche auch sichern.

Die Hauptmittel dieser Sicherung bildeten in Rom, den nationalen Anschauungen der Römer entsprechend,<sup>2</sup> stipulationes praetoriae, welche die Obrigkeit auflegte und erzwang. Stipulationen zur Wahrung von Ansprüchen nannte man cautiones.

Die prätorischen Stipulationen schlossen sich zum Theil an einen anhängigen Rechtsstreit an, dessen Resultat sie sichern sollten — judiciales; zum andern Theile waren sie hiervon unabhängig — cautionales.<sup>3</sup>

Nicht wenige Kautionen wurden geschaffen, um Ansprüchen, welche an sich bloß auf Billigkeit und dem Rechtsgeföhle beruhten, rechtliche Kraft und Klagbarkeit zu gewähren; so die cautio damni infecti. Andere Kautionen verliehen bereits klagbaren Ansprüchen ein weiteres Rechtsfundament und erhöhte Sicherheit. Ein Beispiel bildet die cautio legatorum servandorum causa zum Schutze von Legaten, die nicht sofort auszählbar waren.

1) Tit. Dig. de stipulationibus praetoriis 46, 5; Schläger, von den Kautionen im Civilprozeße in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 9 S. 1, 7, 10; Schirmer, die prätorischen Judicialstipulationen; Bekker, die Aktionen Bd. 2 S. 35.

2) Bgl. oben § 80.

3) l. 1 pr. D. h. t. 46, 5 Ulpianus libro 70 ad edictum. Praetorium stipulationum tres videntur esse species judiciales, cautionales, communes. § 1. Judiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nunciatione. § 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. § 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. Wie Bekker a. a. O. S. 38 mit Recht annimmt, werden diese Stipulationen communes genannt, weil sie bald in jure bald extra jus geschlossen wurden. Die Terminologie, von welcher Ulpian hier ausgeht, ist übrigens sehr verschieden von derjenigen, welche Pomponius libro 26 ad Sabinum l. 5 pr. D. de verb. obl. 45, 1 vorträgt. Pomponius unterscheidet erstens praetoriae, zweitens judiciales und endlich communes praetoriae et judiciales stipulationes. Unter prätorischen versteht er die vom Magistrat, unter judiciellen die vom iudex aufgelegten Stipulationen; communes sind ihm diejenigen, welche beim Magistrat und beim iudex vorkommen. Die Ausführung von Pomponius haben die Institutionen de divisione stipulationum 3, 18 aufgenommen. Beachtet man die Verschiedenheit der Terminologie nicht, so ist Verwirrung unausbleiblich.

Durch Kaution geschützt wurden vorzugsweise künftige und ungewisse Ansprüche; seltener sind Kautionen für bereits festbestimmte Rechtsansprüche.

Die *cautio* bestand manchmal aus einer einfachen *Stipulation* — *nuda repromissio* — d. h. es promittirte nur derjenige, gegen welchen sich der zu sichernde Anspruch richtete. Meist aber mußte sie durch Bürgen versichert werden — *satisdatio*.<sup>4</sup> Wann bloße Repromission, wann Satisfaktion zu leisten war, bestimmte der Prätor nach Maßgabe des Bedürfnisses und auf Grund dessen, was er nach dem Rechtsgeföhle dem Inanspruchgenommenen zumuthen durfte.<sup>5</sup>

Nicht selten knüpfte man die Verwirklichung beanspruchter Rechte an die vorgängige Leistung einer Kaution, so daß man sie zur Bedingung der Ausübung jener Rechte machte. Insbesondere wurde mehrfach die Durchführung von Klagen, sowie die Berücksichtigung anderer Gesuche von der vorgängigen Stellung einer Kaution des betreibenden Theiles abhängig gemacht.

Häufig bestand das Zwangsmittel in der Bedrohung mit einer *missio in possessionem*.

Die *missio in possessionem* war die Ermächtigung eines Gläubigers, durch den Magistrat sich zur Sicherung seines Anspruches in die Innehabung des Vermögens oder einzelner Vermögensobjekte des Verpflichteten zu setzen. Die Besitzergreifung gab dem Gläubiger prätorisches Pfandrecht.<sup>6</sup>

Im heutigen Rechte sind die römischen Grundzüge über Kautionsleistung modificirt, zum Theil antiquirt.

Auch heutzutage hat der Richter nicht selten eine Kautionspflicht zur Geltung zu bringen, bald im Anschluß an einen anhängigen Rechtsstreit,<sup>7</sup> bald unabhängig von einem solchen. Die Kaution geschieht nunmehr vorzugsweise durch Pfandbestellung, insbesondere durch Faustpfand von Geld oder von Werthpapieren.<sup>8</sup>

4) l. 1 § 5 D. h. t. 46, 5. Ulpianus libro 70 ad edictum: *Stipulationum autem praetoriarum quaedam sunt, quae satisfactionem exigunt, quaedam nudam repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent.*

5) Bekker a. a. O. S. 43 bemerkt, daß Ulpian „kein Princip“ der Unterscheidung anzugeben wisse. Das Maß der Sicherung können aber nicht Principien, sondern nur praktische Erwägungen bestimmen.

6) Ueber die Missionen siehe näheres in der Lehre des Pfandrechtes.

7) Es gehört hierher die Kaution wegen der Prozeßkosten, welche Ausländer zu leisten haben, die als Kläger auftreten, C. P. D. § 102.

8) So C. P. D. § 101. Auch s. g. eidliche Kaution kommt im justinianischen Rechte vor. Die ältere gemeinrechtliche Praxis hat vielfach eidliche Kaution als

Die Kautionsstellung wird noch immer häufig dadurch erzwungen, daß sie zur Bedingung der Geltendmachung von Rechten gemacht wird. In anderen Fällen hat der Kautionsberechtigte eine Klage auf die Kaution. Die *missiones in bona* römischer Art kommen gemeinrechtlich nicht vor.

### § 168. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen.<sup>1</sup>

Die Mittel, durch welche der heutige Richter gefährdete Rechte vorzugsweise sichert, sind **Arreste und einstweilige Verfügungen**.

Der Arrest, dem römischen Rechte fremd,<sup>2</sup> wurzelte in deutschrechtlichen Anschauungen,<sup>3</sup> erhielt seine Ausbildung durch die gemeinrechtliche Praxis und ist jetzt durch die Reichsgesetzgebung eingehend geregelt. Er geschieht hiernach zur Sicherung eines jetzigen oder zukünftigen Geldanspruches, wegen dessen Zwangsvollstreckung möglich ist.

Der Arrest ist entweder ein **persönlicher** oder ein **dinglicher**.

Der persönliche Arrest bezweckt Festhaltung des Schuldners, beschränkt also dessen Freiheit durch Haft oder andere Maßnahmen.

Der dingliche Arrest besteht in der Beschlagnahme von Vermögensobjekten. Nach gemeinem Rechte legte der Arrest dem Schuldner nur eine Beschränkung in der Verfügung über die arrestirten Objekte auf, erzeugte aber kein Vorzugsrecht des Arrestlegers vor anderen Gläubigern, deren Forderungen bereits bestanden. Nach dem Reichsrechte hingegen begründet der Arrest ein Pfandrecht zu Gunsten des Arrestlegers.<sup>4</sup>

Die **Unordnung** des Arrestes geschieht durch den Richter, wenn ihm der zu sichernde Anspruch sowie der Arrestgrund — *causa arresti* —, d. h. die Gefahr der Vereitelung oder der erheblichen Erschwerung der künftigen Zwangsvollstreckung glaubhaft gemacht werden. Die Vollziehung des dinglichen Arrestes erfolgt mittels Pfändung durch den

genügend erachtet, wenn andere nicht zu beschaffen war. In Wahrheit lag hierin ein Mittel, um harte Kautionsanforderungen des römischen Rechtes, z. B. an den Nießbraucher, durch solche Scheinkautionen zu beseitigen, vgl. bei Seuffert, *Archiv* Bd. 15 n. 105 citirte.

1) Mevius de arrestis 1646; Wach, der Arrestprozeß in geschichtlicher Entwicklung u. der ital. Arrestprozeß 1850. — C.P.D. §§ 796 ff. Von der reichen neueren Litteratur heben wir hier nur hervor Johannes Merkel, über Arrest und einstweilige Verfügungen nach deutschem Prozeßrecht 1880.

2) Vgl. übrigens Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht 1856.

3) Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867 S. 114 ff.

4) C.P.D. § 810. Die C.P.D. regelt übrigens den Arrest in Immobilien direkt nicht. — Auch nach älterem deutschem Rechte gab der Arrest ein Pfandrecht, vgl. Meibom a. a. D. S. 176.

**Gerichtsvollzieher.** Sie begründet das Pfandrecht für den Fall, daß die Forderung, welche gesichert werden soll, wirklich besteht und nachträglich die Vollstreckbarkeit erhält.<sup>5</sup> Der Arrestleger nimmt sich also hier die Caution, sie wird ihm nicht, wie die römische cautio, durch den Schuldner in Folge der obrigkeitlichen Einwirkung gestellt.

Einstweilige Verfügungen bezwecken die Erhaltung bestehender Zustände, sowie die vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses.<sup>6</sup> Ein Pfandrecht knüpft sich an sie nicht.

Das Gericht bestimmt die zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Anordnungen. Dieselben können auch in einer Sequestration bestehen, d. h. in der Deponirung eines streitigen Objectes bei einem Dritten mit der Bestimmung, daß dasselbe nach dem Ergebnisse der richterlichen Entscheidung in der Hauptsache dem Sieger herauszugeben ist.

5) In Folge des Pfandrechtes ist jede rechtliche Verfügung des Arrestanten über die arrestirten Objecte ohne Nachtheil für den Arrestleger. Gefährdende tatsächliche Verfügungen sind in Folge der an die Vollziehung des Arrestes geknüpften Beschlagnahme verboten und werden in Gemäßheit des Strafgesetzbuchs § 137 bestraft.

6) Es gehören hierher sowohl Gebote, z. B. der Reichung von Alimenten, wie Verbote, z. B. der Veräußerung oder der Veränderung einer Sache.

Zweites Buch.  
**Die Sachenrechte.**

Erster Abschnitt.

**Der Besitz.<sup>1</sup>**

Erstes Kapitel.

**Die allgemeinen Grundsätze.**

§ 169. Begriff des Besitzes.

Es besteht eine zwiefache Ordnung für die Beziehungen der Individuen zu den Sachgütern, eine thatsächliche — der Besitz — und eine rechtliche — das Eigenthum.

1) Tit. Dig. de acquirenda vel amittenda possessione 41, 2. — Das Hauptwerk ist: Savigny, das Recht des Besitzes 1. Auflage 1803, 6. 1836; die 7. Auflage ist von Rudorff 1865 veranstaltet; sie enthält werthvolle Zusätze des Herausgebers. Charakteristisch für die Macht des Genies ist, daß die Monographie, welche Savigny in seinem 24. Lebensjahre in wenigen Wochen schrieb, die Besitzlehre fast ein Jahrhundert lang beherrschte. Die rasch hingeworfene Jugendarbeit mußte unvermeidlich neben ihren glänzenden Vorzügen Fehlgriffe enthalten. Auch diese Partien des Werkes behaupteten in Folge der bestechenden Darstellung und der Autorität des Verfassers Geltung. Die ältere Litteratur über den Besitz hat Savigny S. 7 ff. aufgeführt; die Litteratur von 1836 bis 1865 stellt Rudorff a. a. O. S. 543 ff. zusammen. Hervorragend durch seine dogmengeschichtlichen Ausführungen ist C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1848. Auch für das gemeine Recht liefert erhebliches Manda, der Besitz nach österreichischem Rechte 1. Auflage 1865, 3. 1879. Anregend und geistvoll ist Ihering, über den Grund des Besitzschutzes, 2. Auflage 1869, auch in seinen Jahrbüchern Bd. 9 n. 1. Vgl. ferner Meißner, Besitz und Besitzschutz 1876; Bruns, die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechtes 1879; Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern 1880; Kindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechtes 1883; Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes 1883.

Besitz — possessio — ist die reale Herrschaft über die Sachgüter. Der Besitz ist nicht, wie manche vermeinen, Recht. Er ist vielmehr ein Phänomen, welches außerhalb des Rechtes steht, wenn sich auch Rechte an dasselbe knüpfen.<sup>2</sup> Unterstellen wir, was praktisch unmöglich, an sich aber denkbar ist, daß die Rechtsordnung total aufgehoben wäre, so wäre damit der Besitz nicht beseitigt. Die tatsächliche Herrschaft der Menschen über die Sachgüter würde vielmehr fort dauern, sie ist Bedingung der gesicherten menschlichen Existenz.

Der Besitz ist ein physisches Verhältniß. Aber er ist nicht nothwendig etwas sinnliches. Er tritt uns gleichsam vor Augen, wenn man auf Grundstücken wohnt und sitzt<sup>3</sup> und wenn man Mobilien leiblich inne hat oder unter Ver schluß hält. Nicht weniger stehen aber weit von unserer Behausung entlegene Grundstücke, dort aufgehäuftes Getreide, zurückgelassene Ackergeräthschaften in unserem Besitze.

Besitz ist nichts bloß momentanes. Nur die beseitigte, in die Zukunft hinein wirkende physische Gewalt über die Sache ist Besitz.<sup>4</sup> Die Sache muß also dauernd zu unserer Verfügung stehen und fortgesetzt unserer Einwirkung unterliegen.<sup>5</sup> Nicht absolute Sicherung der Zukunft wird aber gefordert. Solche ist nie zu erreichen. Auch feste Riegel können gesprengt und die durch sie verwahrten Besitz-

2) Dies haben die römischen Juristen naiv und unmittelbar erkannt und zutreffend ausgesprochen. l. 1 § 4 D. de a. vel. o. p. 41. 2 — Paulus — eam rem facti, non juris esse: l. 49 pr. D. eod. — Papinianus — plurimum ex jure possessio mutuatur. possessio non tantum corporis, sed etiam juris est. Besser, daß Recht des Besizes vertheidigt dagegen mit Schärfe die Ansicht, daß der Besitz „Recht“ sei. Den römischen Juristen wirft er „böse Verwirrung“ und „Unklarheit der Anschauung“ vor, vermöge deren „sie für Lehre und Recht des Besizes nicht mehr leisten konnten, als sie in Wirklichkeit geleistet haben“. Vgl. gegen Besser: Brinz in der frühlichen Vierteljahrschrift Bd. 23 S. 288, und siehe wiederum Besser, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, romanistische Abtheilung Bd. 5 S. 154.

3) l. 1 pr. D. de a. vel o. p. 41. 2. Paulus libro 54 ad edictum. Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

4) l. 3 § 13 D. de a. vel o. p. 41. 2. Paulus libro 54 ad edictum... hactenus possideri, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus: daher ist die Erörterung von Paulus libro 15 ad Sabinum in l. 15 D. de servit. 8, 1 nicht ganz zutreffend.

5) Der in einem Laden angestellte Verkäufer hat bezüglich der ihm zum Verkauf übergebenen, im Laden befindlichen Waaren weder Besitz noch Gewahrsam, R.G. für Strafsachen Bd. 2 S. 1, ebensowenig der Zollbeamte an den zur Verzollung in den Diensträumen befindlichen Gegenständen, R.G. für Strafsachen Bd. 3 S. 201, und auch nicht der Förster am Walde und an dessen Erzeugnissen, die seiner Obhut unterstehen, R.G. für Strafsachen Bd. 3 S. 180. Denn diese Angestellten haben wohl momentan die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache, aber keine besetzte Herrschaft.

thümer geplündert werden. Nothwendig ist nur, daß man nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge auf die fortgesetzte Verfügung zählen kann.

Die Sache muß also dem Spiele der Naturgewalten entrückt, sie muß ferner gegen die Mitmenschen gesichert sein. Hierzu genügt unter geordneten Verhältnissen, daß die Sache erkennbar unserer Herrschaftssphäre unterstellt ist. Denn Dritte haben eine natürliche Scheu, die fremde Sphäre anzutasten; diese Scheu wird durch die Sitte befestigt und durch das Recht verstärkt.

Höher als die thatsächliche Ordnung — der Besitz — steht die rechtliche — das Eigenthum. Das Eigenthum ist das Recht auf die totale Herrschaft über die Sachgüter; der Besitz ist diese Herrschaft.<sup>6</sup>

Beides kann zusammenfallen. Ja dies ist thatsächlich die Regel. Aber es ist nicht nothwendig, daß der Besitz mit dem Rechte zum Besitze — dem *jus possidendi* — übereinstimmt. Auch wer ohne Recht, ja ohne den Glauben oder den Vorwand eines Rechtes eine Sache beherrscht, ist Besitzer.<sup>7</sup>

Der berechtigte Nichtbesitzer kann die Herausgabe seiner Sache vom nichtberechtigten Besitzer erzwingen. Aber hierzu ist Klage und der Beweis des Rechtes erfordert. Der Beklagte bleibt bis zur rechtskräftigen Verurtheilung und der Vollstreckung des Urtheils im Besitze. Mißlingt dem Kläger der Beweis, so behält der Beklagte den Besitz dauernd, auch wenn er jedes eigenen Rechtes offensichtlich entbehrt. Daher lautet ein alter Spruch *beati possidentes*. Ihn bewahrheitet die tägliche Erfahrung.

Der Besitz ist etwas vom Rechte getrenntes. Aber er ist gleichwohl für das Recht von Wichtigkeit. Es knüpfen sich an ihn Rechtsfolgen — das *jus possessionis*.<sup>8</sup> Die allgemeinste und erste dieser Folgen ist der Schutz durch possessoriische Interdikte. Eine zweite Folge ist die Erziehung. Denn das bestehende hat die

6) l. 12 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Nihil commune habet proprietatis cum possessione, l. 1 § 2 D. uti possidetis 43, 17. Der vulgäre Sprachgebrauch identificirt vielfach Besitz und Eigenthum. Der Jurist darf sich derartiges nicht zu schulden kommen lassen.

7) l. 11 D. de her. pet. 5, 3 pro possessore vero possidet praedo, l. 12 D. eod. Ulpianus libro 67 ad edictum. qui interrogatus, cur possideat responsurus sit „quia possideo“ nec contendet se heredem vel per mendacium.

8) Von dem „*jus possessionis*“ spricht u. a. l. 44 pr. D. h. t., l. 2 § 38 D. ne quid in loco publico 43, 8.

Tendenz, zum Rechte zu werden. Die Erziehung ist jedoch nicht an den Besitz als solchen, sondern an den redlichen Besitz geknüpft.

Wenn wir von Besitz schlechtthin reden, so meinen wir dessen einfachste Art, den Sachbesitz. Dies ist die Herrschaft über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Der Sachbesitz ist seinem Wesen nach ausschließlich. Mehreren kann dieselbe Sache nicht total zur Verfügung stehen. Allerdings tauchte unter den römischen Juristen der Gedanke einer *possessio plurium in solidum* auf; doch verwarf ihn die Jurisprudenz schließlich entschieden.<sup>9</sup>

Zulässig ist aber Mitbesitz einer Sache durch mehrere zu ideellen Theilen.<sup>10 11</sup> Zulässig ist auch der Besitz eines Rechtes an der Sache, z. B. des Nießbrauchs neben dem Sachbesitze.

### § 170. Der Schutz des Besitzes.

Der Besitz ist nicht Recht und erhält gleichwohl rechtlichen Schutz durch die possessoriischen Interdikte. Nicht bloß redliche, auch unredliche Besitzer, selbst Räuber und Diebe dürfen dieselben geltend machen. Das Recht unterstützt also auf der einen Seite, was es auf der

9) 1. 3 § 5 D. h. t. 41, 2, 1. 5 § 15 D. *commodati* 13. 6: siehe unten § 186 Anm. 17.

10) Mitbesitz mehrerer Theilhaber — i. g. *compossessio* — ist möglich und häufig, Besitz eines ideellen Theiles, während die anderen ideellen Theile herrenlos sind, unserer Ansicht nach nicht denkbar. Es läge hierin jedenfalls praktisch eine Abnormität. Vgl. Steinlechner, das Wesen der *juris communio* Heft 2 S. 18 und 23.

11) Die Römer in ihrem Streben nach Bestimmtheit und Klarheit stellten den Rechtsatz auf, daß der Besitz auf einen bestimmten ideellen Theil gerichtet sein müsse, um Anerkennung zu finden. 1. 26 D. h. t. 41, 2, 1. 3 § 2 D. *eod.* Hieraus zogen sie die Konsequenz, daß Mitbesitzer, welche im ungewissen darüber seien, wie groß der Besitztheil eines jeden sei, nicht beizäßen. 1. 32 § 2 D. *de usurp.* 41, 3 Pomponius libro 32 ad Sabinum. *Incertam partem possidere nemo potest: ideo si plures sint in fundo, qui ignorant, quotam quisque partem possideat neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit.* Die Konsequenz war eine unaußweichliche. Aber sie bildete einen rein formalen Rechtsatz — *mera suptilitas* —, welcher dem realen Verhältnisse nicht gerecht wurde. Windscheid Bd. 1 § 152 Anm. 12 behauptet, indem die bezeichnete Konsequenz *mera suptilitas* genannt sei, werde sie zurückgewiesen. Dies ist nicht richtig. Die römischen Juristen konnten sich ihr von ihrer Prämisse aus nicht entziehen. Aber dem gemeinen Rechte ist der zu Grunde liegende Satz fremd. Das heutige Gesellschaftsrecht kennt nach deutschrechtlichen Anschauungen zahlreiche Gemeinschaftsverhältnisse, bei welchen die Quoten der Mitbesitzer zunächst unbestimmt sind. Beispielsweise können die Quoten der Gesellschafter offener Handelsgesellschaften erst durch komplizierte Rechnungen ins künftige festgestellt werden; dennoch haben die Handelsgesellschafter Mitbesitz des Gesellschaftsvermögens, obgleich keiner wissen kann zu welchem Theile. Die neuere Rechtsentwicklung hat hiernach den römischen Rechtsatz, wonach man Mitbesitz nur zu bestimmten Quoten haben kann, überwunden. Vgl. jedoch Steinlechner a. a. D. S. 15.

anderen verwirrt und bestraft.<sup>1</sup> Dieser Widerspruch verlangt eine Erklärung. Die Römer haben sich hierauf freilich kaum eingelassen; desto eifriger hat sich die moderne Wissenschaft mit diesem Probleme beschäftigt. Ein Einverständnis über den Grund des Besitzeschutzes wurde aber nicht erzielt.

Man unterscheidet relative und absolute Theorien. Die relativen suchen den Grund des Schutzes des Besitzes außerhalb desselben, in anderen Rücksichten, Einrichtungen, Zwecken; die absoluten leiten den Besitzeschutz aus dem Wesen des Besitzes selbst her.<sup>2</sup>

Die relativen Theorien betrachten als das entscheidende theils den Schutz der Person des Besitzers gegen Gewalt, theils das Interesse des Eigenthums.

Savigny vor allen erklärte den Besitzeschutz als Hülfe gegen Gewalt.<sup>3</sup> Die Antastung des Besitzes vergewaltige den Besitzer, er werde somit verlegt.<sup>4</sup> Dies Unrecht solle durch die Besitzinterdikte ausgeglichen werden. Die Rechtsmittel des Besitzers seien Deliktssklagen.

Aber gerade dies bewährt sich nicht. Nur eines der possessoriischen Interdikte — das *i. unde vi* — hat Deliktznatur; die anderen Besitzesinterdikte haben sie nicht. Dies gilt namentlich von dem wichtigsten Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes — dem *interdictum uti possidetis*. Dasselbe entscheidet den Streit über den Besitz in ähnlicher Weise, wie die Eigenthumsklage den Streit über das Recht schlichtet. Es schützt den Besitz gegen Störung und Gewalt; aber Gewalt und Delikt sind seine Voraussetzungen nicht.

Anderer erklären den Besitzeschutz daraus, daß der Besitz wahrscheinliches Eigenthum sei.<sup>5</sup> Insbesondere hat dies Ihering in selbst

1) Eine interessante Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten giebt Ihering S. 3 ff.; vgl. auch Randa § 8. — Bekker S. 14 ff. erachtet die Frage nach dem — philosophischen — Grunde des Besitzeschutzes als verfehlt. Der Besitzeschutz besteht. Dies müsse dem Anhänger der geschichtlichen Rechtslehre genügen. So verstanden indessen die alten Meister der historischen Schule, insbesondere Savigny, jene Lehre nicht. Diese haben nie darauf verzichtet, auf die tieferen — philosophischen — Gründe des gewordenen einzugehen. Zu solcher Resignation kann sich der forschende Geist der Menschen nicht verstehen. Siehe auch Ihering, Scherz und Ernst S. 322.

2) Ihering a. a. D. S. 3 ff.

3) Savigny, Besitz § 5 S. 30, § 6 S. 56, vgl. hiergegen Ihering a. a. D. S. 6, siehe ferner unten § 185.

4) Buchta, Pand. § 122 und Vorlesungen in § 122, giebt hiernach der Theorie Savignys die Wendung: „die Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt werde, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen wird“.

5) Diese Auffassung fand schon unter den Glossatoren Vertretung. Vgl. glossa in *vacuum* zu l. 12 C. de probat. 4, 19... Item dicit Placentinus quod quis

ständigiger Weise durchgeführt.<sup>6</sup> Der Besitz, findet er, sei die Thatjächlichkeit des Eigenthums, und der Besizesschutz eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumschuzes, eine dem Eigenthümer zuge dachte Beweiserleichterung. Der Eigenthümer sei regelmäßig zugleich Besizer. Im Besize vertheidige er sein Eigenthum. Der Besiz lasse sich daher als Eigenthumsposition, als ein Vorwerk des Eigenthums bezeichnen. Nicht um des Besizes willen sei der Besizesschutz da; nur um des Eigenthums willen sei er geschaffen. Aber freilich könne man diesen Schutz dem Eigenthümer nicht zuwenden, ohne zugleich den besizenden Nichteigenthümer daran Theil nehmen zu lassen. Es sei dies die leidige, aber unvermeidliche Konsequenz der dem Eigenthümer zuge dachte Beweiserleichterung, der Preis, den das Gesetz zahlen müsse, um dem Eigenthümer den ihm zuge dachte erleichterten Eigenthumschutz zuzuwenden.

Hiernach bleibt aber unerklärt, daß selbst der liquide Nachweis des Nichteigenthums des Besizers gegenüber der possessörischen Klage ausgeschlossen ist. Beispielsweise kann der vom Ehegatten beschenkte Gatte kein Eigenthum am Geschenke erlangen, da das Gesetz Schenkungen unter Ehegatten für nichtig erklärt; aber die römischen Juristen erklären ausdrücklich, daß er am Geschenke juristischen Besiz habe.<sup>7</sup> Der Besiz kann also nicht bloß um des vermutheten Eigenthums willen geschützt sein.

Unter den absoluten Theorien ist die Willenstheorie die verbreitetste. Der im Besize realisirte Wille, obgleich er rein faktisch ist, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte steht, muß, sagt man, doch der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden. Denn der Wille ist an sich und seinem Wesen nach frei, die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das gesammte Rechtssystem. Zwang und Gewalt gegen den Willen sind also ohne Rücksicht auf seine Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches ein Schutz gegeben sein muß.<sup>8</sup>

Auch diese Argumentation ist nicht durchschlagend. Denn im

eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat. si a possessione cadit... quod non placet. Vgl. Bruns in Beffers Jahrbuch Bd. 4 S. 56.

6) Shering a. a. D. S. 45.

7) l. 1 § 4 D. de a. vel o. p. 41. 2. Paulus libro 54 ad edictum. Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem.

8) Bruns, Recht des Besizes § 58, vgl. Windscheid Bd. 1 § 148 Anm. 6.

Streite um den Besitz steht Wille gegen Wille, Person gegen Person. Warum hat nun der Wille dessen, welcher den Besitz zu behaupten sucht, das Uebergewicht über den Willen dessen, der ihn zu erlangen strebt? Die Willenstheorie kann diese Frage nicht lösen. Sie sagt uns nichts darüber, warum die Thatsache des Besitzes den Willen des einen über den des anderen erhebt.<sup>9</sup>

Die Lösung des Problems ist unserer Ansicht nach folgende: der Besitz ist die thatsächliche Gesellschaftsordnung, die gegebene Vertheilung der Sachgüter. Er gewährt dem Individuum unmittelbar die Werkzeuge seiner Thätigkeit, die Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse. Eine willkürliche Unterbrechung dieses thatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersehbliche Störung herbeiführen. Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens. Sie ist zur Erhaltung der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger, wie der Rechtsschutz erfordert.<sup>10</sup>

#### § 171. Die Entwicklung der Besitzinterdikte.

Das Verständniß der römischen Besitzlehre ist zum nicht geringen Theile von der richtigen Einsicht in die Entwicklung der possessoriischen Interdikte abhängig.

Zwei Ansichten stehen sich gegenüber. Nach der einen geschah die Einführung der Besitzinterdikte zur Feststellung des Besitzers beim Eigenthumsstreit.<sup>1</sup> Nach der anderen schuf der Prätor die Besitzinterdikte zunächst zu Gunsten von Personen, die nur Besitz, nicht Eigenthum hatten, insbesondere der Possessoren von Gemeinland.<sup>2</sup>

9) Stahl, Philosophie des Rechtes Bd. 2 Abth. 1 S. 304 ff. 5. Auflage.

10) Das Wesen des Besitzes hat Goethe treffend im 12. Buch von Wahrheit und Dichtung erfaßt, indem er von den Reichskammerrichtern jagt: „Frisch arbeiteten sie weg, was kurz abgethan werden kann und muß, was über den Augenblick entscheidet oder was sonst leicht beurtheilt werden kann. Die Sachen von schwererem Gehalt, die eigentlichen Rechtshändel, blieben hingegen im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn wenig kümmern.“

1) Dieser Ansicht ist Ihering a. a. D., Bekker, Recht des Besitzes S. 99 ff.

2) Ausführung und Begründung giebt Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechtes 1883. Gegen diese Schrift polemisiert Bekker, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, neue Folge Bd. 5 S. 143 ff. Er hat sich aber in deren Gedankengang nicht versetzt und seine Einwendungen sind unzutreffend. Possessio ist den Römern nicht bloß der Eigenthumsbesitz, sondern auch Besitz

Die erstere Auffassung ist viel verbreitet, aber nicht haltbar. Sie steht in Widerspruch mit dem, was wir von der ältesten Eigenthumsklage, der *vindicatio sacramento* wissen. Diese war zweiseitig. Sie stand dem Besitzer, wie dem Nichtbesitzer offen. Sie hatte hiernach, wie es scheint, die Funktion einer Besitzklage neben der einer Eigenthumsklage. Ließ sich das Recht an der Sache nicht klar stellen, so fiel beim Urtheil — da einer der Streitenden obliegen mußte — nothwendig der bisherige Besitz entscheidend in das Gewicht, so daß man den Besitzer als Eigenthümer behandelte. Eine besondere possessoriische Klage war neben dieser Vindikation kein Bedürfniß und unbekannt.

Zur Zeit der Republik bildeten die Objekte, die im *quiritarischen* Eigenthum standen, nur einen Theil des Vermögens der Römer. Von sehr großer Bedeutung waren daneben die *possessiones am ager publicus*. Diese Besitzthümer vererbten sich thatsächlich von Geschlecht zu Geschlecht; sie gingen durch Kauf, Doßbestellung und andere Ge-

anderer Art, insbesondere derjenige des *Præfariiten*. Wie haben wir die Erscheinung zu erklären, daß Besitz von so verschiedener Art einem Begriff unterstellt ist? Die Entwicklungsgeschichte der possessoriischen Interdikte giebt uns den Fingerzeig. Bildeten sich die Interdikte ursprünglich bei einem präfariitischen Verhältniß, wurden sie erst später auf den Eigenthumsbesitz übertragen, so ist das Problem bis zu einem gewissen Grade gelöst. Von diesem Gesichtspunkte aus hat die Behauptung Niebuhrs, die ich weiter begründete, daß sich die possessoriischen Interdikte bei den *Possessionen am Gemeinland* — einer Art des *precarium* — bildeten, eine Bedeutung für das Dogma der Besitzlehre, welche bisher nicht gewürdigt war. Bekker stellt sich meinen Ausführungen durchweg mit Leugnern oder mit Nichtwissen gegenüber. Er leugnet die begriffliche Identität, ja selbst die „Ähnlichkeit“ des Besitzes am Gemeinland mit dem *precarium*. Aber bei beiden Verhältnissen handelt es sich um Ueberlassung „auf Widerruf“. Das Wesen der Sache ist also bei beiden dasselbe. Bekker leugnet ferner das Bedürfniß des possessoriischen Schutzes der Possessorien am Gemeinland. Ich aber halte es für undenkbar, daß ein großer, vielleicht der größte Theil des römischen Grundbesitzes Jahrhunderte lang ohne jeden Rechtsschutz war. Bekker leugnet, daß die Interdikte geeignete Schutzmittel für die Possessionen waren. Ihm deucht, es habe sich *utilis vindicatio*, wie bei *Superficiis* und *Veftigalland* eher empfohlen. Aber die *utilis vindicatio* führt nicht in die *Legisaktionszeit* hinaus, um die es sich doch handelt! Sie wurde erst zur Zeit des *Formularprozesses* möglich. Auch war gerade die *Superficiis* durch ein dem *interdictum uti possidetis* sehr ähnliches Interdikt geschützt, vgl. l. 1 pr. D. *superficiibus* 43. 18. Bekker leugnet ferner die Beweiskraft der *Quellenzeugnisse* dafür, daß der Besitz am Gemeinland durch die possessoriischen Interdikte geschützt wurde. Seine Interpretation der Stelle von *Festus* ist aber nicht ausreichend. Bekker leugnet auch, daß sich in den Formen des alten Prozesses dessen Grundgedanken spiegeln. Daran muß man jedoch festhalten. Bekker hat den Nachweis nicht entkräftet, daß sich die possessoriischen Interdikte beim Besitze von Gemeinland, einem präfariitischen Verhältnisse, zunächst ausbildeten, und seine Ausführungen rechtfertigen sein Urtheil nicht, daß ich in meiner Schrift „nichts geleistet habe“, „nichts habe leisten können“. Ganz ähnliche Wendungen läßt Bekker an anderen Orten den römischen Juristen sowie dem Reichsgerichte angedeihen. Möge Bekker doch an seine eigenen Arbeiten den Maßstab anlegen, den er für andere bereit hält. Er hätte dann Werke wie sein Recht des Besitzes nicht verfaßt oder wenigstens nicht veröffentlicht.

schäfte unter Lebenden von Hand zu Hand. Aber Eigenthümer waren die Possessoren nicht. Das Eigenthum am gemeinen Lande gehörte vielmehr unentziehbar der römischen Republik. Viehhundertjähriger Besitz konnte hieran nichts ändern.

Die Possessoren hatten im Falle des Verlustes ihres Besitzes und gegenüber Störungen keine Eigenthumsklage. Dennoch waren rechtliche Schutzmittel für sie unentbehrlich, geordnete Verhältnisse ohne solche nicht denkbar. Es ist höchst wahrscheinlich, daß das *interdictum uti possidetis*, die hauptsächlich possessoriische Klage, gerade zum Schutze des Besitzes des gemeinen Landes geschaffen wurde.<sup>3</sup> Dasselbe bildete gleichsam die Vindikation der Possessionen am Gemeinland. Es war deshalb der *vindicatio sacramento* bis in die Einzelheiten hinein nachgebildet.

Des weiteren gab man die possessoriischen Interdikte auch den präkaristischen Besitzern von Objekten, die des quiritarischen Rechtes fähig waren. Auch diese Besitzer entbehrten der Eigenthumsklage, waren aber des Schutzes ihres Besitzes dringend bedürftig. Es galt dies namentlich für die Schuldner, welche ihren Gläubigern ihre Grundstücke zum Zwecke des Pfandrechtes unter *fiducia* als Eigenthum übertragen hatten und dieselben als *Præcarium* zurückempfangen, so daß sie in dieser Eigenschaft in ihren Grundstücken saßen.

Seit dem Formularprozeß trat in der Vindikation eine tiefgreifende Veränderung ein. Sie wurde nunmehr eine einseitige Klage des nichtbesitzenden Eigenthümers gegen den besitzenden Nichteigenthümer. Daher war jetzt nothwendig behufs Vorbereitung des Eigenthumsprozesses die Frage, wenn sie streitig wurde, besonders zu entscheiden, wer Besitzer und wer Nichtbesitzer war, wer also der Eigenthumskläger, wer der Eigenthumsbeklagte und in Folge dessen beweispflichtig sei.

3) Vgl. Festus v. *possessio*, dessen Text Huschke über die Stelle des Varro S. 93 im wesentlichen unzweifelhaft richtig unter Verbesserung von Korruptelen hergestellt hat. *Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit ut praetor his verbis utatur: uti nunc possidetis eum fundum q. d. a. quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis: adversus ea vim fieri veto.* Hier wird offenbar das Interdikt nicht als etwas präparatorisches für die Vindikation hingestellt. Es erscheint vielmehr als Rechtsmittel des possessor zum Ersatz der fehlenden Vindikation. Derartige Possessoren, welche die Vindikation nicht hatten, waren zur Zeit des Aelius Gallus vorzugsweise diejenigen von Gemeinland.

Die possessoriſchen Klagen dienten ſeitdem inſondere der Entſcheidung über den Eigenthumsbeſitz und zur Vorbereitung des Eigenthumsprozeſſes.<sup>4</sup> Aber auch dem Schutz von Beſitz anderer Art blieben ſie offen.

## Zweites Kapitel.

### Die Arten des Beſitzes.

#### § 172. Der juristische Besitz und die Detention.

Die klaſſiſchen römischen Juristen unterſcheiden ſcharf die *possessio* oder den juristiſchen Beſitz einerſeits, und daß in *possessione esse*, die bloße Detention oder Gewahrſam andererſeits.<sup>1</sup> Doch ſehen ſie ſich nicht bemüht, dieſe beiden Begriffe zu definiren.

Im Sinne der Quellen iſt juristiſcher Beſitz — *possessio* — der durch die possessoriſchen Interdikte geſchützte Sachbeſitz; bloße Detention iſt ein nicht durch die Interdikte geſchütztes Machtverhältniß über die Sache.<sup>2</sup>

Die Eintheilung beruht alſo nicht auf einer grundmäßigen Verſchiedenheit. Ob ein Beſitz die Eigenschaft des juristiſchen hatte, beſtimmten vielmehr hiſtoriſche und praktiſche Momente.

Gemeinſam iſt allerdings allen Arten des juristiſchen Beſitzes der *animus sibi possidendi*, d. h. die Abſicht, die Sache für ſich auſſchließlich thatſächlich zu beherrſchen. Aber die Ziele und Gedanken, welche ſich hiermit verbinden, können verſchiedene ſein. Man kann

4) Vom Standpunkte der Kaiſerzeit und des unter Hadrian redigirten prätorischen Ediktes rechtfertigt ſich die Aeußerung von Gajus Inst. IV § 148 *retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat: cujus rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrobi*. Aehnlich Ulpian in l. 1 §§ 2 und 3 D. *uti possidetis* 43, 17.

1) Dieſe Unterſcheidung gehört erſt der Kaiſerzeit an. Quintus Mucius Scaevola aus der letzten Zeit der Republik kannte ſie entweder noch nicht, oder erachtete ſie wenigſtens nicht als maßgebend l. 3 § 23 D. *de a. vel o. poss.* 41, 2. Geſchäftig war ſie dem Juristen Pegasus l. 9 D. *rei vind.* 6, 1. Bei Pomponius und Ulpian erſcheint ſie als fundamental. Vgl. die l. 10 § 1 D. *h. t.* 41, 2, abgedruckt unten § 173 Anm. 2.

2) Vgl. Bekker, kritiſche Vierteljahrsſchrift Bd. 18 S. 15, Pernice in der Zeitſchrift für Handelsrecht Bd. 22 S. 423.

bezwecken, die Sache wie ein Eigenthümer zu behandeln, aber auch, die Herrschaft als Prefarist, als Pfandgläubiger auszuüben.<sup>3</sup>

Die herrschende Ansicht, welche Savigny begründete, ist eine andere. Sie lehrt, daß juristischer Besitz die Herrschaft mit der Absicht sei, die Sache wie die eigene zu behandeln und keinen andern als Eigenthümer anzuerkennen — *animus domini* —, daß also juristischer Besitz mit dem Eigenthumsbesitz identisch sei. Dagegen sei Detention ein Machtverhältniß an der Sache ohne die Absicht, sich als Eigenthümer zu betragen.<sup>4</sup>

Es giebt aber zahlreiche Fälle, in denen man juristischer Besitzer ist, obgleich man die Absicht nicht hat, sich als Eigenthümer zu betrachten. Es gehört hierher unter anderem der Besitz des Prefaristen, des Pfandgläubigers.

Die herrschende Meinung betrachtet diese Arten des juristischen Besitzes als anomale. Sie erfand den Begriff und die Bezeichnung des abgeleiteten Besitzes. Es übertrage nämlich der Besitzer hier singulärer Weise seinen Besitz auf einen andern; dieser sei in Folge dessen Besitzer ohne eigenen *animus domini*, sein Besitz habe den Charakter des juristischen wegen des Besitzwillens des Autors.

Es ist begreiflich, daß sich viele hierbei nicht beruhigen mochten und sich durch die scharfe Zurückweisung nicht schrecken ließen, die ihr Widerspruch erfuhr.<sup>5</sup> Der juristische Besitz wird von Savigny nach inneren begrifflichen Merkmalen bestimmt. Trotzdem wird hinterher etwas juristischer Besitz genannt, was dieser begrifflichen Merkmale entbehrt. Das wesentliche des Besitzers soll der *animus domini* sein, d. h. die Absicht, sich wie ein Eigenthümer zu betragen; schließlich aber findet sich eine Reihe von Besitzern, welche diese Absicht nicht haben. Der Besitz wird grundsätzlich als ein Zustand aufgefaßt, der in der eigenen

3) Die römischen Juristen sprechen von *animus possidentis*. l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2 a. *possidendi* l. 41 D. de reb. cred. 12, 1, *possidendi affectus* l. 3 § 3 D. eod. u. i. f., aber niemals von *animus domini*. Vgl. Rudorff in Savignys 7. Auflage S. 603. Diese Bemerkung hat keineswegs bloß terminologischen Werth, wie Rudorff a. a. D. annimmt. Sie beweist vielmehr, daß den römischen Juristen der Gedanke fremd war, daß der *animus domini* das charakteristische für den juristischen Besitz bilde. Nicht selten behauptet man, daß Theophilus den Besitz als Innehabung mit dem *animus domini* bezeichne. Er spricht aber nur von Herrschaftswillen *τὸ ψυχῆ δευροζοῖτος κατέχειν*.

4) Insbesondere Savigny § 9. Brinz Bd. 1 § 139 spricht von „anvertrautem Besitz“. Der Ansicht von Savigny huldigen u. a. Puchta, Pand. § 125, Keller, Pandektenvorlesung § 118, Bangerow Bd. 1 § 200 Anm. 1, Arndts, Pand. § 135, Brunß, Recht des Besitzes § 2, Brinz a. a. D. Modificirt ist sie bei Wächter Bd. 2 S. 32 und Windscheid Bd. 1 § 149 Anm. 7.

5) Savigny im Zusatz zur 6. Ausgabe § 9 läßt die Dissidenten Revue passiren und weist sie zurück. Vgl. auch Rudorff zu Savigny num. 39 S. 606.

That und in dem eigenen Willen des Besitzers wurzelt, und doch erscheint eine Anzahl von Besitzern, deren Besitz sich von dem Willen eines anderen herleitet. Dabei findet sich keine Spur in den Quellen davon, daß der Besitz des Prefaristen, des Pfandgläubigers etwas anomales sei. Die Bezeichnung ihres Besitzes als abgeleiteten insbesondere hat in den Quellen keinen Anhalt.

Die Quellen selbst identificiren den juristischen Besitz nirgends mit dem Eigenthumsbesitz. Sie setzen das entscheidende Kriterium nicht in den *animus domini*. Die Schwierigkeit, um welche es sich hierbei handelt, ist also eine selbstgeschaffene.

Der abgeleitete Besitz bildet eine gekünstelte, den Quellen fremde juristische Konstruktion. Nur zu lange hat er die römische Besitzlehre verwickelt und verdunkelt. Möge sie in ihrer einfachen Klarheit wieder zu allgemeiner Anerkennung kommen.

### § 173. Die Fälle des juristischen Besitzes.

Juristischen Besitz hat vor allem

1. der Eigenthumsbesitzer. Dies ist der Besitzer, welcher sich wie ein Eigenthümer betragen und niemanden als über sich stehend anerkennen, die Sache also als eigene behandeln will — *animus domini*. Nicht wesentlich ist der Glaube Eigenthümer zu sein — die *opinio dominii*. Auch der Dieb und Räuber hat daher Eigenthumsbesitz, obgleich er sein Nichtrecht kennt und in strafbarer Weise in den Besitz kam.

2. Juristischer Besitzer ist ferner der Prefarist, d. h. wer die Sache eines Dritten unentgeltlich auf Widerruf zum Besitz erhält.<sup>1</sup> Ursprünglich schrieb man dem Prefaristen schlechthin juristischen Besitz zu. In der Zeit der klassischen römischen Jurisprudenz kam eine Form des Prefariums auf, bei welcher der Prefarist durch besondere Verbindung statt juristischen Besitzes bloße Detention erhielt.<sup>2</sup>

3. Der *Emphyteuta*, welcher das vererbliche und veräußerliche Recht voller Nutzung eines Grundstückes hatte, ist gleichfalls als

1) l. 4 § 1 D. de precario 43, 26 Ulpianus libro 71 ad edictum. *Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.*

2) l. 10 § 1 D. de a. vel. o. p. 41, 2. Ulpianus libro 69 ad edictum. *Pomponius bellissime temptat dicere, numquid, qui conduxerit quidem praedium precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset — est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa — quod si factum est, utrumque procedit.*

juristischer Besitzer der Sache anzusehen. Aller Wahrscheinlichkeit hatten die Besitzer von Vectigalländereien längst die possessoriſchen Interdikte, ehe der Prätor ſie durch Gewährung einer vindicatio utilis in die Reihe der dinglich Berechtigten ſtellte. Juristischen Besitz hat auch der Superficiar.<sup>3</sup>

4. Es wurde ferner dem Pfandgläubiger juristischer Besitz zuſtanden, wenn er in der Innehabung der Pfandsache war.<sup>4</sup> Dies ohne Unterschied, ob ihm ein Faustpfand gegeben oder eine Hypothek beſtellt war.

5. Endlich hat juristischen Besitz auch der Sequester, welcher eine Streitſache mit der Beſtimmung zur Verwahrung erhält, daß er ſie je nach dem Ausgange des Streites dem einen oder dem anderen der Streitenden herausgebe.<sup>5</sup>

Im Sinne des heutigen Rechtes muß man dem Finder nicht

3) l. 15 § 1 D. qui satisfacere 2, 8 Macer libro 1 de appellationibus: ... sed et qui vectigalem id est emphyteuticum fundum possidet possessor — in Bezug auf die Kautionspflicht — intelligitur. Arndts, civ. Schriften Bd. 1 n. 22, geſteht dem Emphyteuta bloßen Rechtsbeſitz zu, nicht aber Sachbeſitz. Es iſt jedoch die Neuerung von Macer nicht ohne Gewicht und in den Quellen findet ſich nichts, was ſie entkräften könnte. — Daß man auch dem Superficiar juristischen Besitz zuſchrieb, ergibt l. 1 § 5 D. de vi 43, 16. Denn hiernach wurde das interdictionum unde vi, welches nur juristischen Besitzern zuſteht, dem Superficiar gewährt.

4) Der Verpfänder beſitzt daneben „ad usucapionem“, d. h. die Erſitzung läuft ihm also fort, trotzdem daß die Sache nicht mehr in ſeiner Hand, ſondern in der des Pfandgläubigers iſt. l. 16 D. de usurp. 41, 3. Javolenus libro 4 ex Plautio. Servi nomine, qui pignori datus est. ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia, qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio ejus, qui pignori dedit. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 50 ff.

5) Die herrſchende Meinung geht dahin, daß der Sequester nur dann juristischer Besitzer ſei, „wenn die Parteien aus drücklich beſtimmen, daß dieſer Dritte den Besitz haben ſolle, damit durch dieſen Besitz alle bisherige Usucapion unterbrochen werde“. Savigny § 25 S. 301. Vgl. Rudorff hierzu a. a. D. S. 665. Man wird zugeſtehen müſſen, daß eine derartige ausdrückliche Beſtimmung über die Ueberlaſſung des Beſitzes ſeltſam iſt und nicht leicht praktiſch wird. Nach unſerer Anſicht hatte der Sequester ſtets juristischen Besitz. In der Regel beſaß der bisherige Besitzer wie der Verpfänder durch den Sequester „ad usucapionem“ fort. Die Beſthelligten konnten aber vereinbaren, daß dem bisherigen Usucapienten die Zeit während der Sequeſtration nicht eingerechnet werden ſolle. Dies nur ſagt l. 39 D. h. t. 41, 2 Julianus libro 2 ex Minicio. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Hiermit ſtimmt l. 17 § 1 D. depositi 16, 3 Florentinus libro 7 institutionum Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet — d. h. nur dann beſitzt der Depositar, wenn er Sequester iſt — id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Der Schlußſatz ſcheint in der Kompilation verderbt, berührt aber die Frage nicht, ob der Sequester beſitzt.

weniger wie dem Sequester possessoriſchen Schutz, also Sachbesitz zuschreiben, denn seine Stellung ist eine analoge.<sup>6</sup>

### § 174. Die Fälle der Detention.

Nachte Detention — in possessione esse — bilden Machtverhältnisse über eine Sache, welche des possessoriſchen Schutzes entbehren. Das wichtigste gemeinsame Merkmal ist also ein negatives.

Nur in physischem Sinne liegt Detention dann vor, wenn eine körperliche Beziehung stattfindet, ohne daß sich der Wille oder die Macht findet, sie festzuhalten. Es hat z. B. ein Wahnsinniger etwas erfaßt, einem Schlafenden ist etwas in die Hand gegeben. Solche Verhältnisse haben keine rechtliche Bedeutung.<sup>1</sup>

Die Detention wird also erst dann zu einem relevanten Verhältniß, wenn der Wille des Inhabers auf sie gerichtet ist.

Dies ist der Fall, wenn Personen, die des Vermögens und Besitzes unfähig sind, etwas innehaben, z. B. der römische Sklave,<sup>2</sup> oder wenn man Objekte, die außerhalb des Vermögensverkehrs stehen, in seine Gewalt gebracht hat.

Die allgemeinste juristische Bedeutung hat die Innehabung einer Sache für einen anderen — das *alieno nomine possidere*. Der Vertreter hat Detention, weil er für den Vertretenen besitzen will, der Vertretene hat den juristischen Besitz, weil er durch den Vertretenen die Gewalt über die Sache hat und für sich besitzen will. Eine derartige Detention haben Vormünder, Mandatare, Bedienstete, Depositare an den ihnen anvertrauten Objekten.<sup>3</sup>

Auch Miether und Pächter haben bloße Detention der Miethsache für die Vermiether und Verpächter.<sup>4</sup> Sie entbehren jedes eigenen Besitzschutzes, sie können sich daher nicht selbständig in der Sache halten und sind einzig auf ihre persönliche Forderung gegenüber dem Vermiether und Verpächter angewiesen. Die Härten dieser römischen

6) Mandry, zur Lehre von dem Besitzwillen im Archiv für civ. Pragis Bd. 64 n. 1.

1) l. 1 § 3 D. h. t. 41, 2 Paulus libro 54 ad edictum. *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.*

2) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2.

3) l. 1 § 20 D. h. t. 41, 2.

4) l. 10 D. h. t. 41, 2.

Rechtsjäge sind jedoch gemeinrechtlich in Folge veränderter wirthschaftlicher Verhältnisse und socialer Anschauungen gemildert.

Ein eigenartiger Fall der Detention — des in possessione esse — entstand durch die Einweisung der Gläubiger in das Vermögen oder auch einzelne Objekte ihrer Schuldner seitens des Magistrates und die Besitzergreifung seitens der Gläubiger auf Grund der Immission. Der Schuldner wurde in Folge dessen nicht verdrängt; der Gläubiger hatte eine Obhut — custodia — und Innehabung.<sup>5</sup>

### § 175. Eintheilungen und Namen des Besizes.

1. Die römischen Juristen stellen häufig possessio civilis und naturalis einander gegenüber. Welche Begriffe sie aber mit diesen Ausdrücken verbinden, sagen sie nirgends. Sie setzen die Kenntniß voraus. Unter den neueren ist der Sinn streitig.

Nach unserer Ansicht bezeichneten die Römer den Besitz als civilis, welcher nach seinem Erwerbstitel als dem Vermögen des — vermögensfähigen — Besitzers rechtlich zugehörig erscheint.<sup>1</sup>

Herrschend ist derzeit die Erklärung von Savigny.<sup>2</sup> Hiernach ist possessio civilis Besitz, welcher zur Usufapion führt, possessio naturalis Besitz, welchem diese Wirkung abgeht. Die possessio naturalis zerfällt nach Savigny weiter in possessio im technischen Sinne, d. h. Interdikten-Besitz und possessio naturalis im engeren Sinne, d. h. bloße Detention.<sup>3</sup>

5) l. 3 § 23 D. h. t. l. 10 § 1 D. eod. abgedruckt oben § 173 Anm. 2.

1) Die Unterscheidung von possessio naturalis und civilis steht hiernach in Verbindung mit der Auffassung, wonach „honorum appellatio aut naturalis aut civilis est“. l. 49 D. de V. S. 50, 16 oben § 22 Anm. 4. Für unsere Erklärung sprechen namentlich l. 26 pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1 und l. 1 § 9 und § 10 D. de vi 43, 10. Die von ihrem Gatten beschenkte Ehefrau hat juristischen Besitz, das Geschenk ist also naturaliter in ihrer Gewalt, aber jure civili possidere non intelligitur, denn im Rechtsinn bleibt das Geschenk ihrem Vermögen fremd. Auch die l. 3 § 15 D. ad exhibendum 10, 4 unterstützt diese Erklärung. Denn daß der Pfandgläubiger keinen Civil- sondern bloßen Naturalbesitz hat, rechtfertigt sich daraus, daß die Pfänder, welche der Gläubiger besitzt, zu seinem Vermögen im Rechtsinne nicht gehören. Aus demselben Grunde wird ferner den Sklaven die civilis possessio abgesprochen. Sie können im Rechtsinne kein Vermögen haben. Vgl. l. 24 D. de a. vel. o. poss. 41, 2, l. 38 §§ 7 und 8 D. de verb. obl. 45, 1. Die l. 2 § 1 D. pro herede 41, 5 steht keinesfalls im Widerspruch. Einen etwas anderen Sinn hat der Ausdruck aber wohl in l. 7 § 1 D. ad exhibendum 10, 4. Wenn hier gesagt wird, man besitze das einem Wagen eingefügte Rad civiliter nicht, so heißt das, man besitzt es nach den Grundsätzen des Rechtes nicht. Man besitzt es auch nicht einmal naturaliter.

2) Savigny, Besitz § 7.

3) Eine andere Ansicht versteht unter possessio civilis den Usufapions- und Interdiktenbesitz, so daß possessio naturalis und civiliter non possidere immer

2. Die Ausdrücke *possessio justa* und *injusta* werden von den Römern in verschiedenem Sinne gebraucht.

*Justa possessio* heißt einmal rechtmäßiger Besitz, d. h. der auf einem gehörigen Rechtsgrunde beruhende;<sup>4</sup> *injusta possessio* ist der Besitz ohne Rechtsgrund.

Dann aber versteht man unter *injusta possessio* Besitz, den man gegenüber einem Gegner in fehlerhafter Weise, d. h. *vi. clam* oder *precario* hat.<sup>5</sup> *Vi* ist der durch Ueberwältigung des Besitzers, *clam* der hinter dessen Rücken heimlich erworbene Besitz. Der *precario* auf Widerruf eingeräumte Besitz wird *vitiös*, wenn man die Sache im Fall einer Zurückforderung nicht zurückgibt. Im Gegensatz hierzu ist *justa possessio* Besitz, welcher formell fehlerfrei ist.

3. Redlichen Besitz — *bona fide possessio* — hat, wer aus gutem Grunde glaubt, daß sein Besitz mit dem Rechte übereinstimmt, unredlichen Besitz — *mala fide possessio* —, wer weiß oder wissen muß, daß sein Besitz mit dem Rechte nicht übereinstimmt.<sup>6</sup>

---

auf die Ausschließung der Interdikte hinweise. Dies ist jedenfalls unrichtig, denn der Pfandgläubiger hat Interdiktenbesitz und wird in l. 3 § 15 D. ad exhibendum 10, 4 als ein Besitzer bezeichnet, welcher naturaliter incumbit possessioni. Mehr verbreitet ist die Ansicht Vangerow's Bd. 1 § 199 Anm. Hiernach ist *possessio civilis* vorhanden, wenn jemand die Detention, verbunden mit dem *animus domini* hat, *possessor naturalis* ist aber derjenige, welcher zwar detinirt, aber diesen *animus* entweder wirklich nicht hat oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache *extra commercium* oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist oder der Besitz aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäfte abgeleitet wird. In den letzten Fällen könne, sagt man, zwar faktisch der *animus domini* vorhanden sein, allein in den Augen des Gesetzes sei er nicht vorhanden. Aber das Gesetz erkennt den *animus sibi possidendi* doch insofern an, als es diesem Besitzer die Interdikte zuspricht! Die Ansicht ist eine gekünstelte.

4) l. 24 D. de a. vel o. p. 41, 2. l. 7 § 3 D. comm. div. 10, 3. l. 31 § 2 D. de her. pet. 5, 3. Pernice, *Labes* Bd. 2 S. 180 ff. Der Pfandgläubiger hat *justa possessio*, wie auch der Prefarist, l. 13 § 1 D. de Publ. act. 6, 2. nur civiliter besitzen sie nicht, weil die besessene Sache nicht zu ihrem Vermögen gehört.

5) l. 1 § 9, l. 2 D. uti possidetis 43, 17. l. 19 pr. D. d. precario 43, 26. Savigny, Besitz S. 103.

6) Ueber den Begriff vergl. unten § 194.

## Drittes Kapitel.

## Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes.

## § 176. Allgemeine Voraussetzungen.

Der juristische Besitz begründet reale Beziehungen zwischen einem Subjekte und einem Objekte.

1. Subjekt des juristischen Besitzes können nur vermögensfähige Personen sein. Sklaven entbehrten in Rom der Fähigkeit juristischen Besitzes, weil sie nicht Personen, Hauskinder, weil sie nicht vermögensfähig waren.<sup>1</sup> Im justinianischen und im heutigen Rechte sind Hauskinder besitzfähig.<sup>2</sup>

2. Objekt des juristischen Besitzes sind körperliche Sachen,<sup>3</sup> die im Eigenthume von Privaten stehen können. Sachen außerhalb des Verkehrs, z. B. öffentliche Plätze, Festungsterrains, sind besitzunfähig.<sup>4</sup> Auch an Meeresstrecken, die man thatsächlich durch Fischerei und Befahren ausschließlich benutzt, besteht kein juristischer Besitz.<sup>5</sup>

Besonderer Besitz ist nur an Objekten möglich, die eine besondere Individualität haben. Der Besitzer eines Ganzen hat daher nicht etwa außerdem besonderen Besitz der einzelnen Bestandtheile dieses Ganzen. Dies gilt namentlich für verbundene Sachen. Der Hauseigenthümer z. B. besitzt nicht außer seinem Hause dessen Ofen, Treppen, Fenster als Mobilien. Der besondere Besitz,

1) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2. Papinianus libro 2 definitionum. Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed etiam juris est.

2) Besitzunfähig sind partikularrechtlich Klostergeistliche.

3) l. 3 pr. D. h. t. 41, 2. Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. An Sache samtheiten ist Besitz nicht möglich, er besteht nur an den einzelnen Stücken, vgl. oben § 68 Anm. 7.

4) l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum . . . locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, et si contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum. Aber vgl. Rudorff zu Savigny Zusatz n. 36. Der Besitz an öffentlichen Sachen ist Privaten verschlossen. Dagegen haben nach der heutigen Auffassung Staat und Gemeinde Besitz an ihren öffentlichen Sachen und possessoriischen Schutz.

5) l. 13 § 7 D. de injuriis 47, 10. Insbesondere ist eine Besitznahme von Meeresstrecken z. B. behufs ausschließlicher Fischerei unzulässig. Wenn aber durch Privilegium jemandem das ausschließliche Fischereirecht an einer Strecke des Meeres verliehen sein sollte, dann ist auch Besitz möglich und es wird ihm possessoriischer Schutz gewährt. l. 14 D. de injuriis 47, 10.

welchen er an solchen Baumaterialien hatte, geht vielmehr durch deren Einfügung in sein Haus unter.<sup>6 7</sup>

### § 177. Ursprünglichkeit des Besitzerwerbes.

Alle Besitzerwerb ist originär.<sup>1</sup> Der Besitz beruht auf unserem Willen und dem hierdurch geschaffenen Verhältniß. Erforderlich ist stets:<sup>2</sup>

- a) animus, d. h. der Wille, die Sache für uns zu beherrschen, und
- b) corpus, d. h. Herstellung des realen Herrschaftsverhältnisses.

6) Diese Sätze entsprechen der Logik. Sie werden auch von den römischen Juristen mit Bestimmtheit ausgesprochen. l. 23 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3 Javolenus libro 9 epistularum. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegitur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempore de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur... l. 30 pr. D. de a. vel o. p. 41, 2 Paulus libro 15 ad Sabinum. Qui universas aedes possedit singulas res, quae in aedificio sunt non videtur possedis: idem dici debet et de nave et de armario. Die neueren Schriftsteller haben sehr verschiedene Ansichten, vgl. u. a. Savigny § 22, Thibaut im Archiv für civ. Praxis Bd. 7 n. 3, Sintenis ebendasselbst Bd. 20 n. 4, Stephan ebendasselbst Bd. 31 n. 373, Fape in Lindes Zeitschrift Bd. 4 n. 6. Eine Zusammenstellung giebt Rengerow Bd. 1 § 204 Anm. 2. Im Widerspruch mit den Grundsätzen, von denen Javolenus ausgeht, scheint l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3 zu stehen. Pomponius libro 30 ad Sabinum. Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. In dem von Labeo besprochenen Rechtsfalle handelte es sich nur noch um zehn Tage, die zur Mutation erfordert waren. Es ist aber klar, daß das entscheidende nicht in der Zeit von zehn Tagen liegt, sondern darin, daß die Säule, welche man bislang als solche besaß, in das Haus, welches man besitzt, verbaut ist. Nach unserer Ansicht will Labeo nicht den Untergang des besonderen Besitzes an der Säule in Folge ihrer Verbindung leugnen. Vielmehr liegt einer der Fälle vor, in welchen sich die Erlösung während einer Zeit vollendet, in welcher die Sache nicht im Besitze des Usucapienten war. Es handelt sich also um eine Besonderheit des Erlösungsrechtes, nicht um eine Anomalie in der Gestaltung der Lehre des Besitzes.

7) Bezüglich der mit einer anderen Moblie verbundenen Moblie, die in der Verbindung ihre Erkennbarkeit behält, waren die römischen Juristen uneinig. In der oben citirten l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3 fährt Pomponius libro 30 ad Sabinum fort: quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verius est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Paulus dagegen in der l. 6 und Ulpian in der l. 7 §§ 1 und 2 D. ad exhibendum 10, 4 gehen davon aus, daß nur das Ganze und nicht die verbundene Sache in dem Ganzen besessen würde. Diese Auffassung ist die folgerechte und daher vorzuziehen.

1) Klar und scharf spricht dies Paulus libro 54 ad edictum l. 1 § 2 D. h. t. aus: Apiscimur autem possessionem per nosmet ipsos.

2) l. 3 § 1 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum. Et apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore.

Die Mitwirkung anderer Personen ist oft nothwendig, um die Bedingungen unserer Herrschaft herzustellen und derselben Raum zu machen. Aber sie hat nur die Bedeutung einer Hülfe. Dies gilt auch in den Fällen, in welchen der Besitzerwerb auf Grund einer Tradition geschieht.

Manche Schriftsteller fassen die Tradition des Besitzes als Begründung einer Succession des Empfängers in den Besitz des Tradenten auf.<sup>3</sup> Aber eine Succession liegt nur in dem Sinne vor, daß eine zeitliche Aufeinanderfolge stattfindet, nicht in der Weise, daß der Besitz des Erwerbers abhängig ist vom Besitze des Tradenten. Der Empfänger wird insbesondere auch dann Besitzer, wenn der Tradent die übergebene Sache nicht besaß, z. B. bloßer Depositär derselben war. Auch der Umfang seines Besitzes bemißt sich nicht nothwendig nach demjenigen des Vorgängers; derselbe bestimmt sich vielmehr nach der thatsächlichen Herrschaft und dem Willen des Erwerbers. Immerhin geht die thatsächliche Vermuthung dahin, daß der Nachfolger das übergebene insoweit in Besitz nahm, als es der Tradent bisher besaß.<sup>4</sup>

### § 178. Die Apprehension.

Die Mittel zur Begründung der realen Herrschaft über die Sache — der Apprehension<sup>1</sup> — sind sehr verschiedener Art. Sie werden je

3) Dies geschieht namentlich durch Brinz possessionis traditio in Bickers Jahrbuch Bd. 3 n. 2. Brinz unterscheidet zwei Fälle, nämlich traditio rei und traditio possessionis. Wo res tradirt werde, sei der Besitz nicht Gegenstand der Tradition, der Empfänger ergreife nicht den Besitz, sondern die Sache; den Besitz erzeuge er erst, indem er die Sache mit dem animus sibi habendi ergreife. Anders verhalte es sich, wenn eigens und bloß possessio tradirt werde. Hier sei die possessio Gegenstand der Tradition, der Besitz werde hier durch die Sachergreifung nicht erst erzeugt, sondern nur übernommen; er stehe vor und über der Sachergreifung da. Diese Unterscheidung ist aber dem Leben vollständig fremd und war weder in Rom praktisch, noch ist sie dies heutzutage. Vgl. auch Windscheid § 153 Anm. 10. Wenn I. 38 § 1 D. h. t. 41, 2 besagt, wie Eigenthum, so könne auch der Besitz bedingt übertragen werden, so steht dies mit unserer Behauptung nicht in Widerspruch.

4) Daß die Tradition keine Succession begründet, ergiebt sich unter anderem daraus, daß dem Käufer, welchem ein Grundstück tradirt wird und der an der Ausübung des von seinem Vorgänger geübten Wegerechts gehindert wird, ein interdictum a piscendae possessionis gegeben wird, quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto, I. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Läge in der Tradition eine Succession, so würde der Käufer Besitzer des Grundstückes mit seinen Gerechtigkeiten, wie der Verkäufer, und die Interdikte zum Schutz dieser Gerechtigkeiten wären retinendae possessionis.

1) Ihering a. a. D. S. 144 ff. bestimmt den Begriff der Apprehension anders als die herrschende Ansicht. Er sieht in dem Besitze die Thatsächlichkeit des Eigenthums. Daher ist ihm der Besitzerwerb ein Akt, durch welchen die Sache sichtbar in den normalen äußeren Zustand gesetzt wird, in welchem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllt. Dies ist nicht haltbar. Wer kostbare Bücher in seiner Speise-

nach der Situation gewählt. Ob sie im gegebenen Falle zum Ziele führen, ist nach der Gesamtheit der Umstände zu bemessen.<sup>2</sup>

Betreten mit dem Fuße, Ergreifen mit der Hand versinnlichen die Apprehension am unmittelbarsten. Diese Weise gilt den römischen Juristen vorzugsweise als *Erwerb corpore*.<sup>3</sup> Auch wenn sie hiervon absehen, legen sie Gewicht auf die Gegenwart der Sache bei der Besitzergreifung oder doch auf deren Nähe.<sup>4</sup> Sie sind aber hierbei nicht stehen geblieben. Das Wesen der Dinge führte sie dahin, Besitzwerb überall anzuerkennen, wo die Sache in die Gewalt eines Individuums gekommen war.<sup>5</sup>

So genügt denn vor allem zum Erwerb des Besitzes an Mobilien, daß sie in unsere *custodia* getreten sind.<sup>6</sup> Dies ist der Fall bei persönlicher Bewachung der Sachen, aber auch dann, wenn die Sachen in die Räume kamen, welche unter unserer Gewahrsam stehen, so daß ein Eindringen Dritter, um sie wegzunehmen, als Friedensbruch erscheint. Es ist also in unserem Besitz, was in unsere Wohnung, Magazine gebracht ist; ferner was in offenen Lagerplätzen, Gärten, Höfen abgelagert ist, wenn es sich um Sachen handelt, die dort regelmäßig aufbewahrt zu werden pflegen.

Von Bedeutung ist weiter das Anzeichnen von Mobilien mit unserem Namen oder mit unserer Marke, denn dies giebt sichtbar

---

kammer niederlegen läßt, wo sie Unbilden ausgesetzt sind, behandelt sie gewiß nicht normal, aber Besitzer ist er gleichwohl.

2) Es kommt überall in Betracht, wie Javolenus libro 13 ex Cassio l. 22 D. h. t. 41, 2 sagt: *non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit*. Anders Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 1 Anm. 1.

3) Insbesondere sah Labeo einen Erwerb *corpore* nur in der leiblichen Betätigung der Macht, vgl. l. 51, l. 1 § 21 D. h. t. 41, 2, l. 79 D. de solut. 46, 3.

4) l. 18 § 2 D. de a. vel o. poss. 41, 2 Celsus libro 23 digestorum. *Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit*.

5) Savigny, Besitz § 14 fordert zur Apprehension „die physische Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen“. Diese Formulierung ist, wie Ihering mit Recht ausführt, nicht richtig. Sie stimmt weder mit den Quellen überein, noch mit der Natur der Sache. Worauf es ankommt, hat wohl am bestimmtesten Proculus libro 2 epistularum l. 55 D. de a. r. d. 41, 1 erkannt. Ein Eber ist in unsere Fangeke gerathen und ein Dritter nimmt ihn heraus. War er in unserem Besitz, obgleich wir von dessen Einfangen nichts wußten? Liegt ein Diebstahl vor? Nach längerer Erörterung erklärt der Jurist: *summam tamen hanc esse puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*. Gegen Savigny vgl. Ihering a. a. D. S. 161 ff., siehe auch Nanda § 11.

6) l. 3 §§ 13, 14 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 47 D. eod. Baron in Iherings Jahrbuch Bd. 7 S. 83 ff. nimmt an, die *custodia* sei bei Mobilien „die Grundlage“ des Besitzes. Sie ist aber nur eines der vorzüglichsten Mittel des Erwerbes und der Wahrung des Besitzes.

und dauernd kund, daß die Sache für uns apprehendirt ist. Natürlich dürfen aber unserer Herrschaft über die angezeichneten Objekte keine physischen Hindernisse entgegenstehen. Ist dies der Fall, sind z. B. Sachen in verschlossenen Räumen, zu denen wir keinen Zutritt haben, so hat das Markiren nur die Bedeutung, den Gegenstand unserer Ansprüche zu individualisiren.<sup>7</sup>

Einhändigen der Schlüssel zu den Räumen, in welchen Mobilien lagern, in der Absicht, diese zu übergeben, macht den Empfänger zum Besitzer. Daß der Lagerraum in unmittelbarer Nähe sei, ist nicht zu fordern.<sup>8</sup>

Bei dem allen fällt maßgebend in das Gewicht, ob es sich um eine einseitige Handlung — Okkupation — oder um eine Tradition handelt.

Bei der einseitigen Besitzergreifung muß die Macht zur Verfügung über die Sache konkret und in die Augen fallend sein. Insbesondere genügt nicht die Verfolgung wilder Thiere und auch nicht deren Verwundung und die Nähe des Verfolgers, vielmehr ist deren Ergreifen oder Erlegen der Art nothwendig, daß die unmittelbare Inhandnahme möglich ist.<sup>9</sup> Einseitige Okkupation von Objekten ferner, die im Besitze anderer Personen stehen, verlangt in der Regel deren Entsetzung. Denn nur dadurch, daß wir deren Gewalt brechen, bekommen wir die Gewalt.<sup>10</sup> Okkupirt man daher in Abwesenheit des Besitzers dessen Grundstück, so

7) In l. 15 § 1 D. de periculo et commodo 18, 6 erklärt Paulus libro 3 epitomatorum Alfeni... videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Dagegen äußert im l. 1 § 2 D. eod. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est, magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. Ein Widerspruch liegt nicht vor. Das Signiren des offen liegenden Balkens mit Zustimmung des bisherigen Besitzers giebt uns dessen Besitz, das Signiren des Fasses im verschlossenen Keller, zu dem wir den Schlüssel nicht haben, bringt dasselbe nicht in unsere Gewalt. Die Juristen entscheiden hier konkrete Fälle; die Principien, welche aus ihnen zu abstrahiren sind, entwickelt unser Text. Vgl. die Abhandlung von Kohler, das Signiren als Besitzergreifungsakt in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 n. 1.

8) Papinian fordert in der l. 74 D. de contr. emt. 18, 1, daß „claves apud horrea traditae sint“, damit die in ihnen enthaltenen Waaren als tradirt gelten können. Paulus aber in der l. 1 § 21 D. de a. vel o. p. 41, 2 erklärt, die Weine seien tradirt, wenn die Schlüssel zum Keller tradirt seien, ohne zu fordern, daß dieser Akt in der Nähe des Kellers geschehen sei; vgl. jedoch Egner, Tradition S. 100 Anm. 33. Keinenfalls weiß Gajus in der l. 9 § 6 D. de a. r. d. 41, 1 von einer solchen Einschränkung. Mit Recht spricht sich auch Thering a. a. O. S. 207 ff. gegen den Gedanken Papinians aus.

9) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Auch der Besitz eines in unserem Grundstücke verborgenen Schatzes wird erst mit der Inhandnahme erworben — si loco motus est — l. 3 § 3 D. de a. vel. o. poss. 41, 2.

10) Vgl. l. 15 D. h. t. 41, 2.

erlangt man den Besitz nur, wenn der bisherige Besitzer nach Kenntniß der Okkupation bei dem Versuche der Verdrängung des Eindringlings scheitert oder den Versuch, sich eigenmächtig zu helfen, unterläßt.<sup>11</sup>

Bei Tradition durch den bisherigen Besitzer ist eine derbännliche Weise der Apprehension meist entbehrlich. Das gemeine Recht geht hierin noch einige Schritte weiter als die römischen Juristen, ohne daß begrifflich eine Verschiedenheit vorliegt. Wir erhalten z. B. den Besitz schwimmender Waaren durch Einhändigung der Konnossemente über dieselben. Konnossement ist die Urkunde, in welcher ein Schiffer die Einladung von Waaren in das von ihm geführte Seeschiff bezeugt und deren Aushändigung an den Inhaber des Konnossements verspricht. Der Inhaber des Konnossements ist als Besitzer der in ihm verzeichneten Waaren anzusehen trotz ihrer Entfernung, trotzdem daß ihm eine physische Einwirkung auf sie erst nach längerer Zeit möglich ist. Denn der Inhaber des Konnossements kann nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Sicherheit auf die Verfügung über die Waare nach Ankunft des Schiffes zählen.<sup>12 13</sup>

Die Tradition von Grundstücken kann sich nach den Aussprüchen

11) l. 6 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam. l. 7 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum. Sed etsi nolit in fundum reverti quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. Vgl. l. 3 § 8. l. 25 § 2, l. 46 D. eod.

12) Das nähere gehört dem Handelsrechte an. Vgl. H.G.B. Art. 302 und 303 und Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 681 ff., sowie die dort verzeichnete Literatur. Auch eine Anweisung vollzieht die Tradition, wenn die Person, welche bisher für den Tradenten besaß, von diesem angewiesen wird, fortan für den Empfänger zu besitzen. Nach der Regel des loyalen Verkehrs hat der Empfänger der Anweisung nicht weniger die Verfügungsmacht wie im Falle der Uebergabe der Schlüssel. Der Inhaber hat kein Interesse daran, ob er für den urprünglichen Deponenten oder für dessen Nachfolger besitzt und wird der Anweisung regelmäßig sich fügen. Ein anderer Fall ist es, wenn der Vertreter nur angewiesen wird, die bezüglichen Objekte zu verabfolgen. Dann wird der Besitz erst mit der Aushändigung übertragen und der Anweisende kann die Anweisung bis dahin zurücknehmen. H.G. Bd. 5 S. 185.

13) Vielbestritten ist die l. 1 C. de donat. 8. 53. Inpp. Severus et Antoninus. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. Die Gegenwart der Sklaven bei dem Akte der Uebergabe der Dokumente setzt voraus Savigny, Besitz § 16. Dann wäre aber vom Kaiser gerade dasjenige übergangen, worauf sich die Entscheidung angeblich gründen soll. Es galt vielmehr, wer die Dokumente erhalten hatte, in der öffentlichen Meinung und auch nach Ansicht der Sklaven selbst als deren Herr. Ihm widmeten sie das Gefühl der Unterthänigkeit, worauf bei Sklaven vorzugsweise der Besitz beruhte. Vgl. Brunner, römische und germanische Urkunde S. 113.

römischer Juristen durch Ueberweisung in der Nähe, z. B. von einem Thurm aus, vollziehen.<sup>14</sup> Aber die Nähe ist nicht schlechthin nothwendig. Der Käufer z. B. kann einen Acker, eine Wiese, die in freiem Felde liegen, unter Umständen sehr wohl dadurch in seinen Besitz bringen, daß er in der entfernten Notariatsstube den Besitz zu ergreifen erklärt, nachdem der Verkäufer in den Uebergang gewilligt hat.<sup>15</sup> Das Grundstück ist möglicherweise mit Schnee und Eis überdeckt und schwer zugänglich oder überschwemmt und nicht zu betreten. Soll man gleichwohl sich nothwendig hinausbegeben, um Besitz zu ergreifen?! Von solchem zwecklosen Thun weiß das Leben nichts und es widerspricht dem Wesen der Sache. Es handelt sich nicht um formales Recht, sondern um die thatsächliche Frage des Erwerbes der Gewalt.<sup>16</sup>

Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz unterschied eigentliche und uneigentliche Tradition. Als eigentliche galt nur die leibliche Inbesitznahme, als uneigentliche jede andere Art.<sup>17</sup> Unter den Fällen der uneigentlichen Tradition hob man die symbolische Tradition hervor, d. h. die durch Zeichen, insbesondere durch Uebergabe der Schlüssel, Anzeichnen der Waare bewirkte Tradition. Diese Doktrin hat Savigny<sup>18</sup> mit glänzendem Erfolge bekämpft. Es handelt sich in allen bezüglichen Fällen nicht um bloße Zeichen, sondern um ver-

14) l. 18 § 2 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 3 § 1 D. eod.

15) Dagegen erklärt sich Windscheid Bb. 1 § 153 Anm. 8.

16) Die Erklärung des Traditionswillens des Veräußerers einerseits und die Besitzergreifung seitens des Erwerbers andererseits können zeitlich und räumlich getrennte Akte bilden. Dies war in Rom Regel bei der Tradition von Grundstücken. Die Erklärung des Tradenten nannte man *mittere, inducere in vacuum possessionem*, auch geradezu *tradere vacuum possessionem*. Herkömmlicherweise wurde über sie eine Urkunde aufgesetzt, das *instrumentum testationis vacuae possessionis*. Im Leben betrachtete man zuweilen ein derartiges Instrument geradezu als unentbehrlich für die Tradition von Grundstücken; hiergegen erklärten sich aber kaiserliche Reskripte mehrfach; es genügte die thatsächliche Inbesitznahme, auch wenn ein Instrument über die Einweisung nicht vorhanden war, l. 2 C. de a. et ret. poss. 7, 32, l. 12 pr. C. de contrahenda emptione 4, 38, l. 12 C. de probationibus 4, 19, l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21. Andererseits reichte die Erklärung seitens des Tradenten im Instrumente an sich zur Besitzübertragung nicht aus, wenn der andere Theil den Besitz nicht auch thatsächlich an sich genommen hatte, l. 48 D. de a. vel o. p. 41, 2. Allein ein besonderer Beweis für diese thatsächliche Ergreifung wurde, wenn eine *testatio vacuae possessionis* producirt werden konnte, wie es scheint, nicht gefordert. In der Praxis galt vielmehr jene Urkunde als genügender Beweis des Besitzwerbes von Grundstücken, vgl. l. 2 C. de a. et r. poss. 7, 32. Vgl. Esmarck, *vacuae possessionis traditio* 1873 und Brunner, *römische und germanische Urkunde* S. 119.

17) Schon Azo, *summa in Cod. tit. de poss. num.* 7, 8. Ueber spätere Schriftsteller siehe Egner, *Tradition* S. 153 ff.

18) Savigny, *Besitz* § 18, vgl. auch Egner a. a. D.

schiedene Mittel der Herstellung der Gewalt. Die Tradition ist entweder eine eigentliche oder feine.

### § 179. Der Besitzwille.

Juristischen Besitz erwirbt nur, wer außer der realen Macht über die Sache auch den Willen hat, für sich zu besitzen.

Dieser Wille wird freilich in abstrakter Weise fast nie erklärt werden. Er ist vielmehr aus der Sachlage zu schließen. Er ergibt sich namentlich aus dem Grunde — der *causa* —, aus welchem man den Besitz ergreift. Wer eine Sache als Eigenthümer, Pfandgläubiger apprehendirt, ist juristischer Besitzer; wer dies als Miether, Mandatar thut, ist es nicht.<sup>1</sup>

Die einmal eingenommene Besitzstellung ist dauernd. Durch Aenderung der ursprünglichen Absicht allein kann sie sich nicht umgestalten. *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.*<sup>2</sup> Der Pächter z. B. erhält keinen Eigenthumsbesitz, wenn er auch den Entschluß faßt, die gepachtete Sache fortan für sich, wie wenn sie ihm zu eigen wäre, zu besitzen. Der Verpächter behält durch den Pächter den Besitz sogar dann, wenn dieser die Pachtsache verkauft und sie für den Käufer besitzen will.<sup>3</sup>

1) Die ältere römische Jurisprudenz nahm, wie es scheint, Besitz nur an, wenn eine *causa possessionis*, d. h. ein Rechtsgrund für den Besitz, vorgebracht wurde. Cicero *de lege agraria* 3, 11, l. 3 §§ 21, 23 D. de a. vel o. p. 41, 2. Die klassische Jurisprudenz betont den *animus possidendi*. Vgl. Pernice, *Labo* Bd. 2 S. 190.

2) So formulirten die Juristen der Republik — die *veteres* — den Satz, l. 3 § 19, l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2. *Causa possessionis* heißt hier, wie in anderen Fällen, der Erwerbgrund des Besitzes. Der Satz sollte vorzugsweise verhindern, daß Personen, welche auf Grund eines singulären Titels, z. B. als Käufer, eine fremde Sache besaßen, sich nach dem Tode des Eigenthümers derselben als *pro herede* besitzend gerirten und auf Grund dieses Titels mit Ablauf eines Jahres erfaßen, ohne daß *bona fides* ihrerseits nothwendig war, l. 33 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 1 *pro her.* D. 41, 5, vgl. Gaj. Inst. § 56. Man gab aber jenem Satz auch die Anwendung, daß der *Detentor* nicht durch seine bloße Willensentschließung den Charakter seines Besitzes ändern könne, l. 33 § 1 in fine D. de usurp. 41, 3, l. 5 C. de a. et ret. poss. 7, 32, vgl. l. 19 pr. D. h. t. 41, 2. Und hierbei hat *causa possessionis*, wie Schirmer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 11 S. 433 ausführlich, die Bedeutung „Charakter des Besitzes“. In dieser Anwendung ist der Satz heutzutage noch von praktischer Bedeutung.

3) l. 32 § 1 D. h. t. 41, 2. *Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utriusque mercedis praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.* Auf dieser Entscheidung ruht die l. 5 C. h. t. 7, 32 von Diocletianus und Maximianus, welche freilich in sehr verschiedener Weise ausgelegt wird. *Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquae*

Eine veränderte Absicht des Inhabers einer Sache wird erst dann beachtet, wenn sie durch reale Handlungen desselben, die gegen den Besitzer der Sache gerichtet sind, verwirklicht ist.<sup>4</sup> Sie wird ferner dann anerkannt, wenn sie auf Grund eines neuen Geschäftes mit dem bisherigen Sachbesitzer gefaßt wird.<sup>5</sup>

Besitz kann auch bedingt übertragen und demgemäß erworben werden.<sup>6</sup>

Nur wer fähig ist, persönlich Rechte zu erwerben, hat die Fähigkeit, durch persönliche Entschlüsse Besitz zu erwerben.

Folgerecht sind Wahnsinnige und Kinder nicht fähig, persönlich Besitz zu erwerben.<sup>7</sup> Bei Kindern erleidet dies aber um ihres Nutzens willen eine erhebliche Ausnahme. Im Falle einer Tradition an das Kind nämlich genügt außer der körperlichen Besitznahme das Habewollen des Kindes, obwohl von einem vollbewußten Besitzwillen desselben nicht die Rede sein kann.<sup>8</sup> Denn hier steht ein Geschäftsakt im

venditionis vitium esse prolapsus, praeses provinciae inquisita fide veri domini tui jus convelli non sinet. Der Käufer berief sich auf Erßigung, weil er den Besitz reblich erworben habe und durch den Kolonen, welcher ihn als Pachtherrn anerkannte, die Erßigungszeit innegehabt habe. Aber er hatte in Wirklichkeit den Besitz niemals erworben. Eine andere Auslegung giebt Brinz in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 36.

4) l. 12, l. 18 D. d. vi 43, 16.

5) l. 18 pr., l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 23 C. de locato 4, 65.

6) l. 38 § 1 D. h. t. 41, 2.

7) l. 1 § 5 D. h. t. 41, 2.

8) Ueber den Besitzerwerb durch Kinder vgl. Savigny, Besitz § 21, Buchta im Rhein. Museum Bd. 5 n. 3, ferner Denzinger im Archiv für civ. Praxis Bd. 31 n. 7 und n. 13, Bangerow § 204 Anm. 1. Es beschäftigen sich mit demselben zwei Quellenstellen, l. 32 § 2 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Der Rechtsfak, den hier Paulus lehrt, hat sich offenbar in einer Zeit gebildet, in welcher der Erwerb des Besitzes für den Mündel durch seinen Vormund noch nicht anerkannt war. Er erhielt sich dann traditionell auch in die Zeit hinein, wo dies möglich wurde, l. 1 § 20 D. h. t. Wir müssen aber heute derartige Vorgänge so auffassen, daß der Vormund auf Grund seines Besitzwillens durch das Kind für das Kind Besitz erwirbt. So verschwindet die Anomalie. Von größerer praktischer Bedeutung ist l. 3 C. de acq. et ret. poss. 7, 32. Imp. Decius. Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sunt auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Savigny a. a. D. unterstellt, daß die auctoritas tutoris dem Kinde in dem vom Kaiser entschiedenen Falle zur Seite stand. So schon früher Donellus comm. jur. civ. v cap. 11 und neuerdings Bangerow a. a. D. Wie ist es aber denkbar, daß der Kaiser gerade das Moment nicht hervorheben sollte, auf welchem das entscheidende Gewicht läge! Buchta dagegen a. a. D. nimmt an, daß das Kind durch die Tradition Besitz erwerbe, weil in solchem Falle durch den

Hintergrunde, dessen Bedeutung auch ein Kind empfinden mag. Dagegen kann das Kind durch willkürliche Wegnahme von Objekten aus fremdem Besitz keinenfalls Besitzer werden, und auch die Okkupation herrenloser Sachen durch das Kind gilt als Spiel und ist ohne Bedeutung für das Recht.

Gesetzliche Vertreter, insbesondere Vormünder, können durch ihre Willensentschlüsse den Vertretenen Besitz erwerben.<sup>9</sup>

### § 180. Besitzerwerb durch Stellvertreter.<sup>1</sup>

Besitzerwerb durch freie Stellvertreter kam bei den Römern erst in der klassischen Kaiserzeit zur Anerkennung.

Dem älteren Rechte war derselbe unbekannt. Der Satz, daß man durch Freie nicht erwerben könne,<sup>2</sup> wurde auch auf den Besitz angewendet. Dagegen erwarb man durch Gewaltuntergebene wie Eigenthum so Besitz.<sup>3</sup> Hatte man ihnen ein *Peculium* eingeräumt, so erlangte man den Besitz an den *Peculiar*sachen, auch wenn man von diesen Sachen im einzelnen nichts wußte.<sup>4</sup>

In der Kaiserzeit ließ man zunächst Besitzerwerb durch *Procuratoren* zu.<sup>5</sup> Diese *Procuratoren* waren zum großen Theile Freigelassene; die Zulassung des Besitzerwerbes durch sie bildete daher häufig nur die Fortsetzung des vor der Freilassung bestehenden Verhältnisses.<sup>6</sup> Doch reichte es nicht aus, daß man sich unter dem Namen und Titel eines *Procurators* dem Hause eines Herrn attachirt hatte. Nothwendig war vielmehr außerdem entweder Mandat oder Ge-

Tradenten wie sonst durch den Tutor der unvollständige *animus* des Kindes seine feste Richtung erhalte. Im wesentlichen stimmen wir Puchta bei.

9) I. 1 § 20 D. h. t. 41. 2.

1) Schloßmann, der Besitzerwerb durch Dritte 1881. Diese Abhandlung gelangt zwar zu anfechtbaren Resultaten, hat aber durch ihre anregende und selbständige Auffassung die Lehre wesentlich gefördert. Schlechthin negirend gegen Schloßmann ist Mitteis Stellvertretung 1885 S. 51 ff.

2) Oben § 118 Anm. 4.

3) Gaj. Inst. II §§ 89, 90. Bestritten war, ob der Gewalthaber durch Personen Besitz erwerben könne, die in seiner *manus* oder in seinem *mancipium* waren, weil man diese Personen selbst nicht besitze. Ob aus dem gleichen Grunde jemals auch der Besitzerwerb durch Hauskinder in Frage gestellt wurde, darüber wird nichts berichtet.

4) I. 1 § 5, I. 3 § 12, I. 44 § 1 D. h. t. 41, 2. Der Erwerb „*ex causa peculiari*“ geschah ohne Kenntniß der Herren, also auch für die „*ignorantes*“. In anderen Fällen erwarb der Herr durch die Hausuntergebenen Besitz nur im Falle seiner Kenntniß.

5) Ueber den Begriff der *Procuratoren* vgl. oben § 119 Anm. 11.

6) Schloßmann a. a. D. S. 161.

nehmung des Geschäftsherrn. Das Mandat konnte ein generelles sein. Der Geschäftsherr konnte den Besitz durch seinen Procurator auch ohne sein Wissen erwerben.<sup>7</sup>

Wer die Stellung eines Procurators habe, mußte, da es sich um ein flüßiges sociales Verhältniß handelte, oft sehr zweifelhaft sein. Dies veranlaßte wohl die Juristen, Besitzerwerb durch freie Personen schlecht hin anzuerkennen. In der späteren klassischen Kaiserzeit ist diese Entwicklung vollendet.<sup>8</sup> Hiermit kam man dringenden praktischen Bedürfnissen entgegen.

Der Stellvertreter kann beim Besitzerwerbe wie bei anderem Erwerbe in zwiefacher Art für uns handeln. Er kann uns entweder den Besitz direkt erwerben oder sich selbst zum Besitzer machen in der Absicht, die Sache uns später zu übertragen. Im ersteren Falle wird der Geschäftsherr regelrecht mit dem Besitzerwerbe Eigentümer, im zweiten Falle wird regelrecht der Stellvertreter zunächst der Eigentümer, so daß er nur zur Ueberreignung an den Geschäftsherrn verpflichtet ist. Darüber, welche Behandlungsweise eintritt, entscheidet die Absicht des Stellvertreters. Allerdings wird der Stellvertreter nicht leicht eine ausdrückliche Erklärung abgeben, ob er direkt in fremdem Namen oder zunächst im eigenen erwerben will. Ja es kann an einem klaren Bewußtsein hierüber beim Stellvertreter fehlen. Aber die Umstände des Falles geben meist genügenden Aufschluß.

Hat der Stellvertreter in eigenem Namen das der Besitzübergabe zu Grunde liegende Geschäft abgeschlossen und sich persönlich dem Mitkontrahenten für die Leistung des Aequivalentes der

7) l. 13 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Neratius libro 6 regularum. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur mihi ignorant, l. 42 § 1 D. de a. v. o. p. 41, 2. Ulpianus libro 4 regularum Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quodsi sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem, vgl. l. 23 D. de neg. gest. 3, 5. Paulus sent. V 2 § 2. Offenbar ist hier die Rede von einem Procurator im weiteren, d. h. im bloß socialen Sinne. Er erwirbt dem Herrn, dem er sich attachirt hat, Besitz nur auf Grund des Mandates oder der Genehmigung. Dieses Mandat kann ein generelles wie ein specielles sein. Daß die Juristen, wo sie bloß von einem generellen Mandat sprechen, sich etwas anders ausdrücken — vgl. Schloßmann a. a. O. S. 112 — beweist hiergegen sicherlich nichts. Die Beanstandung der Stelle von Neratius durch Schloßmann S. 135 beruht auf vorgefaßten Meinungen. Es mag übrigens hervorgehoben werden, daß man auch im Falle eines Specialmandates dann „ignorans“ Besitz erwirbt, wenn man von der Ausführung des Mandates noch keine Kenntniß hat.

8) l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Severus et Antoninus. Per liberam personam ignorant quoque acquiri possessionem et. postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est. a 196, l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium... per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

erworbenen Sache verpflichtet, so wird er in der Regel den Besitz zunächst für sich erwerben wollen und ihn erst dann auf den Mandanten übertragen, wenn dieser ihm die Deckung für die übernommenen Verpflichtungen gewährt oder ihn befreit. Dies war in Rom um deswillen von besonderer Bedeutung, weil die Stellvertreter sich dort bei Erwerbsgeschäften, welche sie für den Principal abschlossen, regelmäßig für die zu leistenden Aequivalente verbanden.<sup>9</sup> Heutzutage ist diese Art zu kontrahiren seltener, kommt aber gleichwohl vor, z. B. bei der Einkaufskommission.

Hiervon abgesehen, ist in der Regel als das sachgemäße und einfache anzunehmen, daß der Stellvertreter dem Vertretenen den Besitz direkt erwirbt. Dies auch dann, wenn er dem Tradenten gegenüber nicht als Vertreter seines Principals handelt. Direkter Besitzerwerb tritt namentlich dann ein, wenn man ständig in den Diensten desjenigen steht, in dessen Interesse man das Geschäft schloß, z. B. als Gesinde, Arbeiter, Handlungsgehülfe.

Der Besitzerwerb durch Stellvertreter setzt voraus:

- a) daß der Stellvertreter die Sache in seine physische Gewalt bringt;
- b) die Absicht des Stellvertreters, dem Principal den Besitz zu erwerben.

Diese Absicht ist im Falle der Tradition zu unterstellen, wenn der Tradent dem Vertreter die Sache für dessen Principal übergibt, sofern der Vertreter nicht dem anderen Theile vor oder bei der Uebergabe besonders erklärt, den Besitz der Sache für sich oder einen Dritten

9) Folgende Stellen ergeben, daß die römischen Juristen regelmäßig Besitzerwerb des Stellvertreters für diesen annahmen, wenn er sich auf Grund eines von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes tradiren ließ, l. 59 pr. D. de a. r. d. 41. 1. Callistratus libro 2 quaestionum. Res ex mandato meo empti non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, l. 74 D. pro socio 17. 2. Paulus libro 62 ad edictum. Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare, l. 2 C. de his qui a non domino 7. 10 Alexander. Felicissima, quam mandante te servos emisse dicis, si dominium servi quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate ejus quem manumissum dicis possessio tibi tradatur. Bgl. ferner die bei Schloßmann S. 4 ff. citirten Stellen. Dagegen heißt es in der l. 20 § 2 D. de a. r. d. 41, 1 Ulpianus libro 29 ad Sabinum. Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Schloßmann hat den hier hervorgehobenen Gesichtspunkt nicht gewürdigt. Er findet daher einen kaum lösbaren Widerspruch in den Quellen. Der Versuch, ihn dadurch beseitigen, daß auch im jüngsten römischen Rechte Besitzerwerb durch freie Stellvertreter unzulässig gewesen sei und daß eine Ausnahme nur für den procurator omnium bonorum gegolten habe, steht in schroffem Gegensatz mit den Quellen.

erwerben zu wollen. Es kann nichts darauf ankommen, daß der Vertreter denkt aber nicht erklärt, die Sache für sich erwerben zu wollen. Dergleichen innere Vorbehalte berücksichtigt das Recht nicht. Der Principal hat den Besitz vielmehr auch in diesem Falle durch die Tradition erworben und ist damit in der Regel Eigenthümer geworden. Signet sich der Vertreter die Sache gleichwohl wirklich an, so begeht er eine Unterschlagung. Das Eigenthumsrecht des Vertretenen wird aber hierdurch nicht berührt.<sup>10</sup>

c) Es ist endlich nothwendig, daß der Geschäftsherr den Willen hat, durch den Stellvertreter zu erwerben. Derselbe kann als Auftrag der Apprehension vorhergehen oder derselben als Genehmigung nachfolgen.

Richtiger Ansicht nach genügt ein genereller Auftrag.<sup>11</sup> Derselbe liegt namentlich darin, daß man den Stellvertreter zur Verwaltung seines Vermögens oder eines Geschäftszweiges anstellt. Man erklärt hierdurch sein Einverständnis zu jedem Besitzerwerb, welcher bei einer derartigen Verwaltung vorkommt.

10) In den Quellen findet sich ein Widerspruch. Die l. 37 § 6 D. de a. r. d. 41, 1 von Julianus libro 41 digestorum leugnet den Besitzerwerb des Geschäftsherrn. Si, cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Dagegen sagt Ulpianus libro 7 disputationem l. 13 D. de donat. 39, 5, offenbar die Aeußerung von Julian vor sich habend: Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret. et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat: mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. Der Widerspruch scheint uns offen zu Tage zu liegen und ist bei einer Frage, wie die hier behandelte, wohl erklärlich. Indessen sind die Meinungen sehr getheilt und die Versuche, einen Einklang herzustellen, zahlreich. Siehe die Litteratur bei Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 7, ferner Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 434 Anm. 3. Die neuesten Arbeiten über die Frage sind von Schloßmann a. a. D. S. 429 ff. und von Zoll ebendasselbst Bd. 9 S. 37.

11) Daß genereller Auftrag genügt, hat namentlich J. Bremer in Lindes Zeitschrift, neue Folge Bd. 11 n. 7 ausgeführt, und gegen Schirmer ebendasselbst Bd. 14 n. 3 und Bd. 17 n. 8 dargethan. So auch Arndts § 140 Anm. 2, Windscheid § 155 Anm. 9, Zimmermann, die stellvertretende neg. gestio, dagegen aber Brinz Bd. 1 S. 519 ff. Schloßmann glaubt von den Entscheidungen der Quellen, wie die oben Anm. 7 angeführten, absehen zu dürfen. Er kommt zu dem Resultate, daß der Besitz, welchen man für einen Dritten ergreife, diesem auch ohne Mandat und Genehmigung von Rechts wegen erworben sei. Nur das Ausschlagen des Besitzes soll dem Destinatar verstatet sein. Dies Resultat ist den Quellen ebenso entgegen wie der Praxis.

## § 181. Besitzübertragung durch Erklärung.

Der Besitzerwerb durch Stellvertreter war kaum anerkannt, als der scharfe Geist von Celsus den folgerechten Schluß machte, daß der Besitzer den Besitz seiner Sache durch die bloße Erklärung, für einen anderen zu besitzen, auf diesen übertragen könne. In Folge dieser Erklärung wird er nämlich Stellvertreter im Besitz, der Principal juristischer Besitzer.<sup>1</sup>

Die neueren nennen dies Geschäft *constitutum possessorium*,<sup>2</sup> weil der bisherige Besitzer beschließt — *constituit* —, fortan in fremdem Namen zu besitzen.<sup>3</sup>

Es handelt sich bei dem *constitutum possessorium* in der Regel nicht bloß darum, den anderen Theil zum Besitzer zu machen, sondern ihm auch das Eigenthum durch die Tradition zu übertragen.

Meist vollzieht sich das *constitutum possessorium* in der Art, daß der Verkäufer oder der Schenker oder der sonstige Veräußerer der Sache mit dem Erwerber ein Geschäft schließt, auf Grund dessen er die Sache fortan als dessen Detentor wahr.<sup>4</sup> Er erklärt z. B., er wolle das veräußerte Object als Nießbraucher, Miether, Pächter behalten oder als Mandatar oder Depositar für ihn verwahren. Aber mit Unrecht nehmen viele Schriftsteller an, daß die besondere Hervorhebung eines gültigen Geschäftes — einer *causa* — unentbehrliche Bedingung der Geltung des *constitutum possessorium* sei. Die ein-

1) Celsus libro 23 digestorum, l. 18 pr. D. h. t. 41. 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1 von Ulpian.

2) P. Verloren, het *constitutum possessorium* in het Romeinsche recht. Utrecht 1867; Ruffstrat, über das *constitutum possessorium* in Ihering's Jahrb. Bd. 14 n. 7; die Gutachten von Cuner, Behrend, Leonhard in den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages — 1880 — Bd. 1 und die Verhandlung hierüber Bd. 2 S. 84 ff.; Leonhard in Gruchot's Beiträgen Bd. 25 S. 514; Harburger, das *constitutum possessorium* 1881. Die älteren Monographien sind dort S. 2 ff. angeführt.

3) Siehe Harburger a. a. O. S. 4 Die mittelalterliche Jurisprudenz forderte die solenne Erklärung: *constituo me possidere nomine alieno*. Das *constitutum possessorium* galt den älteren Schriftstellern als eine Abart der „*ficta possessio*“, vgl. oben § 180 am Ende.

4) Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1, wo ein „Pacht“, l. 28, l. 35 § 5 C. de donat. 8, 53, wo ein „Nießbrauch“ vorbehalten wird. Da der Wille, in fremdem Namen zu besitzen, hier aus dem abgeschlossenen Geschäft folgt, so spricht man in berartigen Fällen von einem „stillschweigenden“ *constitutum*.

fache Erklärung des Veräußerers, er wolle fortan für den Mitkontrahenten besitzen, hat dieselbe Bedeutung.<sup>5</sup> Dagegen bildet die Erklärung des Verkäufers, daß die Kaufsache tradirt sei, allerdings kein *constitutum possessorium*. Denn es wird durch sie nicht fundgegeben, daß der Verkäufer die Sache nunmehr als Stellvertreter des Käufers bewahren will.<sup>6 7</sup>

Es bedarf kaum der besonderen Hervorhebung, daß die Erklärung des bisherigen Besitzers, für den anderen Theil zu besitzen, nur dann Bedeutung hat, wenn dieser sie annimmt.

Das *constitutum possessorium* ist für den Verkehr kaum entbehrlich. Einige Beispiele sollen dies zur Anschauung bringen. Man kauft ein Pferd; sofortige Zahlung des Preises ist Bedingung des Handels; man will sie aber nur leisten, wenn man dessen Besitz und Eigenthum gleichzeitig erlangt, und kann doch das Pferd wegen längerer Abwesenheit derzeit nicht abnehmen. Der Pferdehändler verbindet sich daher, es in der Zwischenzeit zu verpflegen, tradirt es aber sofort durch *constitutum possessorium*. Ein Gelehrter ferner verkauft seine Bücherammlung an eine öffentliche Bibliothek gegen sofortige Zahlung, ohne sich des Gebrauches entschlagen zu wollen. Er übereignet die Bücher gegen die Zahlung und behält den lebenslänglichen Nießbrauch. Eine Bank endlich, welche die Geschäfte ihrer Kunden besorgt und deren Werthpapiere verwahrt, kauft für ihre Klienten Papiere als Einkaufskommissionär ein und theilt ihnen unter Angabe der Nummer mit, daß sie dieselben für sie in das Depot genommen habe. Sie überträgt hiermit Besitz und Eigenthum an den Geschäftsfreund und hat für ihn den Gewahrsam.

Häufig verfolgt freilich ein wirkliches oder vorgebliches *constitutum possessorium* unlautere Zwecke. Es soll namentlich oft dazu dienen, dem Gläubiger den Zugriff auf die Habe seines Schuldners zu entziehen, indem sie der Schuldner in simulirter Weise veräußert und sich durch scheinbares *constitutum possessorium* den Gebrauch als

5) Dies ist offenbar die Auffassung von Celsus in der oben Anm. 1 abgedruckten Stelle. Sie entspricht den allgemeinen Grundsätzen der römischen Besitztheorie und ist auch die herrschende Ansicht. Dagegen führte namentlich Erner, Tradition S. 143 aus: die Erklärung, in fremdem Namen zu besitzen, sei „leere Formel, wenn nicht eine bestimmte causa vorliege, auf Grund deren die Detention der tradirten Sache beim Geber zurückbleibe“. Aehnlich Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 8a, R.G. Bd. 5 S. 182. Vgl. Harburger a. a. D. S. 58 ff.

6) I. 48 D. h. t. 41, 2.

7) Ein *constitutum possessorium* ist auch möglich, wenn der bisherige Besitzer durch einen Stellvertreter — z. B. Pächter — besaß, vgl. Harburger a. a. D. S. 25 R.G. Bd. 11 S. 53.

Miether zu sichern sucht. Die freie Beweiswürdigung, welche der jetzige Civilprozeß gewährt, ermöglicht, dem Richter auf Anrufen der Betheiligten solchen Dingen energisch entgegenzutreten. Es ist aber nicht gerechtfertigt und nicht erforderlich, wegen solcher Mißbräuche dem *constitutum possessorium* in künstlicher Weise Schranken zu ziehen.

Ein Gegenstück des *constitutum possessorium* ist die *traditio brevi manu*. Hierbei überträgt der bisherige Besitzer dem bisherigen Vertreter, z. B. seinem Pächter, den Besitz und in der Regel auch das Eigenthum durch seine Erklärung. Auf Grund dieser Ermächtigung und in Folge seines Entschlusses wird der bisherige Stellvertreter juristischer Besitzer.<sup>8</sup>

### § 182. Besitzverlust.

Während die Begründung des Besitzes Wille und Apprehension fordert, tritt die Endigung ein, wenn der Wille oder die reale Gewalt aufgehoben wird.<sup>1</sup> In der Regel ist ein positives Ereigniß — in *contrarium actum* — erfordert. Die Endigungsgründe sind folgende:

1. Aufhebung der Gewalt über die Sache. Sie liegt nicht in bloß zeitweiser Störung des Verhältnisses, sondern nur in dauernder Entziehung.

Der Besitz besteht daher fort, wenn die Sache bloß verlegt ist

8) l. 9 § 5 D. de a. r. d. 41. 1. l. 62 pr. D. de evict. 21. 2. l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12. 1. l. 9 § 2 D. de Publiciana 6, 2.

1) So l. 44 § 2 D. h. t. 41, 2. Papinianus libro 23 quaestionum... ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore. Ähnlich l. 3 § 6 D. eod. Paulus libro 54 ad edictum... igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. Sehr zweifelhaft ist, wie sich hierzu die Aeußerung von Paulus libro 65 ad edictum in l. 153 D. de R. J. 50. 17 sowie l. 8 D. h. t. verhält. Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus, ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Viele — insbesondere Savigny § 30, Windscheid Bd. 1 § 161 Anm. 1 — lassen Paulus hier sagen, daß der Besitz durch das eine oder das andere Moment beseitigt werde. Dies soll utrumque bedeuten! Doch wo bleibt der Parallelismus zwischen Erwerb und Verlust, auf den Paulus Gewicht legt. Unseres Erachtens liegt ein paradoxes Diktum von Paulus vor, welches sich folgendermaßen begründen läßt. Mit dem Besizentäußerungswillen paart sich stets der Verlust der realen Gewalt, und mit dem Verluste der realen Gewalt der Untergang des Besizwillens, dessen Wesen ist, daß man die bestehende reale Gewalt für sich will; vgl. Kierulff S. 390. Immerhin ist dieser Gedanke für die systematische Betrachtung nicht zu verwerthen. Denn diese muß unterscheiden, ob der primäre Grund der Endigung des Besitzes in der Endigung der physischen Gewalt oder in der Aenderung des Willens liegt.

oder an drittem Orte, z. B. in einem öffentlichen Parke, momentan vergessen liegen blieb;<sup>2</sup> er erlischt aber, wenn die Sache derart verloren ist, daß das Wiederfinden nicht in Aussicht steht;<sup>3</sup> der Besitz erhält sich, wenn sich zahmes Vieh verlaufen hat; er geht unter, wenn es sich dauernd verirrt und verwildert.<sup>4</sup> Nimmt jemand ein Objekt, z. B. ein Buch, eigenmächtig aus unserem Gewahrsam in der Absicht, es nach dem Gebrauche, z. B. der Lektüre, zurückzubringen, so erhält sich unser Besitz; er endigt an Mobilien, wenn sie gestohlen werden,<sup>5</sup> an Grundstücken, wenn sie ein anderer dauernd okkupirt.<sup>6</sup>

In der Regel machen nur plötzlich und sichtbar eintretende Begebenheiten der physischen Gewalt ein Ende. Der Besitz kann aber auch in Folge fortgesetzter Vernachlässigung derart aufhören, daß ein bestimmter Zeitpunkt seines Endes kaum zu bestimmen ist.<sup>7</sup>

2. Der Besitz endigt durch den Entäußerungswillen des Besitzers.<sup>8</sup> Seine Erklärung kann durch Wort oder That geschehen. Der Besitz geht nicht dadurch verloren, daß man sich seiner nicht erinnert.

Der Entäußerungswille kann gültig nur von Willensfähigen gesagt und erklärt werden. Geisteskranke und Kinder sind daher hierzu nicht im Stande.<sup>9</sup> Vertreter willensunfähiger Personen können aber durch ihren Willen an deren Statt den Besitz aufgeben.

2) l. 3 § 13, l. 44 pr. D. h. t. 41, 2.

3) Vgl. l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 72 ad edictum. Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. — Cum grano salis zu nehmen ist der Ausspruch von Pomponius libro 23 ad Quintum Mucium l. 25 pr. D. h. t. 41, 2: Si id quod possidemus, ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

4) So ist zu verstehen l. 3 § 13 D. h. t. 41, 2 pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. Der Besitz wilder Thiere geht mit ihrer Flucht unter. l. 5 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Hierüber das nähere beim Eigenthumsrecht.

5) l. 15 D. h. t. 41, 2.

6) Vgl. oben § 178 Anm. 11.

7) l. 40 § 1, l. 47 D. h. t. 41, 2, l. 37 § 1 D. de usurp. 41, 3. Auf diesen Grund des Verlustes hat namentlich Thering a. a. O. S. 210 ff. aufmerksam gemacht. Man streitet neuerdings, ob die Endigung in Folge Vernachlässigung „animo“ oder „corpore“ geschehe. Das letztere ist richtig. Es ist denkbar, daß der in Amerika hausende Besitzer, welcher wegen eines Vergehens aus der Heimath floh, sich des Acker's, den er in Europa zurückließ, sehr wohl erinnert und Besitzwillen hat. Dennoch erlischt sein Besitz, wenn er lange Zeit nicht in der Lage ist, sich um sein Grundstück zu kümmern.

8) l. 3 § 6, l. 17 § 1 D. h. t. 41, 2.

9) l. 29 D. h. t. 41, 2. In der l. 27 D. eod. sagt Proculus libro 5 epistularum sogar: Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset,

Der Besitzentäußerungswille kann ein bedingter sein. Eine derartige Bedingung liegt in der Ermächtigung des Verkäufers an den Käufer, sich in den Besitz der Kaufsache zu setzen. Denn der Tradent will hier den Besitz erst aufgeben, wenn der Käufer in den Besitz kommt. Geschieht dies nicht, so bleibt der Tradent Besitzer. Anders ist es bei der Tradition durch Aushändigung der Sache. Hier giebt der Tradent durch Wille und That den Besitz endgültig auf. Der Verlust des Besitzes ist daher auch eingetreten, wenn ihn der andere Theil nicht erwerben sollte.<sup>10</sup>

3. Der Besitz erlischt ferner durch den Tod des Besitzers. Der Erbe bedarf einer neuen Besitznahme.<sup>11</sup> Die Erziehung läuft indeß gleichwohl nach dem Tode des Erziehenden weiter, solange sich Dritte nicht in den Besitz setzen.<sup>12</sup>

non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere. quia furiosus non potest desinere animo possidere. Dies erklärt sich daraus, daß man den Besitz von Grundstücken durch Okkupation Dritter erst verliert, wenn man von derselben Kenntniß hat und sie nicht zu beseitigen weiß. Da aber der Vormund den Willensunfähigen repräsentirt, so ist nach heutigem weiter entwickeltem Rechte anzunehmen, daß der Besitz am Grundstück endet, wenn der Vormund den Weggang erfahren hat und die Okkupation nicht beseitigt.

10) Die l. 18 § 1 D. h. t. und die l. 34 D. eod. gelten als Antinomien, jedoch ohne Grund. Von der Tradition durch Einhändigung der Sache handelt l. 18 § 1 D. h. t. Celsus libro 23 Digestorum. Si furioso, quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus — rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre. Ganz anders Ulpianus libro 7 disputationum l. 34 D. eod. Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus. in corpore consenserimus . . . sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Wer dem Käufer die Ermächtigung zur Besitznahme giebt, will den Besitz nicht unbedingt und sofort aufgeben. Er erklärt vielmehr, sich desselben dann zu entäußern, wenn der Käufer sich in den Besitz setzen wird. Der Zweifel im Falle Ulpian's knüpft sich daran, daß der Käufer in das Grundstück, zu dessen Besitznahme er ermächtigt war, in der That einging, wenn auch aus Irrthum. In Wirklichkeit ist dies ein irrelevantes Moment. Denn der in der Ermächtigung liegende Besitzentäußerungswille ist bedingt durch die Besitzergreifung des Ermächtigten, nicht durch dessen zufälliges Hineingehen in das Grundstück. Diese Erklärung, die in meinem Preuß. Pr. Recht Bd. 1 § 153 Anm. 12 angedeutet ist, hat bisher keine Widerlegung, aber auch keine Zustimmung gefunden. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 156 Anm. 10, Kanda, Besitz § 22 Anm. 9.

11) l. 23 pr. D. h. t. 41. 2. Javolenus libro 1 epistularum. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. l. 30 § 5 D. eod. Vgl. Cosak, der Besitz des Erben, Weimar 1877.

12) l. 30 pr. D. ex quibus causis maj. 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum „quia possessio defuncti quasi injuncta descendit ad heredem“.

4. Die Aufhebung der Verkehrsfähigkeit der besessenen Sache<sup>13</sup> beendigt den Besitz wie deren Untergang.<sup>14</sup> Bloße Veränderung der Sache ist kein Endigungsgrund.

### § 183. Verlust im Falle der Stellvertretung.

Der Wille des Besitzers, sein Tod,<sup>1</sup> der Sachuntergang endigen seinen Besitz, auch wenn Dritte für ihn in der Gewahrsam der Sache sind.

Wird der Besitzer verdrängt, so erhält sich sein Besitz gleichwohl, solange seine Repräsentanten noch für ihn besitzen.<sup>2</sup>

Viele neuere Lehren, der Verlust der Gewahrsam durch den Vertreter ziehe den Untergang des Besitzes des Vertretenen nothwendig nach sich.<sup>3</sup> Dieser Meinung scheinen auch ältere römische Juristen gewesen zu sein; später kam aber in Rom eine richtigere Auffassung zur Geltung. Hiernach hat der Verlust des Gewahrsam, des Stellvertreters den Untergang des Besitzes des Vertretenen nur dann zur Folge, wenn diesem hiermit die Einwirkung auf die Sache verschlossen wird.

Daher erhält sich der Besitz des Vertretenen, wenn sein Vertreter, z. B. der Pächter stirbt oder geisteskrank wird oder die Detention aufgibt, z. B. vom Pachtgute abzieht.<sup>4</sup> Im Falle der Vertreibung

13) l. 30 § 4 D. h. t. 41, 2.

14) l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2.

1) l. 30 § 5 D. h. t. 41, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum. Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus: apisci non possumus.

2) l. 1 § 45 D. de vi 43, 16. si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit . . . per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt. Vgl. l. 40 pr. D. h. t. 41, 2.

3) So z. B. Windscheid § 157. Nach ihm giebt es jedoch von dieser Regel „positive Ausnahmen“. Die richtige Ansicht vertritt u. a. Kierulff S. 397. Vgl. auch unten Anm. 5.

4) Andere Anschauungen äußert Africanus libro 7 quaestionum l. 40 § 1 D. h. t. 41, 2. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset! Propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur. Quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Ähnlich spricht sich Pomponius in l. 25 § 1, l. 31 D. eod. aus. Dagegen findet schon Proculus libro 2 epistularum l. 31 D. de dolo 4, 3: Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, und Paulus libro 54 ad edictum l. 3 § 8 D. h. t. 41, 2 entscheidet: si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere amississe eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.

des Inhabers ist zu unterscheiden, ob sich die Gewalt nur gegen ihn selbst richtet, weil z. B. der Pächter persönlich den Dorfgenossen verhaßt war, oder ob dem Verpächter durch die Vertreibung seiner Vertreter die Einwirkung auf die Sache dauernd entzogen werden sollte. Nur in dem letzteren Falle tritt Besitzverlust ein.

Okkupirt ein Dritter ein Grundstück, welches ein Vertreter für uns innehat, in dessen Abwesenheit, so wird er Besitzer, sofern der Vertreter die Okkupation erfährt und duldet oder bei dem Versuche der Wiedererlangung scheitert, die Kenntniß des Vertretenen ist zum Besitzverlust nicht erforderlich.<sup>5</sup> Verräth aber der Stellvertreter den Besitz arglistig oder nachlässigerweise an einen Dritten, so erhält sich der Besitz des Vertretenen.<sup>6</sup> Der Dritte erlangt daher erst Besitz, wenn der bisherige Besitzer den Vorgang erfährt und die Besitzergreifung entweder duldet oder nicht zu beseitigen vermag. Doch

5) l. 1 § 22 D. de vi 43, 16, l. 44 § 2 D. h. t. 41, 2. Der Saß rechtfertigt sich leicht. Eindringen in ein Grundstück in Abwesenheit des Besitzers giebt noch keinen Besitz. Das Verhältniß des Okkupanten erscheint noch nicht als befestigt; denn der bisherige Besitzer wird den Eindringling sehr oft bei seiner Rückkehr wieder verdrängen. Dagegen ist die Stellung des Okkupanten weit mehr konsolidirt, wenn der Stellvertreter, welcher bisher die Gewahrsam hatte, sich der Okkupation gefügt hat oder den Versuch, den Eindringling zu verdrängen, vergeblich machte. In solchem Fall ist der Besitz durch die Okkupation erworben. Windscheid findet hier die Bestätigung seiner Auffassung „daß der Vertretene die thatsächliche Gewalt nur durch den Vertreter habe“, um deswillen müsse er den Besitz verlieren, wenn dieser die Gewalt verliere. Es handelt sich aber um Thatfragen, nicht um einen abstrakten Rechtsaß.

6) l. 12 C. de adq. et ret. poss. 7, 32 Justinianus. Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatum tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem ejuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatür alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Die Tragweite dieser Decision Justinians ist bestritten. Manche finden in ihr nur die Entscheidung, daß sich der Besitz des Vertretenen erhalte, wenn sein Vertreter abziehe, nicht aber daß er fortduere, wenn sich ein Dritter in Folge dessen in den Besitz der Sache thatsächlich setze. So namentlich Vangerow Bd. 1 § 209 Anm. Denn nur über den Fall des Verlasseneins der Sache habe unter den römischen Juristen Streit bestanden, den Justinian entscheide; dagegen sei die Frage niemals streitig gewesen, daß Dritte Besitz erlangten, die sich der Sache unter Zustimmung des Vertreters oder mit dessen Willen bemächtigten. Nach dieser Auffassung wären jedoch die Worte Justinians vel alii prodiderit bedeutungsloser Pleonasmus. Daher treten ihr die meisten neueren, z. B. Windscheid Bd. 1 § 157, Arndts § 143 Anm. 1, entgegen. Dies mit Recht. Aber unverkennbar verläßt Justinian in gesetzgeberischem Eifer den realen Boden des Besitzes. Er erkennt Besitz an, wo in der That keiner mehr besteht, und läßt Besitz nicht gelten, der in der That vorhanden ist. Eine eigenmächtige Wiedervertreibung des Dritten, welcher durch den Verrath des Stellvertreters in den Besitz kam, durch den Vertretenen ist sicher unzulässig. Dies scheint auch Bruns, Besitzklagen S. 109 ff. anzunehmen. Die Literatur findet sich bei Windscheid und Arndts a. a. O.

genügt es auch, wenn sich der bisherige Besitzer um den Besitz lange Zeit nicht kümmert.

## Viertes Kapitel.

### Die Besitzklagen.

#### I. Allgemeines.

#### § 184. Wesen der Besitzklagen.

Die römischen Besitzklagen zerfallen in drei Arten. Sie werden als *interdicta retinendae, recuperandae* und *apiscendae possessionis* unterschieden.<sup>1</sup>

a) Die *i. retinendae possessionis* bezwecken Erhaltung des bestehenden Besitzes. Im älteren Rechte schützten das *i. uti possidetis* bestehenden Besitz an Immobilien und das *i. utrubi* Besitz an Mobilien in verschiedener Weise. Im justinianischen Rechte sind beide Interdikte gleichgestellt. Seit dem Mittelalter nennt man das Rechtsmittel *possessorium ordinarium*; neben dasselbe trat seitdem das *summariissimum*.

b) Die *interdicta recuperandae possessionis* bezwecken Wiedererlangung verlorenen Besitzes. In Rom gehörte hierher vorzugsweise das *i. unde vi*. An seine Stelle ist in Folge des kanonischen Rechtes die *Spolienklage* getreten.<sup>2</sup>

c) Mannigfachster Art sind die *i. apiscendae possessionis* zur Verschaffung eines Besitzes, den man bisher nicht hatte.

1) Gaj. Inst. IV § 143, § 2 J. de interdictis 4, 15, l. 2 § 3 D. de interdictis 43. 1. Ueber Besitzklagen vgl. Brunß, Besitzklagen, Dunder, die Besitzklage und der Besitz 1884.

2) Savigny § 42 hat das *i. de precario* unter die *interdicta recuperandae possessionis* eingereiht. So auch Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, Brinz § 184. Mit Recht haben sich Ihering a. a. O. S. 96 und Brunß, Besitzklagen S. 180 hiergegen erklärt. Die Römer selbst zählen das *i. de precario* nie zu den possessoriischen Interdikten. Es unterscheidet sich von diesen vor allem wesentlich dadurch, daß die Einrede des Eigenthumes des Beklagten Platz greift, l. 4 § 3 D. de precario 43, 26. Dies ist im Widerspruch mit dem Charakter einer possessoriischen Klage. Daß man die Einrede des Eigenthumes formell durch den Satz rechtfertigte „*rei suae precarium non esse*“, ändert hieran nichts. Die Litteratur über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17 und bei Arndts § 173 Anm. 8.

Solche Besitzklagen hat namentlich der Erbe behufs Erlangung der körperlichen Erbschaftsgegenstände. Hierzu dient ihm das *interdictum quorum honorum* und die *Immissio* aus äußerlich fehlerfreiem Testamente, sowie das *i. quod legatorum* behufs Herausgabe legirter Objekte, die der Legatar eigenmächtig in Besitz nahm. *Apiscendae possessionis* ist ferner das *i. Salvianum*, mittels dessen der Verpächter den Besitz der vom Pächter auf das Pachtgut gebrachten, ihm verpfändeten Inventarstücke in Anspruch nimmt.

Das gemeinsame der Besitzklagen ist, daß sie die Regelung des Besitzes als solchen zum Ziele haben. Es handelt sich bei ihnen nicht um die Frage des Rechtes, sondern nur um den Besitz.<sup>3</sup>

Der Streit um Besitz und derjenige um Eigenthum sind getrennt. Jeder verfolgt besondere Ziele. Die Besitzesklage darf durch den Streit um das Recht nicht aufgehalten werden.

Daher ist gegenüber der Besitzklage die Einrede, daß der Beklagte Eigenthümer sei, unzulässig. Ebenjowenig ist eine Widerklage aus dem Rechte zum Besitze gegenüber Besitzklagen zu gestatten.<sup>4</sup>

Es darf ferner die Besitzklage nicht mit der Klage, durch welche das Recht auf den Besitz geltend gemacht wird, verbunden werden.<sup>5</sup> Dagegen können beide Klagen zu derselben Zeit getrennt anhängig gemacht werden.<sup>6</sup> Wer in der Besitzklage rechtskräftig unterliegt, ist

3) Savigny § 35 bezeichnet als possessoriisch nur Klagen, die sich auf Besitz und dessen deliktartige Verletzung stützen. Daher betrachtet er nur die *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis* als wahre Besitzklagen. Die *interdicta apiscendae possessionis*, deren Fundament nicht Besitz ist, hätten, führt er aus, nichts mit den Besitzklagen gemeinam. Denn daß der Besitz das Ziel der Klage sei, sei nichts den Besitzklagen eigenthümliches, finde sich vielmehr auch bei vielen petitorischen Klagen. Diese Behauptungen erhielten weite Verbreitung. Ihering hat sie a. a. O. S. 66 gründlich widerlegt. Er sieht übereinstimmend mit der älteren gemeinrechtlichen Doktrin das charakteristische der Besitzesklage darin, daß es sich bei ihr nur um den Besitz, nicht um das Recht zum Besitz handelt, so daß durch sie nur ein Provisorium geschaffen wird.

4) Dies ist unbestritten nur hinsichtlich der *Spolienklage*, cap. 4 X. de ordine cognitionum 2, 10, cap. 1, 7, 20 X. de rest. spoliatorum 2, 13. Gegenüber anderen Besitzklagen verstaten viele die Widerklage; so Zeuffert zur C.P.D. § 232; vgl. dagegen Schmidt, Civilprozeß Bd. 3 S. 113. Das Princip, welches C.P.D. § 232 zu Grunde liegt, führt schlechthin zur Ausschließung der Widerklage.

5) So ausdrücklich C.P.D. § 232 Abs. 2. Früher ließ man gemeinrechtlich eine derartige Kumulation zu. Die meisten Interpreten der C.P.D. behaupten, unter den Besitzklagen seien die Rechtsmittel *apiscendae possessionis* nicht verstanden. Dies hat keinen zureichenden Grund. Vgl. Mandrn, Reichsgezeuge S. 368.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum. Nihil commune habet proprietatis cum possessione: et ideo non denegatur ei *interdictum uti possidetis*, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit, l. 18 § 1 D. unde vi 43, 16. Siegt der Kläger im Petitorium, ehe der Besitzstreit erledigt ist, so findet dieser sein Ende: denn Petitorium absorbet possessorium.

nicht gehindert, nunmehr sein Recht zum Besitze gerichtlich geltend zu machen.<sup>7</sup> In diesem Sinne begründet die Entscheidung im Besitzprozesse nur ein Provisorium.<sup>8</sup>

## II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

### § 185. Charakter der besitzerhaltenden Interdikte.

Die *interdicta retinendae possessionis* galten Savigny als Deliktssklagen.<sup>1</sup> Er fand ihren Grund in vollzogener gewaltsamer Störung, sowie in drohender Vergewaltigung des Besitzes. Wohl erkannte er an, daß sie auch dazu dienten, die Partcirollen in der Eigenthumsklage festzustellen.<sup>2 3</sup> Doch dies führte er auf die Fiktion zu befürchtender Gewalt zurück. Dem *vim fieri veto* des Ediktes, meinte er, sei dies fremd gewesen. Es handele sich um eine spätere Erweiterung. Diese könne aber die Klassifikation der besitzerhaltenden Interdikte nicht bestimmen.

Derzeit wissen wir durch Gajus, daß das *vim fieri veto* im Interdikte *uti possidetis* nur dazu diene, dem Streite über den Besitz die Form zu geben.<sup>4</sup> Wie die vindikation der Zeit der *legis actiones* mit gegenseitiger Gewaltanfrage begann, so schien jener Zeit auch bei dem Streite um den Besitz Scheingewalt unerläßlich.<sup>5</sup> Beiden

7) l. 14 § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2. Paulus libro 70 ad edictum. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur.

8) Gegen die Auffassung der Besitzklagen als provisorischer Rechtsmittel erklärt sich energisch Savigny § 36. In der That geben diese Klagen keine vorläufigen Entscheidungen über eine Frage, die später noch einmal und dann peremptorisch verhandelt werden kann. Sie erledigen vielmehr — abgesehen vom *summariissimum* — die Besitzfrage endgültig. Nehmen wir jedoch das Verhältniß in seiner Totalität, so ergibt sich, daß die Entscheidung, welche nur den Besitz regulirt, hinsichtlich des endlichen Ausganges der Sache etwas provisorisches und interimistisches hat.

1) Savigny, Recht des Besitzes § 37 S. 396. Dagegen aber Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 306; Bangerow Bd. 1 § 336 Anm. 1; Hermann Witte, das *interdictum uti possidetis* 1863 S. 40; vgl. auch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 186; siehe ferner Thering a. a. D. S. 17, Brunß, Besitzklagen S. 49.

2) Vgl. Gaj. Inst. IV § 148, l. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17.

3) Die heutzutage am meisten verbreitete Ansicht sieht den Zweck der Einführung der *interdicta retinendae possessionis* gerade in der Regulirung der Partcirollen für den Eigenthumsstreit. Vgl. insbesondere Thering S. 72, Bekker, Recht des Besitzes S. 99; siehe aber oben § 171.

4) Dies geht aus Gaj. Inst. IV § 170 hervor verb: *ut qui cetera ex interdicto non faciat „veluti qui vim non faciat“*. Vgl. insbesondere Krüger, kritische Versuche S. 86, Brunß, Besitzklagen S. 35.

5) Das nähere siehe bei Gaj. Inst. IV § 166, vgl. hierzu Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes S. 47 ff.

Theilen lag ob, sie vor Gericht vorzunehmen, nachdem der Prätor die Interdiktsworte gesprochen hatte. An diese symbolische Gewalt knüpften sich gegenseitige Sponsionen. Die Verurtheilung aus ihnen hing ausschließlich davon ab, wer fehlerfreier Besitzer war. Den Kern des Verfahrens bildete also die Entscheidung der Besitzfrage; alles andere war Umhüllung oder sekundär.<sup>6</sup> <sup>7</sup> Mit einer Deliktsklage hatte diese Besitzklage hiernach nichts gemeinsam.

An die Seite des *interdictum uti possidetis* bezüglich der Immobilien stellte man in der Kaiserzeit das *interdictum utrubi* bezüglich der Mobilien. Beide Rechtsmittel waren verschieden. Das *uti possidetis* schützte Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes.<sup>8</sup> Das *i. utrubi* schützte den Streitenden, welcher im letzten Jahre länger als der andere Theil besaß.<sup>9</sup> Besitz, welchen man vom anderen Theile *vi*, *clam* oder *precario* hatte, kam bei beiden Interdikten dem Besitzer nicht zu gute.

Die beiden Interdikte wurden von den Römern der Kaiserzeit *retinendae possessionis* genannt. Damit sollte ihr Hauptcharakter bezeichnet werden. Aber sie dienten der Erhaltung des Besitzes keineswegs ausschließlich. Sie hatten vielmehr sehr häufig *refuperatorische* Funktion. Beim *i. utrubi* liegt dies auf der Hand. Hier siegte auch, wer den Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes nicht hatte, sofern er nur längeren Besitz als der Gegner im letzten Jahre gehabt hatte. Die eingehende Betrachtung ergibt, daß das *i. uti possidetis* nicht minder *refuperatorisch* wirken konnte.

Seit Diokletian wurden Interdikte in alter Form nicht mehr er-

6) Gaj. Inst. IV § 166<sup>a</sup> *judex apud quem de ea re agitur. illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario possederit. cum judex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci condemnat.*

7) Während des Prozesses erhielt — nach dem Ergebnis der *fructus licitatio* — der eine Theil *interimistischen* Besitz. Wurde der Besitzprozeß zu Gunsten seines Gegners entschieden, so wurde diesem das *Caseellianum* oder *secutorium iudicium* auf Herausgabe des Besitzes neben den Sponsionsklagen gewährt.

8) Die Formel des *interdictum uti possidetis* lautete nach l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto.*

9) Das *interdictum utrubi* konstruirt Lenel *edictum perpetuum* S. 392 folgender Gestalt: *Utrubi hic homo quo de agitur, maiore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat vim fieri veto.* Vgl. l. un. pr. D. utrubi 43, 31, Gaj. Inst. IV §§ 150, 160.

lassen. Die Besitzklage wurde unmittelbar auf Grund des Ediktes angestellt.<sup>10</sup>

In der christlichen Kaiserzeit setzte man endlich das *interdictum utrobi* dem *i. uti possidetis* gleich.<sup>11</sup>

### § 186. Die ordentliche Besitzklage.<sup>1</sup>

Seit dem Mittelalter erhielt das *i. uti possidetis* den Namen des *possessorium ordinarium*, also der ordentlichen Besitzklage.

Ihr Zweck ist Anerkennung des Besitzes durch den Richter und Verwirklichung der Konsequenzen dieser Anerkennung. Sie betreibt also in erster Linie die Entscheidung der Besitzfrage. Aber sie ist nicht rein präjudiciell. Sie bezweckt auch das Verbot künftiger Störung, sowie Schadenersatz wegen geschehener Störung.<sup>2</sup>

1. Die Grundlage der Klage in ihrer einfachsten Gestalt ist juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Erhebung der Klage.<sup>3</sup>

Zur Passivlegitimation gehört, daß der Beklagte den Besitz des Klägers wörtlich oder thätlich in Frage gestellt hat.<sup>4</sup> Er beunruhigt ihn wörtlich durch die Behauptung eigenen Besitzes, sowie durch die Drohung der Entziehung oder Störung; er greift ihn thätlich an durch störende Einwirkung auf die Sache, sowie durch Behinderung des Besitzers in seinem Besitze.<sup>5</sup> Die Störung kann in Handlungen,

10) § 8 J. de interdictis 4, 15.

11) l. 1 § 1 D. utrobi 43, 31.

1) Tit. Dig. uti possidetis 43, 17. Vgl. Brunß, der ältere Besitz und das *possessorium ordinarium* in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 n. 1, sowie Brunß, Besitzklagen S. 1 ff.

2) Es giebt drei Hauptansichten über den Grundcharakter des *possessorium*. a) Nach Savigny handelt es sich um eine Deliktsklage. Dies ist bereits widerlegt. b) Nach anderen ist die Klage Präjudicialklage über die Besitzfrage, vgl. l. 1 § 3 D. uti possidetis 43, 17, Jhering S. 93. c) Brunß, Besitzklagen S. 50 setzt den Zweck der Klage in das Verbot der Störung in Gemäßheit der l. un. C. uti possidetis 8, 6 — daß dies ihr einziger Zweck war, läßt sich indessen hieraus nicht entnehmen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 159 Anm 8<sup>b</sup>.

3) § 5 J. de interdictis 4, 15 ... *ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.*

4) Eine enge und unzureichende Basis gab der Passivlegitimation Savigny S. 400, indem er von dem Standpunkte einer Deliktsklage ausging und wenigstens grundsätzlich „Gewalt“ seitens des Beklagten forderte. In der Durchführung verpflichtete man freilich dieses Erforderniß.

5) l. 3 § 2 D. h. t. 43, 17.

wie in dem Innehaben von Anlagen auf fremdem Boden liegen.<sup>6</sup> Nicht erfordert ist, daß die Bedrohung oder Störung auf dem Anspruch eigenen Besitzes beruhe,<sup>7</sup> oder daß beim Störer Bewußtsein und Absicht bestehe, fremden Besitz anzutasten.<sup>8</sup>

2. Die ordentliche Besitzklage ist doppelseitig — duplex —,<sup>9</sup> so daß Kläger und Beklagter die gleiche Stellung haben.

Findet also der Richter, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte besitzt, so darf er die Klage nicht einfach abweisen, vielmehr hat er den Beklagten als Besitzer anzuerkennen. Bliebe die Besitzfrage in der Schwebe, so wäre zu fürchten, daß der durch Urtheil nicht endgültig geschlichtete gerichtliche Kampf um den Besitz sich außergerichtlich fortsetzte.

3. Im Streit um Rechte führt man den Beweis durch die Titel, welche sie dereinst begründeten. Der Besitz dagegen ergibt sich aus Thatfachen der Gegenwart, welche sein Bestehen zur Zeit dokumentiren, z. B. aus dem Bewohnen eines Hauses, der Bebauung eines Acker.

Nicht selten freilich läßt sich gegenwärtiger Besitz nur aus Thatfachen der Vergangenheit darthun. Der Besitz eines entfernten Waldes kann z. B. vielleicht nur durch den Nachweis dargethan werden, daß man im letzten Herbst oder vor noch längerer Zeit das Holz schlug. Die früher häufig vertheidigte Regel „olim possessor, hodie possessor“ ist nicht allgemein richtig, aber sie wird nicht selten zutreffen.

Es kommt vor, daß beide Streittheile längere Zeit Besitzhandlungen unabhängig von einander vornahmen, z. B. durch Holzschlagen in einem Walde, Viehauftreiben auf eine Weide, Fischerei in einem Gewässer. Hier kann sich fragen, wer als der Besitzer, wer als Besitzstörer anzusehen ist. Die Praxis geht zur Feststellung des Besitzes auf die älteren Besitzhandlungen zurück, zieht auch wohl zur Beurtheilung des Charakters der Handlung den Titel des Besitzerwerbes in Betracht.<sup>10</sup>

Gemeinrechtliche Praktiker der vergangenen Jahrhunderte stempelten hiernach das *possessorium ordinarium* geradezu zu einer

6) I. 3 § 7 D. h. t. 43, 17.

7) I. 3 § 3 D. h. t. 43, 17. Der Miether prä tendirt keinen Besitz, dennoch wird das Interdict gegen ihn gewährt.

8) Siehe namentlich Bruns, Besitzklagen S. 59 ff. Ueber die Litteratur vgl. auch Windscheid § 159 Anm. 5.

9) § 7 J. de interdictis 4, 15. I. 3 § 1 D. h. t. 43, 17.

10) Die berühmte Dekretale: Licet causam cap. 9 X de probat. 2, 19 gab hierzu eine Handhabe.

Klage aus älterem Besitz.<sup>11</sup> Sie gaben ihr also einen petitorischen Charakter. Der ältere ehemalige Besitz überwog den derzeitigen jüngeren Besitz. Die Doktrin hat seit Savigny diese in der Bildung begriffene Praxis nicht mehr gelten lassen;<sup>12</sup> neuere Versuche, sie auf Grund des deutschen Rechtes neu zu befestigen,<sup>13</sup> hatten keinen durchschlagenden Erfolg.<sup>14</sup> Der ältere Besitz führt daher nach jetzigem gemeinen Rechte nur dann zum Siege, wenn man annehmen kann, daß er noch fortbesteht.

4. Wer den Besitz vom Prozeßgegner entweder mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — oder endlich auf Widerruf — precario — hat, steht demselben nach. Dies hat folgende Tragweite.

a) Der Kläger unterliegt, wenn er zwar besitzt, aber vitios vom Gegner besitzt. Es kann aber bei seiner Abweisung nicht bewenden, er ist vielmehr in Folge der Duplicität des Verfahrens zur Rückgabe des Besitzes an den Beklagten zu verurtheilen.<sup>15</sup>

b) Die Konsequenz ist, daß als Kläger mit dem Possessorium auch auftreten kann, wem der Besitz zur Zeit der Klageerhebung vitios vom Gegner entzogen ist. Der Besitz des Beklagten hat ihm gegenüber bei Gericht keine Kraft.<sup>16</sup> Die refuperatorische Funktion der Klage tritt hier bestimmt hervor.<sup>17</sup>

11) Vgl. z. B. Leyser med. spec. 499 med. 6 und 7.

12) Savigny S. 528.

13) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechtes 1857, ferner Delbrück in Iherings Jahrbuch Bd. 10 n. 2, Ziebarth, Realexekution und Obligation 1865, S. 257.

14) Gegen Delbrück trat namentlich Bruns in Bickers Jahrbuch Bd. 4 n. 1 auf; vgl. ferner Bruns, Besitzklagen S. 212. Auch Windscheid § 162<sup>a</sup> Anm. 8 hat sich gegen Delbrück erklärt. Siehe dort weitere Litteratur.

15) l. 3 pr. D. h. t. 43, 17... si a me possides superior sum interdicto, Savigny S. 405. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 112, 183 nimmt an, daß Beklagter auf Grund der exceptio vitiosae possessionis nur Abweisung des Klägers, nicht aber Verurtheilung zur Herausgabe erlangen könne, indem er sich auf das alte Interdiktenverfahren stützt. Mit Recht hat man aber überwiegend die Ansicht Savignys festgehalten. Vgl. namentlich Arndts § 172 Anm. 2, § 7 J. h. t., l. 2 § 1 D. comm. div. 10, 3.

16) Savigny hat diese Konsequenz nicht gezogen. Sie ist in der That auf den ersten Blick befremdend, dennoch aber folgerichtig und, wie ich jetzt anerkenne, unabweislich. Sie wird u. a. von Bangerow Bd. 1 § 336 Ziff. 4, Witte a. a. O. S. 60 durchgeführt. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 10. Dort siehe die Litteratur der Frage.

17) Manche römische Juristen suchten den Charakter des Interdiktes als retinendae possessionis dadurch schlechthin zu wahren, daß sie den vitios aus dem Besitz verdrängten als noch besitzend betrachteten. Sie kamen so zur Annahme einer possessio duorum in solidum, da der eine Theil als Besitzer galt, der andere Theil, wenn auch vitios, Besitzer war. So Ulpian in der l. 3 pr. D. h. t. 43, 17. Mit Recht verwirft Paulus diese Konstruktion, l. 3 § 5 D. de a. vel o.

## 5. Die Besitzklage hat zum Ziel:

a) die gerichtliche Anerkennung des Besitzes eines der beiden Streittheile, sowie die Auflage der Herausgabe des Besitzes in den Fällen, in welchen die Klage reuperatorisch wirkt,

b) Auflage der Beseitigung störender Veränderungen,<sup>18</sup> gerichtliches Verbot fernerer Störung,<sup>19</sup> Strafan drohung für den Fall einer solchen, nach Umständen Sicherstellung,<sup>20</sup>

c) Schadenserzatz wegen Störung des Besitzes vor und während des Besitzprozesses. Vorausgesetzt ist, daß dem Störenden eine Schuld zur Last fällt.<sup>21</sup>

Der Anspruch auf Schadenserzatz verjährt in einem Jahre.<sup>22</sup>

Ohne Antrag des Beklagten kann der Richter zu seinen Gunsten auf Verbot der Besitzstörung und Schadenserzatz nicht erkennen.

## § 187. Das summariissimum.

Das summariissimum ist eine Schöpfung der Praxis. Die Besitzfrage wird hier provisorisch entschieden und zwar so, daß vor allem die jüngste fehlerfreie Besitzhandlung maßgebend ist.<sup>1</sup>

Ursprünglich war nothwendige Voraussetzung des summariissimum die Gefahr von Thätlichkeiten; später genügte auch Unhängigkeit der ordentlichen Besitzklage, da während ihrer Verhandlung ein Inter-

poss. 41, 2, vgl. l. 5 § 15 D. commodati 13. 6. Es war nicht unerträglich zuzugeben, daß das Interdikt unter Umständen reuperatorisch werde. Aber gefürchtet war es, um den Charakter des Interdikts als retinendae possessionis theoretisch festzuhalten, fortdauernden Besitz des vitios verdrängten anzunehmen, welcher realiter nicht bestand, und unlogisch, hierauf die Vorstellung einer possessio duorum in solidum zu gründen, bei welcher der eine Theil fingirt, der andere realiter besitzen sollte.

18) l. 3 § 9 D. h. t. 43, 17.

19) l. un. C. uti possidetis 8, 6.

20) C.P.D. § 775.

21) Vgl. l. 3 § 11 D. h. t. 43, 17. Bruns, Besitzklagen S. 57.

22) In l. 1 pr. D. h. t. 43, 17 findet sich als Theil des Interdikts: neque pluris quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. Der Zusammenhang dieses Satzes mit dem Interdikte erscheint dunkel; seine Tragweite im justinianischen Rechte ist bestritten und zweifelhaft. Lenel, edictum perpetuum S. 379 vermuthet mit Recht, daß im Edikte seinerzeit statt „agere permittam“ stand „sponsionem facere permittam“, denn un denkbar sei, daß der Prätor Klagen auf neque pluris quam quanti res erit in Aussicht gestellt habe. Im justinianischen Rechte ist die Verjährung auf den Anspruch wegen des Schadens der Besitzstörung zu beziehen. Anders Windscheid Bd. I § 159 Anm. 7.

1) Bruns, Recht des Besitzes S. 256. Man zog namentlich die Worte der l. 1 § 3 D. de usufr. 7, 1 an: „cur enim ad arma et rixam procedere patiatu praetor quos potest jurisdictione sua componere.“

mistikum oft Bedürfnis war.<sup>2</sup> Schließlich verstattete man das Rechtsmittel den Besitzprätendenten ohne weiteres.<sup>3</sup>

Das summariissimum hatte anfänglich nur prozessualische Eigenthümlichkeiten. Es bezweckte eine vorläufige Ordnung in schleuniger Weise. Allmählig bildeten sich auch materielle Besonderheiten heraus. Die jüngste ruhige Besitzhandlung wird zu Grunde gelegt. Der provisorische Besitz kann je nach dem Ergebnis dem Beklagten wie dem Kläger zugetheilt werden.<sup>4</sup> Die Klage ist also duplex. Gelingt keinem Theile der Nachweis ruhigen Besitzes, so kommt es zur Sequestration der streitigen Sache.<sup>5</sup>

Die C. P. D. erwähnt das summariissimum nicht. Seine prozessualischen Besonderheiten sind hiermit beseitigt. Die materiellen Sätze desselben blieben aber unberührt. Es giebt noch immer eine Klage aus jüngstem ruhigen Besitz. Aber die Verhandlung hat in den Formen des ordentlichen Prozesses zu geschehen. Die Berufung gegen das Erkenntnis erster Instanz hat daher auch, abweichend vom früheren Rechte, eine die Vollstreckbarkeit des Urtheils aufschiebende Wirkung.

Einstweilige gerichtliche Verfügungen behufs interimistischer Ordnung der Besitzverhältnisse sind außerdem zulässig.<sup>6</sup>

### III. Rekuperatorische Besitzklagen.

#### § 188. Römische rekuperatorische Besitzklagen.<sup>1</sup>

1. Gewaltfame Vertreibung aus dem Besitze eines Grundstückes begründete das interdictum de vi auf Wiederherstellung des Besitzes.<sup>2 3</sup>

2) Bruns a. a. D. S. 264.

3) Bruns a. a. D. S. 401. Ueber die Bestimmungen der R. G. D. von 1548 II 21 § 3 vgl. Bruns a. a. D. S. 375 ff.

4) Dies wurde um so wichtiger, je mehr man sich gewöhnte, in der ordentlichen Besitzklage auf den ältesten fehlerlosen Besitz zurückzugehen. Vgl. Bruns a. a. D. S. 401.

5) Man schützte auch den Detentor, siehe Bruns a. a. D. S. 403. Dem Detentor in eigenem Interesse wird man die Klage auch heute nicht verweigern dürfen, wenn man ihm die Spolienklage einräumt, vgl. unten § 189 Anm. 6.

6) C. P. D. §§ 814 ff.

1) Tit. Dig. de vi 43, 16. Keller, semestria ad Ciceronem II cap. 1 §§ 2 und 3. Keller, Institutionen S. 42.

2) Neben dem interdictum de vi wurde in der Zeit der Bürgerkriege ein verschärftes Rechtsmittel, das i. de vi armata aufgestellt. Im Hadrianischen Edikte hatten nach Lenel, edictum perpetuum, die beiden Interdikte folgende Formeln:

a) Als Kläger iſt legitimirt, wer durch Gewalt den juridiſchen Beſitz<sup>4</sup> ſeines Grundſtückes verlor.

Die Gewalt muß perſönlich ſein.<sup>5</sup> Sie kann im Hinausſtreiben — Dejection — des Beſizers oder in der Verhinderung — Prohibition — ſeines Eintretens liegen.<sup>6</sup> Gewalt, welche den Beſizer zur Uebergabe beſtimmt, gehört nicht hierher.<sup>7</sup> Bloße Störung des Beſitzes durch Gewaltthaten begründet das Interdict nicht.<sup>8</sup>

b) Beklagter iſt der Dejectant, mag er nun den Beſitz haben oder nicht.<sup>9</sup> Dritte, welche den Beſitz der gewaltſam entzogenen Sache erhalten, unterliegen dem Interdicte nicht.

c) Dem Beklagten liegt Wiederherſtellung — Reſtitution — ob. Sie beſteht in Herausgabe des Grundſtückes, ſeiner Früchte und Accessionen — *causa* —, ſowie der auf dem Grundſtücke zur Zeit der Dejection vorhandenen Sachen, endlich in Schadenserſatz.<sup>10</sup>

d) Haben Familienmitglieder, Dienſtpersonal oder auch ſonſtige Dritte für einen anderen ohne Auftrag und Genehmigung eine gewaltſame Dejection vorgenommen, ſo haftet der Vertretene auf das, was an ihn gelangt iſt. Im Falle eines Auftrages oder ſeiner Genehmigung tritt er ein, wie wenn er ſelbſt die Gewaltthat vollzogen hätte.<sup>11</sup>

a) unde in hoc anno tu illum vi deieciſti aut familia tua deiecit. cum ille poſſideret, quod nec vi nec clam nec precario a te poſſideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit. reſtituas. b) unde tu illum vi hominibus coactis armatis ve deieciſti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit reſtituas. Die Belege ſiehe bei Lenel a. a. O. Bei dem i. de vi armata fiel die exceptio vitiosae poſſeſſionis weg, ferner die Beſchränkung auf ein Jahr, endlich forderte man hier nicht juridiſchen Beſitz in der Perſon des Klägers. Im juſtinianiſchen Rechte ſind die beiden Interdicte verſchmolzen. Die exceptio vitiosae poſſeſſionis iſt jezt auch bei dem interdictum de vi quotidiana ausgeſchloſſen, vgl. l. 1 pr. D. h. t. 43, 16, ſiehe aber auch l. 17 D. eod.

3) Das Interdict de vi war wahrſcheinlich jünger als das uti poſſidetis. Das letztere war prohibitoriſch, das erſtere reſtitutoriſch, was einigermaßen als Fingerzeig gelten kann.

4) l. 1 § 9 und 23 D. h. t. 43, 16.

5) Erfordert iſt vis atrox l. 1 §§ 3, 29 D. h. t. 43, 16. Es genügt alſo nicht bloß Handeln gegen Verbot, l. 73 § 2 D. de R. J. 50, 17, noch weniger bloße Scheingewalt.

6) Das Interdict ſprach von deieciere. Das prohibere wurde gleichgeſtellt l. 3 § 8 D. h. t. 43, 16., l. 12 und l. 18 D. eod., vgl. ferner l. 1 § 47 D. eod.

7) l. 5 D. h. t. Ulpianus libro 11 ad edictum... non eſt deiectus, qui compulſus eſt in poſſeſſionem inducere.

8) l. 11 D. h. t. ſcheint freilich das Gegentheil zu beſagen. Sie iſt an einen nicht paſſenden Ort gerathen.

9) l. 1 § 42 D. h. t.

10) l. 1 §§ 21, 40, 41 D. h. t.

11) l. 1 § 11 ff. D. h. t.

e) Nach einem Jahre geht die Klage nur auf die Bereicherung des Beklagten.<sup>12</sup> Das römische Recht läßt auch den Erben des Dejicirten nur auf die Bereicherung haften.<sup>13</sup>

2. In der christlichen Kaiserzeit trat die Tendenz hervor, die Wiederlangung verlorenen Besitzes zu fördern.<sup>14</sup> Insbesondere stellte man eigenmächtige Besitznahme von Grundstücken während Abwesenheit ihres Besitzers gewaltsamer Dejektion gleich.<sup>15</sup> Manche behaupten, daß man das Interdict de vi auf Mobilien ausgedehnt habe; doch läßt sich dies nicht erweisen.<sup>16 17</sup>

3. Besitz, welchen ein anderer ohne Rechtsgrund von uns erlangte, kann kondicirt werden. Diese Kondiction ist aber nicht zu den Besitzklagen zu zählen. Der Konditionsbeklagte kann ihr gegenüber eigenes Eigenthum vorschützen.<sup>18</sup>

### § 189. Spolieneinrede und Spolienklage.

Durch das kanonische Recht und die gemeinrechtliche Praxis wurde der reparatorische Besitzschutz sehr gesteigert.<sup>1</sup>

12) l. 1 pr. § 39 D. h. t.

13) l. 1 § 48 D. h. t.

14) In den Quellen der christlichen Kaiserzeit wird oft eine actio momentariae possessionis oder actio momenti erwähnt. Nach dem Vorgange von Cujacius — obs. I 20, XIX 16 — behauptet Ihering S. 104, daß diese Klage den reparatorischen Besitzschutz auf erweiterte Grundlagen gestellt habe. Vgl. hiergegen die ausführliche Deduktion von Bruns, Besitzklagen S. 84 ff.

15) l. 11 C. unde vi 8, 4.

16) l. 7 C. unde vi 8, 4 enthält das bekannte Verbot der Selbsthülfe und schreibt Restitution gewaltsam weggenommener Objekte vor. Ob für die Rückforderung aber das i. unde vi diene, ob die Klage also unter anderem in einem Jahre verjähre, ob sie gegen den Vertretenen stattfand, in dessen Namen Dritte unbeauftragt Mobilien gewaltsam wegnahmen, darüber streitet man. Dafür ist Savigny § 40, dagegen u. a. Bruns, Recht des Besitzes § 7. Die Pandekten verwerfen das i. unde vi bei Mobilien. Sie verweisen auf andere Klagen l. 1 §§ 6 und 7 D. h. t. 43, 16. Dabei wird es wohl sein Bemenden haben müssen, trotzdem daß die Konstitution über gewaltsame Selbsthülfe in den Titel des Roder unde vi eingereiht ist.

17) Streitig ist, ob es außer dem interdictum de vi ein solches de clandestina possessione gab. Dafür scheint l. 7 § 5 D. comm. div. 10, 3 zu sprechen. Wenn aber Julian ein solches gekannt hätte, so wäre es schmerzlich sonst ganz verschollen. Es handelt sich am angeführten Orte nur um das i. uti possidetis, vgl. Savigny S. 456; Witte, das i. uti possidetis S. 45, 72, Lenel, edictum perpetuum S. 377 Anm. 7.

18) Vgl. über diese Konditionen namentlich Bruns, Recht des Besitzes S. 27 und Besitzklagen S. 185.

1) Eine sorgfältige Darstellung der historischen Entwicklung giebt Bruns, Recht des Besitzes S. 127 ff., vgl. hierzu Maassen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 8. Die Erörterung des Dogmas siehe bei Bruns,

Den Anstoß gaben gefälschte Kirchengesetze Pseudoisidor's, laut deren ein spoliirter Bischof sich auf Anklagen nicht einlassen mußte, ehe ihm das entrissene durch die Kirchengewalt zurückerstattet war. Diese gefälschten Gesetze, vor allem der *canon redintegrandae*,<sup>2</sup> gingen in das Dekret Gratians über und kamen so zur allgemeinen Geltung.

Sie begründeten zunächst eine Einrede für den Spoliirten, welche die Restitution indirekt herbeiführte. Man baute auf dieselbe bald auch eine Klage — *condictio ex canone* —, um die Restitution direkt zu erzwingen.<sup>3</sup> In Deutschland wurde dieselbe seit dem 17. Jahrhundert Spolienklage genannt. Zeitweise hatte sie eine ungemessene Ausdehnung; in der Mitte des vorigen Jahrhunderts zog man ihr engere Grenzen;<sup>4</sup> seit Savigny suchte man sie fast auf den Standpunkt des römischen Interdiktes zurückzuschrauben.<sup>5</sup> Neuerdings kehrt man zu einem Mittelmaß zurück.

1. Die Eigenthümlichkeiten der Spolienklage sind folgende:

a) Sie kommt nicht bloß juristischem Besitz zu gute. Auch die Detention zu eigenem Interesse, insbesondere des Miethers, Pächters und Retentionsberechtigten reicht aus.<sup>6 7</sup>

Besitzklagen S. 212 ff. Vgl. aber auch Delbrück, die dingliche Klage, und dessen Nachträge in Ihering's Jahrbuch Bd. 10 n. 2, sowie Ziebarth, Realrestitution S. 276, 290. Bähr, Rechtsfälle des Reichsgerichtes S. 37 behandelt neuerdings die Spolienklage.

2) *l. 3 C. 3 qu. 1. Joannes urbis Romae episcopus scribit Zachariae archiepiscopo epist. I: Redintegrandae sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque condicione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.*

3) Dies geschah zunächst durch die Kanonisten, vgl. hierüber Maassen a. a. S. Innocenz III. hat gemäß ihrer Lehre die Klage — im conc. Lat. IV, 1215 — anerkannt und näher bestimmt cap. 18 X de rest. spol. 2. 13. *Saepe contingit, ut quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuretur.* Vgl. Bruns, Recht des Besitzes S. 179.

4) Ueber den Angriff von J. H. Böhmer, *jus eccles. prot. II 13, doctr. de act. II 4 §§ 39, 40*, siehe Bruns, *Recht des Besitzes* S. 392.

5) Savigny § 50 S. 509 ff.

6) Schon Durantis gab die Klage aus dem can. dem bloßen Detentor, siehe Bruns, *Recht des Besitzes* S. 231. Ihm folgten die späteren Schriftsteller überwiegend. Neuere Theoretiker haben sich seit Savigny meist gegen die Spolienklage des Detentors erklärt. So neuerdings noch Windscheid Bd. 1 § 162<sup>a</sup>. Das Prin-

In Folge dessen haben diese Personen, insbesondere der Miether und Pächter, eine Besitzstellung, welche sie in Rom nicht hatten. Dies entspricht den wirthschaftlichen Bedürfnissen und den Rechtsanschauungen der neueren Zeit.

b) Die Spolienklage bezieht sich anerkanntermaßen nicht bloß auf Immobilien, sondern auch auf Mobilien und auf Rechte.<sup>8</sup>

c) Gewalt gegen die Person ist zur Spolienklage nicht nöthig. Es genügt die Entziehung des Besitzes wider den Willen des bisherigen Besitzers.<sup>9</sup>

d) Wenn Kläger bewiesen hat, daß er früher besaß und daß nun der Beklagte besitzt, so liegt dem Beklagten seinerseits der Nachweis ob, daß er in einer ihn rechtfertigenden Weise in den Besitz kam.<sup>10</sup>

e) Die Klage geht wie gegen den Spolianten, so auch gegen Dritte, welche die spoliirte Sache in Kenntniß des Spoliums erlangten.<sup>11</sup>

f) Die Klage unterliegt nur der dreißigjährigen Verjährung.<sup>12</sup>

2. Der Gerichtsgebrauch hat die Spolieneinrede des kanonischen Rechtes festgehalten, aber in selbständiger Weise ausgebildet. Der Spoliirte hat sie hiernach nur gegenüber dem Spolianten und dessen Rechtsnachfolgern. Sie kann gegen Civilklagen jeder Art, insbesondere auch gegen Arrestproceße vorgeschützt werden.

cip des Textes hat aber Brunß, Besitzklagen S. 226 ff. vertheidigt; dasselbe wurde auch vom R. O. Bd. 5 S. 164 adoptirt.

7) Es genügt der Miethbesitz. Einreden aus der Ungültigkeit des Mieth- oder Pachtvertrages sowie der Auflösung des Mieth- oder Pachtverhältnisses betreffen die Frage des Rechtes und sind gegenüber der Spolienklage unzulässig.

8) Brunß, Besitzklagen S. 249.

9) Brunß, Besitzklagen S. 250. Windscheid Bd. 1 § 262<sup>a</sup> Anm. 6.

10) Diese Beweisregel stellte schon Innocenz IV. in seinem Commentare zu den Dekretalen auf und sie war lange Zeit gemeine Meinung. Brunß, Besitz im Mittelalter S. 223 ff. — in neuerer Zeit aber wird sie meist als unwissenschaftlich verworfen, vgl. Brunß, Besitz S. 396, Besitzklagen S. 251, Windscheid Bd. 1 § 162<sup>a</sup> Ziff. 4. Die ältere Ansicht ist die richtige. Es ist nicht Sache des Klägers, welcher seinen früheren Besitz nachgewiesen hat, darzuthun, daß Beklagter keinen Grund für die Besitzergreifung hatte. Dieser hat vielmehr nachzuweisen, wie er in den Besitz kam, vgl. oben § 159 Anm. 6, Bähr, Urtheile des R. O. S. 47.

11) Das oben Anm. 3 citirte cap. saepe gewährt die Klage gegen Dritte, welche die Sache vom Spolianten in Kenntniß des Spoliums erwarben. Nach dem Grunde dieses Gesetzes wird man die Klage auch gegen solche Dritte nicht versagen, welche den Besitz nicht vom Spolianten erhielten, z. B. die ihn vertrieben, wenn sie nur Kenntniß seines Spoliums hatten. Windscheid Bd. 1 § 162<sup>a</sup> Anm. 7. Dagegen erklärt sich jedoch Brunß, Besitzklagen S. 246. Die ältere Praxis ließ die Spolienklage selbst gegen dritte redliche Besitzer zu. Dies wurde aber schon im vorigen Jahrhunderte nicht festgehalten.

12) Dies ist Praxis, für welche man den Passus des c. redintegranda „quacunque condicione temporis“ seit alters anführt. Vgl. jedoch Brunß, Besitzklagen S. 261.

Im gemeinen Prozesse gehörte die Spolieneinrede zu den prozeßhindernden Einreden, gab also dem Beklagten die Befugniß, bis zu ihrer Erledigung die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.<sup>13</sup> Dieses Vorrecht hat sie nach der C.P.D. verloren; als einfache Einrede ist sie aber nicht beseitigt.<sup>14 15</sup>

## Fünftes Kapitel.

### Rechtsbesitz.

#### § 190. Servitutenbesitz.

Neben den Sachbesitz stellte sich seit der Kaiserzeit der Rechtsbesitz oder Quasibesitz. Man kann ihn auch Servitutenbesitz nennen. Denn nur was die Form einer Servitut hatte, galt in Rom als Rechtsbesitz.

Vor allem hat Rechtsbesitz, wer als Nießbraucher eine Sache innehat. Zur Zeit der Republik schrieb man dem Nießbraucher Sachbesitz zu.<sup>1</sup> In der Kaiserzeit erklärte man ihn als Detentor des besitzenden Eigenthümers und erkannte ihm selbst nur Rechtsbesitz zu.<sup>2</sup> Seitdem bezeichnete man auch die thatjächliche Ausübung der Grundgerechtigkeiten als Rechtsbesitz.<sup>3</sup>

Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes vollzieht sich analog dem Sachbesitz.

Der Erwerb insbesondere verlangt:

a) ein thatjächliches Verhältniß zur Sache. Dasselbe ist je nach den verschiedenen Arten der Servituten verschieden. Beim Nießbrauche

13) *Spoliatus ante omnia restituendus.*

14) *So R.G. Bb. 7 S. 328.*

15) Nach dem *cap. 1 de rest. spol. in 6<sup>to</sup> 2. 5* mußte die *exceptio spoli* binnen 15 Tagen nach dem Vorschützen bewiesen werden. Diese prozessualische Vorschrift war dem gemeinen Prozesse fremd, sie ist jedenfalls in Folge des *Infractretens* der C.P.D. beseitigt.

1) Keller, *semestria ad Ciceronem I. p. 343.*

2) Man gab daher seitdem die *i. unde vi* und *uti possidetis* als *utilia*. l. 3 §§ 13, 15 D. de vi 43, 16, fragm. Vat. §§ 90, 91, l. 1 § 8 D. quod legatorum 43, 3, l. 4 D. uti possidetis 43, 17.

3) l. 7 D. de itin. actuque 43, 19, siehe Anm. 4, l. 2 D. comm. praed. 8, 4. Vgl. übrigens Gaj. Inst. IV § 139.

besteht es in der Detention der Sache, bei Servituten, welche durch Handlungen des Servitutberechtigten ausgeübt werden, in entsprechenden Handlungen, bei Servituten, die auf einer Anlage im Boden beruhen, muß diese Anlage hergestellt sein. Der Besitz von Servituten, die in einem Verbotungsrechte bestehen, verlangt, daß sich der Nachbar einem entsprechenden Verbote, z. B. des Bauens auf seinem Grundstücke, fügte.

b) Es ist ferner nothwendig, daß der Besitz der Servitut als Recht ausgeübt werde.<sup>4</sup> Nicht nothwendig ist dagegen, daß der Besitzer glaubte berechtigt zu sein; es ist vielmehr auch bösgläubiger Rechtsbesitz möglich.<sup>5</sup>

Es genügt, daß man die Nutzung der Sache als Recht in Anspruch nahm. Es ist aber nicht erfordert, daß man dasselbe gerade als Servitut betrachtete. Es schadet daher namentlich nicht, wenn man sich etwa Eigenthum statt Servitut zuschrieb.<sup>6 7</sup>

#### § 191. Rechtsbesitz im gemeinen Rechte.

Das kanonische Recht hat den Rechtsbesitz weit über die römischen Grenzen ausgedehnt. Es kennt als Gegenstand desselben unter anderem kirchliche und weltliche Hoheitsrechte über Kirchen, Klöster, Gemeinden, Länder, kirchliche Aemter und Würden, hiermit verbundene Beneficien und Pfründen, Ehrenstellungen, Patronate und andere bei der Besetzung der Aemter vorkommende Rechte, endlich Zehnten und sonstige Reallasten. Es kennt selbst den Ehebesitz, d. h. das als Ehe erscheinende Verhältniß.<sup>1</sup>

Demzufolge findet sich Rechtsbesitz nicht wie in Rom bloß bezüglich körperlicher Objekte.<sup>2</sup> Er verlangt vielmehr nur das Bestehen eines dauernden, auf Fortwirkung in die Zukunft hinein angelegten Zustandes

4) l. 7 D. de itinere actuque 43, 19. Celsus libro 25 Digestorum. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedissee oportet.

5) Nicht genau spricht sich daher Paulus libro 5 sententiarum l. 25 D. quemadmodum serv. 8, 6 aus. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit. Aehnlich l. 1 § 19 D. de aqua 43, 20.

6) R.G. Bd. 4 S. 135. Anders Randa, Besitz 3. Auflage S. 566.

7) Ueber den Schutz des Servitutenbesitzes vgl. die Servitutenlehre, siehe auch Bossert, das Wesen des Servitutenbesitzes 1883.

1) Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, S. 185 ff. wo die Belegstellen gesammelt sind.

2) Savigny § 49 S. 505 sucht diese Beschränkung festzuhalten.

rechtlicher Art. In diesem Umfange ging der Rechtsbesitz in das gemeine Recht über.<sup>3</sup> Freilich fehlte es nicht an Widerspruch gegen diese Ausdehnung. Derselbe hatte theilweise Erfolg. Insbesondere wird ein Ehebesitz nicht mehr anerkannt.<sup>4</sup>

Die Begründung des Rechtsbesitzes geschieht je nach seiner Art in verschiedener Weise. Sie kann in der Einführung in ein Amt oder in eine andere Stellung liegen, wie auch in der Ausübung eines Rechtes.<sup>5</sup> Der Rechtsbesitz kann gegen Dritte, welche das Recht für sich in Anspruch nehmen, wie auch gegen den zur Leistung Verbundenen, z. B. den Abgabepflichtigen, geltend gemacht werden. In der Verweigerung der bisher üblichen Leistungen durch den Pflichtigen wird ein Spolium gesehen, welches die Spolienklage rechtfertigt.<sup>6</sup>

## Zweiter Abschnitt.

### Das Eigenthumsrecht.<sup>1</sup>

#### Erstes Kapitel.

#### Begriff und Inhalt des Eigenthumsrechtes.

##### I. Eigenthum und gutgläubiger Besitz.

##### § 192. Dingliche Rechte und Eigenthum.

Dingliche oder Sachenrechte theilen uns die körperlichen Sachen, an denen sie haften, unmittelbar zu. Diese Sachen gehören uns, auch wenn sie in fremdem Besitze stehen.

3) Bruns a. a. D. S. 383.

4) Bruns a. a. D. S. 421.

5) Vgl. Bruns a. a. D. S. 198 und die dort citirten Stellen.

6) Bruns a. a. D. S. 206 ff.

1) Gesterding, Lehre vom Eigenthum 1817. Karl Sell, römische Lehre des Eigenthumes 1852 und dazu Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 138 ff. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. 1, 2 und 3 1857 ff. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum 1883. — Kanda, das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte 1884.

Wir „haben“ sie im Rechtsinne, selbst wenn uns das thatsächliche Haben fehlt.<sup>2</sup> Erfolgt ihre Herausgabe seitens des Besitzers — die thatsächliche Restitution<sup>3</sup> —, so ändert sich nicht die Rechtsstellung der Betheiligten, sondern nur das Besitzverhältniß. Bei diesen Rechten waltet also der Gedanke, daß ein rechtliches, unsichtbares Band die Sache an das Rechtssubjekt knüpft.<sup>4</sup>

Das wichtigste dingliche Recht ist das Eigenthumsrecht. Eine zweite Klasse bilden die Rechte an fremder Sache — *jura in re* (sc. *aliena*).

Das Eigenthumsrecht ist das Recht genereller Herrschaft über die körperliche Sache.<sup>5</sup> Es gewährt seiner Bestimmung nach jedwede Macht über die Sache,<sup>6</sup> welche nach Natur und Recht möglich ist.<sup>7</sup>

2) Dies gilt insbesondere vom Eigenthumsrechte, l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus libro 49 ad Sabinum. „Habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet.“

3) Zu unterscheiden ist also die juristische Restitution, welche in der Ueber-eignung besteht, und eine thatsächliche, welche nur den Besitz überträgt.

4) Siehe oben § 22 Anm. 5 S. 48.

5) Die Römer nennen in weiterem Sinne jedes Recht der Herrschaft über eine Sache, z. B. auch den Nießbrauch *dominium*, so l. 3 D. si usufr. pet. 7, 6, l. 15 § 8 D. quod vi aut clam 43, 24, siehe noch weiter l. 49 pr. D. her. inst. 28, 5. Im engeren Sinne steht das Wort für Eigenthum, „*proprietas*“. l. 1 § 1 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 43 § 12 D. de furtis 47, 2, vergl. l. 13 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Der deutsche Sprachgebrauch identificirt Eigenthum mit Vermögen. In diesem Sinne spricht man z. B. vom „litterarischen Eigenthumsrechte“, im engeren streng juristischen Sinne ist es die generelle Herrschaft über die körperliche Sache.

6) Die Definition des Eigenthumsrechtes ist seit Jahrhunderten Gegenstand der Erörterung, ohne daß ein allseitig befriedigendes Resultat erzielt wurde, vgl. die bei Glück Bd. 8 S. 26 ff. citirten Schriftsteller. Früher bezeichnete man als Eigenthümer, wer befugt sei, über die Substanz eines Objectes ausschließlich zu verfügen, vgl. das preuß. A.L.R. I. 8 § 3. Schon Thibaut, Pandekten 7. Auflage — § 558 definirt Eigenthum als die „ihrer Natur nach“ unbedingte Macht. Boecking, Pand. Bd. 2 § 134 S. 7 hob nach dieser Richtung schärfer hervor: „die Natur oder das Wesen des Eigenthumes liege in der Abstraktheit und der der mannig-fachen Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Sub-jectes“. Verfehlte Konstruktionen stützte hierauf Girtanner in Iherings Jahrbuch Bd. 3 S. 83.

7) Häufig behauptet man, das Eigenthum sei als solches schrankenlos. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 167. Danach stünden die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen im Widerspruch mit der Idee des Eigenthumes. Hiergegen erklären sich zahlreiche neuere Schriftsteller, unter anderen Ihering, Zweck des Rechtes 1. Auflage Bd. 1 S. 520. Gewiß sind alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigen-thum, durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflusst und rechtlich gebunden. Auch die Geschichte zeigt uns keine Zeit, in welcher dies nicht der Fall gewesen wäre. Die Folgerungen jedoch, welche die Socialisten und zum Theil auch Ihering a. a. O. S. 520 hieraus ziehen, sind nicht gerechtfertigt. Dies weiter zu verfolgen ist hier nicht der Ort.

Die dinglichen Rechte im engeren Sinne unterwerfen die Sache dem Berechtigten nach bestimmten Richtungen und zu bestimmten Zwecken. Die Römer kennen vier Arten, nämlich Servituten, Superficies und Emphyteusis theils und das Pfandrecht andertheils. Den drei ersten Arten dienen die natürlichen Eigenschaften der körperlichen Sachen. Das Pfandrecht dagegen giebt das Veräußerungsrecht und macht damit den Tauschwerth der Sache nutzbar.<sup>8</sup>

Das Eigenthumsrecht ist begrifflich einer Art; aber es hat verschiedene Erscheinungsformen.

Es ist volles Eigenthumsrecht, wenn es in der That die volle und ausschließliche Macht über die Sache gewährt. Es schließt dann Besitz, Nutzung, Gebrauch — die i. g. Nutzungsrechte — und das Recht der Veräußerung, der dinglichen Belastung und der Bindung — die i. g. Proprietätsrechte — in sich, und zwar nicht als besondere Befugnisse, sondern als Ausflüsse des einen Eigenthumes.<sup>9</sup>

Das Eigenthum kann aber der ihm an sich zukommenden Befugnisse mehr oder weniger entkleidet sein. Oft ruhen Nießbrauchsrechte auf der Sache, welche dem Eigenthümer die Nutzungen entziehen und nur nacktes Eigenthum — *nuda proprietas*<sup>10</sup> — übrig lassen. Es giebt andere Einschränkungen, z. B. durch Veräußerungsverbote, welche noch einschneidender wirken. Solche Beschränkungen häufen sich unter Umständen der Art, daß die Eigenthumsbefugnisse völlig paralysirt sind. Gleichwohl verliert das Eigenthum damit sein begriffliches Wesen nicht.<sup>11</sup> Es ist in solchen Fällen gehemmt, aber nicht abgestorben.

8) Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 14 „das Pfandrecht und die Servitut“.

9) l. 5 pr. D. si usufructus petetur 7, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum: Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Aeltere Schriftsteller nehmen hiernach an, der Eigenthümer habe zwar den usufructus „causalis“ seiner Sache, nicht aber den usufructus „formalis“.

10) §§ 1 und 4 J. de usufructu 2, 4, Gaj. Inst. II § 30. 1. 4 D. de iure dotium 23, 3, l. 26 pr. D. de usu et usufr. leg. 33, 2, l. 126 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

11) l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Recte dicimus cum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Julianus et est verius. Ueber die Aussprüche der römischen Juristen „usufructus portionis instar obtinet“: „usufructus in multis casibus pars domini est“ vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 132.

Denn die Bollgewalt des Eigenthumes tritt hervor, sowie die beschrän- kenden Befugnisse aus irgend einem Grunde erlöschen.<sup>12 13</sup>

Freies und unbelastetes Eigenthum ist wirthschaftlich und social ein hohes Gut, schwer belastetes ein Mißstand. Gleichwohl lassen sich Belastungen nicht ausschließen. Aber das römische Recht suchte durch seine Konstruktion des Eigenthumsrechtes herbeizuführen, daß sich schließlich die Herrschaftsrechte über die Sachen wieder in einer Hand vereinigten. Zu diesem Zwecke legte es die Fähigkeit und das Bestreben in das Eigenthumsrecht, zur vollen Sachherrschaft heranzuwachsen.

In altrömischer Zeit war das Eigenthumsrecht stets volles Herren- recht. Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung der dinglichen Rechte an fremder Sache thut dies dar. Die Superficiis und Emphy- teusis gewannen ersichtlich erst in der Periode des Formularprozesses dingliche Kraft.<sup>14</sup> Auch das Pfandrecht erhielt erst durch den Prätor dinglichen Schutz.<sup>15</sup> Zur Zeit der Alleinherrschaft des jus civile waren von dinglichen Rechten an fremder Sache daher einzig die Servituten anerkannt. Unter diesen galten nur servitutes praediorum rusticorum, und zwar Weg- und Wassergerechtigkeiten als res mancipii, die servi- tutes praediorum urbanorum und die persönlichen Dienstbarkeiten, ins- besondere der Nießbrauch waren res nec mancipii.<sup>16</sup> Dies giebt einen Fingerzeig dafür, daß die letzteren Servituten jüngeren Datums sind. Auch aus dem prätorischen Edikte über die Kautionspflicht des Nießbrauchers erhellt, daß der Nießbrauch sich nicht ohne Beihülfe des Prätors ent- wickelte. Entfernterer Vorzeit gehörten also nur die Weg- und Wasser- servituten an. Für uralt sind auch diese Servituten nicht zu halten.<sup>17</sup> Ob sie die Zeit der 12 Tafeln kannte, ist zweifelhaft; erwähnt werden sie in den erhaltenen Bruchstücken dieses Gesetzes nicht. Wegservituten waren in der ältesten Zeit entbehrlich, weil bei der Zumessung der ländlichen Grundstücke allgemein für Kommunikationswege gesorgt

12) Man spricht in diesem Sinne von „Elasticität“ des Eigenthumes. § 4 J. de usufructu 2, 4 Cum autem finitus fuerit usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nuda proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem. Vgl. l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum. Si nuda proprietatis pignori data sit, usufructus, qui postea adrevertit, pignori erit.

13) Es giebt Fälle ruhenden Eigenthumes, in welchen dem Eigenthume jede gegenwärtige Wirkung fehlt, so daß dasselbe aber in der Zukunft zu Kräften kommen kann.

14) Vgl. z. B. l. 16 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

15) § 7 J. de act. 4, 6. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 63 ff.

16) Gaj. Inst. II §§ 15, 17, 29, 30.

17) Anders Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae 1844 S. 18.

wurde. Die Wasserverhältnisse regelte genügend die schon in den 12 Tafeln erwähnte *actio aquae pluviae arcendae*.<sup>18</sup>

Als sich im Laufe der Zeiten auf Grund unabweislicher Bedürfnisse dingliche Rechte an fremden Sachen ausbildeten, erhielt das Eigenthum durch die juristische Abstraktion den hypothetischen Charakter, welcher ihm im späteren römischen Rechte innewohnt.

Die dinglichen Rechte sind sämmtlich mit einer dinglichen Klage — *actio in rem* — ausgerüstet.<sup>19</sup>

Das Eigenthum wird durch zwei dingliche Klagen geltend gemacht, nämlich die *rei vindicatio* und die *actio negatoria*. Die *rei vindicatio* ist die Klage des nichtbesitzenden Eigenthümers gegen den besitzenden Nichteigenthümer. Sie behandelt die Frage der Existenz des Eigenthumes. Die *actio negatoria* vertheidigt das Eigenthum gegen Eingriffe Dritter. Sie dreht sich um die Frage des Umfangs des Eigenthumes.

Dieselben Klagen schützen analog — *utiliter* — *Superficies* und *Emphyteusis*.

Die *Servitut* wird durch die *actio confessoria* vertheidigt, das Pfandrecht durch die *actio hypothecaria* zur Geltung gebracht.

Alle diese Klagen haben jedem gegenüber Anwendbarkeit, welcher mit dem Rechte des Klägers in Widerspruch tritt.

Es ist denkbar, daß der dinglich Berechtigte in Folge besonderer Umstände der Klagemöglichkeit dauernd beraubt ist. Dies war nach römischem Rechte namentlich dann der Fall, wenn der Erwerber eine Sache dreißig Jahre besessen hatte und in Folge dessen durch Klageverjährung gegen den Eigenthümer geschützt war, ohne daß er erbesen hatte.<sup>20</sup>

Doch nur gegen den Präskribenten und dessen Rechtsnachfolger war die Eigenthumsklage ausgeschlossen, gegen Dritte, die zufälligerweise in den Besitz kamen, hatte sie volle Kraft.

### § 193. Bonitarisches, provinciellcs Eigenthum.

Kämpfe um das Eigenthum zwischen Nichtbesitzern, welche das legitime Recht für sich haben, und Besitzern, deren Besitz dadurch, daß er vom Eigenthümer stammt oder die Weihe der Zeit hat, befestigt ist, sind historisch häufige Erscheinungen. Meist endigen sie mit dem endlichen Siege des Besitzers. Die römische Rechtsgegeschichte giebt Beispiele im bonitarischen und im provinciellen Eigenthume.

18) Vgl. Elvers, *Servituten* Bd. 1 § 1.

19) Vgl. § 129.

20) Vgl. oben § 150 Anm. 1.

1. Die klassischen römischen Juristen unterschieden das *quiritarische Eigenthum* und das *in bonis esse*.<sup>1</sup>

Nach altrömischem Civilrechte bedurfte es nämlich zur Veräußerung von *res mancipii*<sup>2</sup> entweder der *mancipatio*<sup>3</sup> oder der *in jure cessio*; die Tradition gab an solchen Sachen kein Eigenthum; Käufer, welchen sie bloß tradirt waren, unterlagen also, solange sie nicht erbesen hatten, der *vindication* ihres Verkäufers und der *Rechtsnachfolger* desselben.<sup>4</sup> Doch *mancipatio* und *in jure cessio* wurden bei dem Wachstume des römischen Staates wegen des Erfordernisses der Gegenwart der Betheiligten oft lästig, zuweilen praktisch unausführbar. Diese Uebereignungsformen waren auch wegen ihrer Unfähigkeit, Bedingungen aufzunehmen, nicht geschmeidig genug für die Bedürfnisse des entwickelten Verkehrs.<sup>5</sup> So geschah es, daß mancher sich mit der bloßen *Tradition* der *res mancipii* begnügte, welche sich auf Grund einer Ermächtigung des Tradenten auch unter Abwesenden vollziehen konnte. Der Prätor trat solchen Erwerbem schützend zur Seite, sicherte sie im Besitze gegen die *vindication* ihres Autors und der *Rechtsnachfolger* desselben durch *exceptio rei venditae et traditae*,<sup>6 7</sup> und gab

1) Gaj. Inst. II §§ 40, 41, 54. I § 167. Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8 n. 1.

2) Vgl. über diese Objekte oben § 67 bei Anm. 4.

3) Siehe oben § 97. Ueber die *Mancipation* siehe namentlich Besmann Kauf, Bd. 1 S. 47 ff.

4) Gaj. Inst. II § 41.

5) Zutreffend bemerkt Ihering Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abth. 1 S. 254: „Was unser heutiges *pactum reservati domini* oder *pactum displicentiae* bezweckt, dazu diente in Rom bei *res mancipii* die *Tradition* derselben mit Aufschub der *Mancipation* bis zur Abtragung des Kaufpreises oder bis zum Ablauf der *Kauffrist*.“

6) Vgl. tit. Dig. de *exc rei venditae et traditae* 21, 3. Lenel restituirt *edictum perpetuum* S. 405: *si non A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> fundum q. d. a. N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> vendidit et tradidit*. In der That war die *exceptio* ihrer Fassung nach auf die *Successoren* nicht gestellt. I. 3 pr. § 1 D. h. t. 21, 3. Sie trat also ursprünglich nur dem Treubruche des Verkäufers entgegen. Erst die *Jurisprudenz* gewährte sie gegenüber den *Rechtsnachfolgern* des Veräußerers. Hierdurch erst erhielt der Erwerber dinglichen Schutz.

7) Das moderne Recht zeigt verwandte Erscheinungen. Deutschen Rechtsanschauungen entsprechend geht vielfach nach modernen Gesetzen das Eigenthum an Grundstücken nur durch *Auflassung*, d. h. eine Erklärung vor der Grundbuchbehörde und die sich anschließende Ueberschreibung im Grundbuche über. Wird unter der Herrschaft derartiger Gesetze ein Grundstück bloß verkauft und tradirt, aber nicht aufgelassen, so kann man dem Käufer die *exceptio rei venditae et traditae* rationalerweise nicht verweigern, wenn der Veräußerer oder wenn dessen Erben treuloserweise *vindiciren*. Gerath der Veräußerer in *Konkurs*, so steht dem *Konkursverwalter* folgerecht gleichfalls die *Einrede* entgegen, denn er macht nur die Rechte des Veräußerers geltend. Wenn aber der eingetragene Eigentümer das Grundstück einem *Sekundus* aufläßt, nachdem er es dem *Primus* bereits verkauft und tradirt hat, dann kann sich *Primus* gegen *Sekundus* nicht schützen; sonst wäre die

ihnen im Falle des Verlustes des Besitzes die actio Publiciana,<sup>9</sup> so daß der etwa entgegengestellten exceptio dominii eine replicatio rei venditae et traditae die Spitze bot.

Wer res mancipii durch Tradition erwarb, hieß freilich auch jetzt nicht Eigenthümer, er hatte die Sache nur in bonis, in Wahrheit war er aber der Eigenthümer.<sup>9</sup> Sein Autor und dessen Rechtsnachfolger hießen Eigenthümer ex jure Quiritium, — aber sie hatten ein nudum jus, sie waren in Wirklichkeit Nichteigenthümer. Nur um der historischen Ueberlieferung willen und wegen der Konservirung gewisser formaler Rechte behielten sie den Namen des Eigenthümers, sprach man also von einem Doppelseigenthume.<sup>10</sup> Justinian aber hat das Scheineigenthum, das nudum jus Quiritium, ausgemerzt, nachdem die letzten Befugnisse, welche sich an dasselbe knüpften, verschwunden waren.<sup>11 12</sup>

2. Der Grund und Boden der von den Römern gewonnenen Provinzen stand bei deren Unterwerfung selbstverständlich zum großen Theile im Privateigenthume. Die Römer erkannten dasselbe auch, soweit es sich nicht um eroberte Landstriche handelte, in der Weise an,

Auflaffung unterhöhlt, welche man im Interesse der Oeffentlichkeit der Uebereignung der Grundstücke festhalten will. In solchem Falle bleibt dem Primus, welcher aus dem ihm tradirten Grundstücke vertrieben wird, nur die Klage gegen seinen Verkäufer.

8) Das bezüglich Edikt findet sich interpolirt in l. 1 pr. D. de Publiciana in rem actione 6, 2: si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. Lenel Beiträge zur Kunde des prätorischen Edictes S. 1 ff. und edictum perpetuum S. 129 führt mit Recht aus, daß „non“ auf einer Interpolation der Kompilatoren beruht. Noch weitere Interpolationen sind wahrscheinlich, siehe Lenel a. a. D. Die Klagformel giebt Gaj. Inst. IV § 36.

9) Eigenthumszuteilung durch den Prätor, z. B. an den bonorum possessor, ferner wegen hartnäckig verweigerter damni infecti cautio gab nicht civiles Eigenthum, sondern nur in bonis esse, welches erst durch Ersetzung in volles Recht verwandelt wurde. Gaj. Inst. IV § 80, l. 15 § 16 D. de damno infecto 39, 2, l. 26. § 6 D. de nox act. 9, 4, l. 2 § 1 D. si ex noxali causa 2, 9. Das Verhältniß des Eingewiesenen ist also ähnlich demjenigen des Erwerbers von res mancipii durch bloße Tradition; doch bestehen auch erhebliche Verschiedenheiten, insbesondere bezüglich der Klagrechte. Die Römer haben daher die prätorische Eigenthumszuteilung dem bonitarischen Eigenthume nicht untergeordnet; dies geschah erst durch die neueren Schriftsteller, vgl. Pernice, Labo Bd. 2 S. 188.

10) Gaj. Inst. I §§ 17, 167. II § 196.

11) l. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo 7, 25.

12) Im justinianischen Rechte giebt es noch einen Fall, in welchem der eine den Namen, aber nicht die Rechte des Eigenthümers, der andere dessen Rechte, aber nicht den Namen hat. Dies dann, wenn ein Nichteigenthümer eine Sache verkaufte und tradirte, und später Eigenthümer wurde. Der Käufer wird in Folge dessen nachträglich der Sache nach Eigenthümer, aber er heißt nicht so; ihm schützt vielmehr exceptio und replicatio rei venditae et traditae. Das nähere siehe bei der Tradition.

daß sie den Unterworfenen Besitz und Nutzgenuß ihrer Grundstücke zugestanden.<sup>13</sup> Zu Ende der Republik aber tauchte der Despotengedanke in der römischen Bürgergemeinde auf und erhielt Anerkennung, daß der gesammte Provincialboden Eigenthum des römischen Volkes sei. Folgerrecht theilte man seit der Kaiserzeit den Boden in den kaiserlichen Provinzen dem Kaiser zu.<sup>14</sup> Die Besitzer wurden gleichwohl in Praxis und Recht wie Eigenthümer behandelt. Sie hatten zwar kein römisches Eigenthum, aber eigenartig gebildetes Provincialeigenthum. Gleichwohl diente das Eigenthum von Volk und Kaiser unter Umständen zum Vorwande willkürlicher Konfiskationen, so daß man die Grundbesitzer — meist unter geringer Entschädigung — von Haus und Hof vertrieb.<sup>15</sup>

Im justinianischen Rechte ist das Provincialeigenthum zum normalen Eigenthume geworden.

#### § 194. Der gutgläubige Besitz.<sup>1</sup>

Zu unterscheiden ist rechtmäßiger und redlicher Erwerb. Wer rechtmäßig, d. h. den Anforderungen des Rechtes entsprechend, eine Sache erlangt, wird Eigenthümer derselben, selbst wenn er sich irrig für einen Nichteigenthümer hält.<sup>2</sup> Wer dagegen redlich den Besitz erwirbt, wird nicht um deswillen Eigenthümer. Seine Redlichkeit kann die Rechtmäßigkeit nicht ersetzen.<sup>3</sup>

Die römische Logik war geneigt, das Eigenthum schlechthin zur Geltung zu bringen, dagegen dem Nichteigenthümer trotz redlicher Gesinnung jedes Recht zu verweigern. Auf die Dauer ließ sich dies aber

13) lex Antonia de Thermess. 2, 31 ff. Bruns, fontes p. 86. Gaj. Inst. II § 7 Pernice, Parerga II in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 5 S. 62.

14) Gaj. Inst. II § 7. Das nähere siehe bei Pernice a. a. D.

15) Beispiele geben l. 33 D. locati 19, 2, l. 11 pr. D. de evict. 21, 2.

1) Die bona fides wird meist bei Gelegenheit der Ersetzung behandelt. Vgl. namentlich Möllenthal, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung 1820; Stinzing, das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usufapionslehre 1852; Scheurl, Beiträge Bd. 2 n. 15 „zur Usufapionslehre“. Selbständig untersucht den Begriff Brinz, zum Rechte der bonae fidei possessio, Festgabe zu Arnolds Doktorjubiläum 1875; vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 2 S. 194 ff. Siehe ferner Zhering, Abhandlungen S. 98 ff.

2) l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

3) Das deutsche Recht macht den redlichen Erwerb in vielen Fällen zum rechtmäßigen, in denen dies nach römischem Rechte nicht der Fall ist. Hierüber näheres bei der Tradition.

nicht durchführen. Man gab der Billigkeit nach, welche für den redlichen Besitzer sprach, je nachdem sie besonders dringlich erschien. Zu einer einheitlichen, aus einem Princip abgeleiteten Schöpfung kam es aber nicht.

Gewisse Rechtswirkungen knüpfen sich einfach an gutgläubigen Besitz, andere an titulirten gutgläubigen Besitz.

Der gutgläubige Besitz ist einmal ein Element des Erwerbes des Eigenthumes. Insbesondere bildet er eins der Erfordernisse der Ersetzung. Man hat ihn daher geradezu werdendes Eigenthum genannt.<sup>4</sup>

Aber er ist mehr als dies. Er giebt ähnliche Rechtsbefugnisse wie das Eigenthum, auch wenn er noch nicht zum Eigenthumserwerb führte. Er gilt daher als Bestandtheil des Vermögens des Besitzers.<sup>5</sup> Dies trotzdem, daß der Eigenthümer die Sache auch gegen den redlichen Besitzer noch vindiciren kann.

Die hauptsächlichsten Rechte des gutgläubigen Besitzers sind folgende:

a) ein solcher Besitzer erwirbt die Früchte mit ihrer Separation nicht anders, als ein Sacheigenthümer.<sup>6</sup>

b) Titulirte gutgläubige — i. g. publicianische — Erwerber sind befugt, verlorenen Besitz mittels der actio Publiciana gegenüber Besitzern schlechterer Stellung geltend zu machen.<sup>7</sup> Es stehen ihnen ferner persönliche Klagen utiliter zu, welche zunächst zum Schutze des Eigenthümers dienen. Insbesondere haben sie eine Klage wegen schuldhafter Sachbeschädigung<sup>8</sup> sowie die Theilungsklage.<sup>9 10</sup>

c) Publicianische Besitzer sind endlich befugt, die Sache zu ver-

4) Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 220.

5) l. 49 D. de V. S. 50, 16.

6) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. vgl. auch l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1.

7) Die Edictsworte „qui bona fide emit“ — l. 7 § 11 D. de Publiciana in rem actione 6, 2 — bezieht Lenel mit Recht auf die Klausel des Edictes bezüglich der Klage der bonae fidei possessio. Er restituirt: ei, qui bona fide emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.

8) l. 11 § 8, l. 17 D. ad legem Aquilianam 9, 2. Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 n. 2.

9) l. 7 § 2 D. communi dividundo 10, 3. Cf. die doppelseitigen Klagen S. 105 ff.

10) Geradezu äußert Paulus libro 18 ad edictum l. 136 D. de R. J. 50, 17: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Daß dies nicht folgerecht durchgeführt ist, darüber vgl. Ihering a. a. D. S. 104, Burdhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Bd. 2 S. 306.

pfänden<sup>11</sup> und ihr dingliche Belastungen aufzulegen, soweit ihr eigenes Recht reicht.

Der gutgläubige Besitz hat hiernach einen dinglichen Charakter. Ordnet er sich aber dem Eigenthume unter oder schließt er sich den Rechten an fremder Sache an? Manche betrachten ihn als eine Art des bonitarischen Eigenthumes.<sup>12</sup> Aber dieses war wahres und ausschließliches Eigenthum, welchem das quiritarische Scheinrecht nachstand; der gutgläubige Besitzer dagegen muß dem Eigenthümer weichen, ist also von dem bonitarischen Eigenthümer grundsätzlich verschieden.<sup>13</sup> Für den gutgläubigen Besitzer ist die Sache eine fremde;<sup>14</sup> aber er hat an ihr eine dingliche Berechtigung, welche die Gestalt des Eigenthumes hat. Mit Zug stellen daher die römischen Juristen den gutgläubigen Besitzer mit dem Superficiar und dem Emphyteuta in eine Linie.<sup>15</sup>

Fragen wir weiter nach Begriff und Wesen der bona fides, so gehen die Meinungen sehr auseinander.

Eine Vorfrage ist das Verhältniß von Titel und gutem Glauben.

Lange Zeit lehrte man, der Titel sei die Unterlage guten Glaubens und das Beweismittel für ihn.<sup>16</sup> Dies nehmen heutzutage nur wenige noch an. Denn der gute Glaube gründet sich in den praktisch häufigsten Fällen auf die irrige Meinung, daß unser Autor Eigenthümer sei. Dieser Irrthum kann durch den Titel nicht nachgewiesen werden.

Audere sehen in dem Titel die wesentliche Voraussetzung des guten Glaubens.<sup>17</sup> Sie definiren die bona fides ausschließlich als Glauben an das Eigenthumsrecht oder Verfügungsrecht des Autors, von dem man erwirbt, so daß sie einen Erwerbstitel nothwendig unterstellen müßte. Doch jene Definition, wenn auch den Quellen

11) l. 18, l. 21 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

12) So namentlich Brinz a. a. D.

13) Daß der gutgläubige Besitz nach l. 49 D. de V. S. 50, 16 „in bonis nostris“ ist, beweist bei der Vieldeutigkeit dieses Ausdrucks nichts. Sonst hätte auch der Superficiar „bonitarisches Eigenthum“.

14) l. 7 § 6 D. pro emptore 41, 4 u. a. a. D.

15) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1, l. 49 D. de V. S. 50, 16.

16) Insbesondere äußert Savigny Bd. 3 S. 372: „Der Titel dient nicht nur dazu, die bona fides zu rechtfertigen, sondern auch das Dasein derselben als Thatsache solange festzustellen, bis der Gegner die Unredlichkeit beweist.“ Dagegen namentlich Stinking a. a. D. S. 57, Brinz Bd. 1 § 161 S. 629.

17) Dies ist die Ansicht von Brinz a. a. D.

nicht fremd,<sup>18</sup> ist offenbar nicht erschöpfend.<sup>19</sup> In gutem Glauben ist auch, wer einen Titel — den s. g. Putativtitel — nur zu haben vermeint.<sup>20</sup> Guter Glaube ist also ohne Titel denkbar.

Titel und guter Glaube stehen selbstständig nebeneinander. Der Titel, z. B. Kauf, Schenkung, giebt dem Eigenthumsbesitzer objektiv den Anschein des Rechtes, der gute Glaube rechtfertigt den Besitz subjektiv. Beides muß sich unter Umständen vereinigen, damit eine gewisse Wirkung, z. B. die ordentliche Erziehung, eintritt. Aber eine begriffliche Abhängigkeit des guten Glaubens vom Titel besteht nicht.<sup>21</sup>

Den guten Glauben definiren einige bloß negativ, andere positiv. Nach der ersteren Ansicht liegt er in Nichtkenntniß der vorhandenen Mängel. Nach dieser Auffassung erwirbt in gutem Glauben auch, wer seinen Erwerb in Folge Irrthumes für unredlich hält, vorausgesetzt, daß er die wirklichen Mängel des Erwerbes nicht kennt.<sup>22</sup> Dies ist gekünstelt und ergibt sich nicht aus den Quellen.

Guter Glaube ist eine positive Ueberzeugung. Ihn bildet redliche Meinung, d. h. die Ueberzeugung, ohne Unrecht den Besitz zu erlangen.<sup>23</sup> Er ist etwas ethisches, nicht etwas intellectuelles. Nicht erfordert ist die Meinung, Eigenthümer zu sein.<sup>24</sup> In

18) Modestinus libro 5 pandectarum l. 109 D. de V. S. 50, 16. „Bonae fidei emptor“ esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Vgl. Gaj. Inst. II § 73, pr. J. de usuc. 2. 6.

19) Bangerow Bd. 1 § 121, Brinz a. a. D. sind der entgegengesetzten Ansicht, vgl. aber Pernice, Labeo Bd. 2 S. 208.

20) l. 5 D. pro suo 41, 10.

21) l. 2 § 1 D. pro emptore 41, 4.

22) Vorzugsweise hat diese Ansicht Stinking vertheidigt a. a. D. S. 77.

23) Aehnlich definiert Windscheid Bd. 1 § 176 den guten Glauben als „die redliche Ueberzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe.“ Andererseits behauptet er aber § 176 Ziff. 5: „Böser Glaube schadet nicht, wenn er auf irriger Annahme beruht.“ Er beruft sich hierfür auf l. 2 § 2 D. pro emptore 41, 4. Aber der Käufer, von welchem in dieser Stelle die Rede ist, hat keinesfalls „bösen Glauben“, denn er besitzt auf Grund der Tradition des Eigenthümers, vgl. unten Ann. 25. In l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3 sagt Pomponius libro 32 ad edictum: Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat usucapio. Pomponius soll hier, so meint Windscheid mit Stinking, eine eigenthümliche Meinung vortragen und das Objektive in einer Weise betonen, welche keine Anerkennung gefunden habe. Hierfür liegt kein Beweis vor. Auch Windscheid sieht in der bona fides etwas subjektives und mißte folgerichtig nach seiner Definition ebenso entscheiden wie Pomponius.

24) Früher pflegte man den guten Glauben mit der Ueberzeugung zu identificiren, Eigenthümer geworden zu sein. So Möllenthal a. a. D. § 4. Dies war nicht genau.

gutem Glauben ist auch, wer weiß oder glaubt, daß er nach den Gesetzen nicht Eigenthümer ist, wenn er nur unter Zustimmung und mit dem Willen des Eigenthümers besitzt oder zu besitzen glaubt.<sup>25 26</sup> Denn in solchem Besiz liegt keine Unredlichkeit.

Nicht jedes oberflächliche Meinen giebt gutgläubigen Besiz. Man muß sich aus entschuldbarem Irrthume für berechtigt halten. Wer aus Rechtsirrhum irrt, gilt daher in der Regel nicht als redlich. Handelt es sich um die ordentliche Erfindung, so genügt Rechtsirrhum nie zur Annahme guten Glaubens.<sup>27</sup>

## II. Miteigenthum.

### § 195. Begriff des Miteigenthumes.<sup>1</sup>

Das Eigenthum ist ein ausschließliches Herrschaftsrecht. Unmöglich ist daher Eigenthum mehrerer an derselben Sache in seinem

25) l. 5 pr. D. derelicto 41, 7. Pomponius libro 32 ad Sabinum. Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est. Der erste Theil der Entscheidung ist dunkel, vgl. über ihn Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 50 ff., er gehört nicht hierher. Der zweite Theil spricht den Satz, um den es sich hier handelt, deutlich aus. Schenkt ein Ehegatte eine ihm nicht gehörige Sache seinem Ehegatten, so ist ein Titel vorhanden, denn die Schenkung ist gültig, weil der schenkende Ehegatte nichts aus seinem Vermögen aufgiebt, und der Beschenkte ist redlich, weil er den Schenker für den Eigenthümer hält und mit Zustimmung des Eigenthümers zu besitzen meint. Da nun objektiv ein Titel und subjektiv Redlichkeit vorhanden ist, läuft die Erfindung l. 25 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 3 D. pro donato 41, 6. Nicht anders verhält es sich mit l. 2 § 2 pro emptore 41, 4, wo der Besiz des Käufers unter Suspensionsbedingung gleichfalls durch den Eigenthümer eingeräumt, also keinesfalls unredlich ist. Diese und ähnliche Stellen hat Stinzing a. a. D. S. 77 ff. für seine Theorie zu verwerthen gesucht, sie stützen sie aber in der That nicht, weisen vielmehr auf den hier vertretenen Gesichtspunkt hin, vgl. auch oben Anm. 24.

26) Ist unter einer Gesetzgebung, welche zur Uebereignung von Grundstücken Aufassung beim Grundbuchamte und Eintragung im Grundbuche fordert, redlicher Besizer, wer das Grundstück vom Eigenthümer kaufte und tradirt erhielt? R.G. Bd. 2 S. 308 verneint dies, weil der Besizer das fremde Eigenthum kenne. Doch dies ist weder mit dem Begriffe der Redlichkeit, wie er sich aus dem sittlichen Bewußtsein ergibt, noch mit dem positiven Rechte verträglich. Vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 109; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts 2. Heft S. 163.

27) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen, wie sie oben im § 87 entwickelt wurden. Ob bei der außerordentlichen Erfindung etwas anderes anzunehmen ist, kann erst später untersucht werden. Diese Frage war vorzugsweise der Gegenstand einer Kontroverse zwischen Wächter, die bona fides insbesondere bei der Erfindung des Eigenthums 1871 und Bruns, das Wesen der bona fides bei der Erfindung 1872, wozu vgl. Bruns, zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 S. 275.

1) Girtanner in Zherings Jahrbüchern Bd. 3 n. 2 S. 239; Goepfert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1884; Steinlechner, das Wesen der juris communo,

ganzen Umfange — plurium dominium in solidum.<sup>2</sup> Möglich und häufig aber ist Miteigentum zu ideellen Theilen — pro partibus indivisis.

Miteigentum entsteht theils in Folge Gesellschaftsvertrages, theils ohne solchen.<sup>3</sup> Das Miteigentum von Gesellschaftern wird durch den Gesellschaftsvertrag mannigfaltig modificirt, das Miteigentum von Nichtgesellschaftern zeigt das Institut in seiner einfachen Gestalt. Von ihm ist hier vorzugsweise die Rede. Der hauptsächlichste und älteste Fall ist das Miteigentum der Miterben am Nachlasse eines Verstorbenen. Miteigentum entsteht ferner, wenn mehreren dieselbe Sache vermacht wird. Endlich kommt vor, daß zufällige Ereignisse, z. B. die Konfusion von Metallmassen verschiedener Eigenthümer, Miteigentum herbeiführen.

Das Miteigentum gestaltet sich durch die Konkurrenz. Begrifflich ist das Eigenthum eines jeden der Gemeinschaftler von dem Alleineigenthum nicht verschieden. Es ist seiner Anlage nach auf die Totalherrschaft über die Sache gerichtet; durch das gleichartige Recht der Genossen wird es aber auf ein Theilrecht — eine Quote — beschränkt.<sup>4</sup> Die Quoten können gleiche oder ungleiche sein; im Zweifel sind sie gleiche. Soweit die Konkurrenz nicht eintritt, erfaßt das Recht eines jeden Miteigenthümers die Sache vollständig. Hieraus erklärt sich, daß Gewinn aus der Sache, zu dessen Erwerbe der eine der Miteigenthümer unfähig ist, dem anderen ganz zufällt,<sup>5</sup> und daß

insbesondere 2. Abth. das Miteigentum in seinen principiellen Einzelbeziehungen 1878; *Ed.*, doppelseitige Klagen S. 88 ff. und Recensionen in der *Münchener kritischen Zeitschrift* Bd. 19 S. 223, Bd. 21 S. 118 ff.; *Eisele*, zur Lehre vom Miteigentum im *Archiv für civ. Praxis* Bd. 63 n. 2; *Rümelin*, die Theilung der Rechte 1833; *Scheurl*, weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes 1. Heft, insbesondere S. 19 ff.

2) l. 5 § 15 D. commodati 13. 6, vgl. unten Anm. 4.

3) l. 2 pr. D. comm. div. 10. 3. Das nicht gesellschaftliche Miteigentum nennen die neueren *communio incidens* „quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum,“ l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, vgl. l. 31 D. pro socio 17, 2.

4) Im allgemeinen stimmen mit der hier vertretenen Ansicht *Windscheid* Bd. 1 § 169<sup>a</sup> Anm. 5; *Steinlechner* Abschn. 2 S. 37 ff., vgl. auch S. 250 ff. überein. Dagegen ist *Ed.*, doppelseitige Klagen S. 98 und in der *Münchener krit. Zeitschrift* a. a. D., sowie *Goepfert* a. a. D. S. 46.

5) l. 1 § 4 D. de stipulatione servorum 45, 3 *Julianus libro 52 digestorum*... neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi acquiri. partem nullius esse momenti, quia persona servi communis ejus conditionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest acquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset, cui acquirendi facultatem habeat. *Vgl.* l. 7 § 1, l. 8, l. 9 D. eod.

im Falle des Unterganges des Eigenthumsrechtes des einen das Recht der anderen Miteigentümer nothwendig wächst.<sup>6 7</sup>

Was ist getheilt? Die Römer redeten herkömmlicher Weise von Theilen der Sache.<sup>8</sup> Sie nannten sie zur Unterscheidung von realen Theilen ungetheilte Theile — *partes indivisae*.<sup>9</sup> Manche neuere nehmen sie beim Worte und vermeinen, die intellektuelle Theilung beziehe sich begrifflich auf die Sache selbst. Der Idee nach gelte also jeder physische Punkt unter die Miteigentümer als getheilt.<sup>10</sup> Doch körperliches kann nur körperlich getheilt werden. In jenem römischen Sprachgebrauche lag keine Begriffsbestimmung; er bildete nur eine bequeme und herkömmliche, aber keineswegs präzise Bezeichnung.<sup>11</sup>

Dies hat Celsus erkannt. Nicht die Sache, sagt er, sondern

6) Nach älterem Rechte wuchs daher im Falle der Freilassung eines Sklaven durch einen Theileigentümer dessen Theil dem Miteigentümer zu. Diese wenig billige Konsequenz wurde erst durch die Kaiser aus Humanitätsrücksichten durchbrochen. Ulpian fragm. I § 18, Paul. sent. IV 12 § 1, fragm. Dosithei § 10, l. 1 C. de servo communi 7, 7. Bei einer Veräußerung des ideellen Theiles an Miteigentümer kann die Form der Dereliction oder der Tradition gewählt werden. l. 8 C. communia utriusque iudicii 3, 38 verb. *divisio relicta vel translata possessione finem accepit*. Tradition ist unentbehrlich, wenn ein Miteigentümer nur einem von mehreren Miteigentümern seinen Theil überlassen will.

7) Der Alleineigentümer kann einen intellektuellen Theil seiner Sache nicht derelinquiren, l. 3 D. pro derelicto 41, 7. Modestinus libro 6 differentiarum. An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet: et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat. Die Entscheidung erklärt sich offenbar daraus, daß das Eigenthum nach ideellen Theilen nur durch die Konkurrenz mehrerer entsteht. Andere Erklärungsversuche sind verfehlt, vgl. Steinlechner a. a. D. Abf. 2 S. 38 ff.

8) Insbesondere vindicirte der Miteigentümer seine portio der Sache, l. 16 C. de rei vind. 3, 32, l. 6 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 30 D. de liberali causa 40, 12.

9) l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Nach der Parcellirung eines Grundstückes sind die einzelnen Parcellen selbständige Grundstücke, nicht Theile. Historisch sind sie jedoch Theile eines ehemaligen Ganzen. Dies kann namentlich in Folge von dinglichen Belastungen, die auf dem Ganzen ruhten und auf deren Theilen fortbauern, von rechtlicher Bedeutung sein. Vgl. Mommsen, die italische Bodentheilung im Hermes Bd. 19 S. 293 ff.

10) Dies ist die Ansicht von Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 27 S. 163 ff. und im Württ. Recht Bd. 2 S. 276.

11) In dieser Hinsicht ist wichtig, was Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 52 hervorhebt: „Als die römischen Juristen anfangen ihr Recht in wissenschaftlicher Weise zu erfassen, fanden sie größtentheils eine feste Terminologie, welche im praktischen Leben und so zu sagen instinktmäßig entstanden, zwar sehr oft dem Wesen der Sache adäquat ist, aber nicht immer. Auch in solchen Fällen haben die römischen Juristen ganz mit Recht die hergebrachte Terminologie beibehalten.“

das Eigenthumsrecht an der Sache ist getheilt. Hiermit stimmten die späteren römischen Juristen überein.<sup>12</sup>

Natürlich handelt es sich nicht um eine Vertheilung der verschiedenen Befugnisse des Eigenthumes unter die Miteigentümer. Dies widerspräche der Idee des Eigenthumes. Das Eigenthumsrecht ist also unter die Miteigentümer nicht nach seinem Inhalte, sondern nach seinem Umfange getheilt.<sup>13</sup> Diese Theilung tritt unmittelbar und von Rechtswegen ein, sofern es sich um theilbare Rechtswirkungen handelt; soweit dieselben untheilbar sind, entsteht eine Verpflichtung zur Ausgleichung nach Maßgabe der Theile. Insofern hat also die intellektuelle Theilung nur die Bedeutung einer Vorschrift.<sup>14</sup>

Unmittelbar getheilt ist insbesondere das Recht eines jeden der Miteigentümer zur Veräußerung und Verpfändung; es steht ihm selbständig bezüglich seiner Quote zu. Ebenso ist unmittelbar getheilt das Recht auf die Früchte, und zwar auf bürgerliche wie auf natürliche.<sup>15</sup>

Neuere Schriftsteller bezeichnen die Theilung des Rechtes wie diejenige des Objectes als bloßen Schein. Es bestehe nur eine Theilung des Werthes.<sup>16</sup> Aber der Werth ist nichts selbständiges. Er ist ein durch Schätzung ermitteltes Verhältniß, in dem ein Gut zu anderen

12) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: et ait Celsus duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. So auch Papinian l. 66 § 2 D. de legatis II, Ulpian l. 50 pr. D. de legatis I. l. 7 § 3 D. de liberali causa 40, 12, l. 40 § 4 D. de damno infecto 39, 2. Modestinus l. 11 D. de servit. 8, 1. Gegner von Celsus ist Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 11. Wie die Sache in den Quellen als getheilt bezeichnet werde und doch nicht getheilt sei, so werde es sich auch mit dem Rechte verhalten. Rechte seien nicht theilbar. Wer die Befugniß, seinen Willen in bestimmter Weise geltend zu machen, nur zum Theil habe, habe gar nichts. Val. aber oben § 39. Recht im subjektiven Sinne ist eben nicht identisch mit „Wollendürfen“.

13) Scheurl a. a. O. S. 19 ff.

14) Nach Brinz, Pandekten § 131 bedeuten die partes pro indiviso Theile, „nach denen sich die Partner in Gebrauch und Fruchtbezug, in Ausgaben und Einnahmen richten und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich theilen oder sich sonst auseinandersetzen sollen.“ Mit Recht hebt Scheurl a. a. O. S. 25 hervor, daß dies nur für untheilbare Rechtswirkungen wichtig ist.

15) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1.

16) Windscheid Bd. 1 § 169<sup>a</sup> behauptet, „was getheilt ist, ist der wirtschaftliche Nutzen der Sache“, dagegen soll nach Bd. 1 § 142 Anm. 10 der Miteigentümer nur ein Recht auf „Leistung des Werthes haben, nicht am Werthe.“ Dies würde etwas bloß obligatorisches sein. Die Werththeorie vertheidigen Girtanner a. a. O. S. 239 ff. und Steinlechner a. a. O. Gegen sie erklärt sich Ed. doppelte Klagen S. 93 und kritische Zeitschrift Bd. 19 S. 231.

Gütern steht. Der Werth läßt sich daher nicht theilen ohne die Theilung des Gutes, um welches es sich handelt. Wer nur den Werth als getheilt bezeichnet, erklärt damit, es sei nichts getheilt.<sup>17</sup> Ein Fortschritt über die Auffassung von Celsus ist hierin nicht zu finden.

### § 196. Rechtsstellung der Miteigenthümer.

Mit dem Miteigenthume ist ein Gegensatz zwischen dem Rechte der einzelnen Partner und demjenigen der Gesamtheit der Genossen gegeben. Der einzelne hat ein selbständiges Recht an der Sache, aber jede Einwirkung des einzelnen auf die Sache berührt die Interessen aller. In dem hierdurch bedingten Konflikte legt das römische Recht das Schwergewicht auf das Individualrecht. Verträge können jedoch, soweit sie mit dem Wesen des Miteigenthumes vereinbar sind, über die Behandlung der Sache besondere Bestimmungen treffen.<sup>1</sup> Unter Umständen ist eine Regelung durch den Richter nicht zu entbehren.

Völlig selbständig ist jeder Miteigenthümer bezüglich der Verfügung über seine Quote,<sup>2</sup> er kann sie veräußern, verpfänden,<sup>3</sup> mit Nießbrauchsrechten belasten;<sup>4</sup> sie ist Gegenstand des gesetzlichen Nießbrauches am Vermögen des Miteigenthümers, sowie der Zwangsvollstreckung durch seine Gläubiger. Keine Beschränkung besteht in dieser Hinsicht zu Gunsten der Genossen,<sup>5</sup> insbesondere haben diese kein Vorkaufrecht, wie es deutsche Partikularrechte für den Fall des Verkaufes an Fremde vielfach kennen.

Auf den Mitbesitz der gemeinsamen Sache hat jeder Miteigenthümer Anspruch. Zwar entsteht oft die Schwierigkeit, daß die Sache, wie namentlich Mobilien, nur in einer Hand sein kann. Dieselbe löst sich aber dadurch, daß die Detention einem der Genossen anzuvertrauen ist, so daß er für alle besitzt, oder daß die Sache bei einem Dritten

17) Giesele a. a. D. S. 29.

1) l. 3 § 1 D. comm. div. 10, 3, vgl. l. 21 D. eod., l. 15 C. fam. erc. 3, 36.

2) l. 2 C. de communium rerum alienatione 4, 52.

3) l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3.

4) l. 5 § 2 D. si usufructus petetur 7, 6. Der einzelne Miteigenthümer kann aber die gemeinsame Sache nicht mit Realservituten beschweren, da hierdurch auch die Miteigenthümer belastet würden, l. 10 pr. D. de a. a. pl. arc. 39, 3, vgl. auch l. 41 D. de rel. 11, 7.

5) Hierhin gehende Tendenzen fanden sich auch im römischen Reiche, l. 3 C. de communium rerum alienatione 4, 52. Diocletianus. Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso antequam communi dividundo, iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

sequestriert wird.<sup>6</sup> Hierüber muß der Richter befinden, wenn die Parteien uneinig sind.<sup>7</sup>

Auch auf die Perception des ihm zukommenden Theiles des Fruchtertrages hat jeder Miteigenthümer ein selbständiges Recht.<sup>8</sup> Den Miteigenthümern einer Weide z. B. ist der selbständige Auftrieb ihres Viehes, denjenigen eines Waldes die selbständige Gewinnung des auf ihren Theil entfallenden Holztrages gestattet. Nicht selten ist es aber praktisch unthunlich, daß sich jeder der Miteigenthümer seinen Theil des Ertrages nimmt. Eine Regelung durch Vertrag<sup>9</sup> und im Falle der Uneinigkeit durch den Richter wird daher oft nicht zu entbehren sein.

Selbstverständlich ist, daß jeder Miteigenthümer befugt ist, das zur Erhaltung der gemeinsamen Sache erforderliche selbständig vorzunehmen. Aber er handelt hierbei nothwendig auch für die Genossen; er kann ihnen daher die Kosten zu ihrem Theile in Rechnung stellen. Die Reparatur gemeinsamer Häuser ist noch besonders begünstigt. Die Auslagen sind zu verzinsen. Werden sie binnen 4 Monaten von der Reparatur an säumigerweise nicht berichtet, so kann der Miteigenthümer, welcher die Reparatur vornahm, das Eigenthum des ganzen Hauses für sich in Anspruch nehmen.<sup>10</sup>

Was endlich Veränderungen und Verbesserungen der Sache betrifft, so bedarf es hierzu der Zustimmung sämtlicher Genossen. Ist jedoch eine Veränderung ohne Einspruch der Genossen einmal vollzogen, so kann die Beseitigung nur geordert werden, wenn sie im Interesse der Gemeinschaft liegt.<sup>11</sup>

Jedem Miteigenthümer stehen die Klagen, welche an das Eigenthum geknüpft sind, gegenüber Dritten, wie gegenüber den Miteigenthümern,<sup>12</sup>

6) Vgl. l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3.

7) Vgl. l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. fam. erc. 10, 2.

8) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1.

9) Häufig findet sich eine zeitliche Nutzungstheilung, l. 23 D. h. t. 10, 3, l. 35 § 1 D. locati 19, 2. Im römisch-syrischen Rechtsbuche Lond. § 98 ist die Theilung eines Hauses nach Stockwerken vorausgesetzt, die nur Nutzungstheilung sein konnte.

10) l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2. l. 4 C. de aedificiis privatis 8, 10, römisch-syrisches Rechtsbuch Lond. § 98.

11) l. 28 D. comm. div. 10, 3. Papinianus libro 7 quaestionum. Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat. l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

12) Der Miteigenthümer hat gegenüber den Miteigenthümern vor allem die Bindifikation seines ideellen Theiles, l. 3 § 2, l. 4 D. de rei vind. 6, 1. Im übrigen reicht im wesentlichen die a. communi dividendo aus. Ob der Miteigenthümer zur Geltendmachung seines Verbotungsrechtes gegenüber dem Miteigenthümer die actio negatoria anstellen könne, war bei den Römern bestritten, dafür war Marcellus

selbständig zu. Auch die Besitzklagen hat in entsprechender Weise jeder Miteigenthümer.<sup>13</sup>

Die scharfe Betonung des individuellen Rechtes, insbesondere die Unmöglichkeit von Verbesserungen ohne Zustimmung aller Miteigenthümer, wäre unerträglich, wenn nicht jeder Theilhaber einseitig Theilung fordern könnte. In Folge dessen stehen die Genossen stets vor der Alternative, sich über gemeinsame Maßregeln zu einigen oder die Auflösung der Gemeinschaft zu gewärtigen. Mit anderen Worten: die Möglichkeit der Theilungsklage nöthigt die Genossen, solange ihnen die Gemeinschaft erwünscht und vortheilhaft ist, sich von Fall zu Fall zu vertragen.

Das deutsche Recht kennt Arten des Miteigenthumes, bei welchen die Theilungsklage für längere Zeit ausgeschlossen, oder auch schlechthin versagt ist. Dagegen sieht es in solchen Fällen eine Ordnung vor, bei welcher Einstimmigkeit der Genossen nicht schlechthin erfordert ist, vielmehr eine Verwaltung und Vertretung im Namen der Gesamtheit stattfindet. Die Theilung nach Quoten ist dabei nicht scharf durchgeführt. Solche deutschrechtlichen Gemeinschaften, die übrigens von sehr verschiedener Gestalt sein können, bezeichnen manche Germanisten als *Gesamteigenthum*. Hieran knüpfen sich aber leicht Mißverständnisse. Es handelt sich lediglich um Miteigenthum, welches nach deutschrechtlichen Anschauungen eigenartig geregelt ist.<sup>14</sup>

### § 197. Die Theilungsklage.

Zwei Zwecke hat die Theilungsklage — *actio communi dividundo*<sup>1</sup> —, einmal die Wahrung der gleichen Stellung der

l. 11 D. si serv. vind. 8, 5, die anderen Juristen waren dagegen, l. 26 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Vgl. Burckhard bei Glüd. Buch 39 und 40 Bd. 1 S. 95. Die *cautio damni infecti*, die *operis novi nuntiatio* galten als unzulässig gegenüber Miteigenthümern, da die *a. communi dividundo* ausreichte, l. 32 D. de damno 39, 2, l. 3 § 2 D. de o. n. n. 39, 1; das *i. quod vi aut clam* ist zulässig, l. 13 § 3 D. quod vi aut clam 43, 24. Siehe R. G. Schneider über den Einfluß der *communio rei* auf Klageberechtigung in Sells Jahrbüchern Bd. 1 n. 10, Brinkmann in der unten Anm. 1 angeführten Schrift S. 52.

13) l. 12 D. comm. div. 10, 3.

14) Derartiges Gesamteigenthum nahm man unter anderem an bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehegatten, bei Gewerkschaften, Stammgütern. Vgl. Beseler, Privatrecht § 83, Stobbe, P. R. Bd. 2 §§ 81 und 82. Die Untersuchung ist dem deutschen Privatrecht zu überlassen.

1) Die älteste Theilungsklage war die *actio familiae erciscundae* auf Theilung des gemeinsamen Nachlasses. Vgl. l. 1 pr. D. fam. erc. 10, 2. Von dieser Klage ist im Erbrecht zu handeln. Jünger ist die allgemeine Theilungsklage, die *actio communi dividundo*. Vgl. über sie A. Brinkmann, Verhältniß der *actio communi dividundo* und der *actio negotiorum gestorum* 1855.

Miteigenthümer durch persönliche Prästationen, zweitens die Theilung der gemeinsamen Objekte.

Der geschichtliche Ausgangspunkt war die Theilung. Die persönlichen Prästationen konnten ursprünglich nur bei Gelegenheit derselben geltend gemacht werden. Aber später wurde die Klage — utiliter — wegen der Kommunionsschulden auch nach Aufhebung der Gemeinschaft, z. B. nach dem Austritte des Kommunionsschuldners aus der Gemeinschaft,<sup>2</sup> sowie nach dem etwaigen Untergange der Sache<sup>3</sup> gegeben. Da die Kommunionsschulden können selbständig unter Erhaltung der Gemeinschaft eingeklagt werden.<sup>4</sup>

1. Behufs Wahrung seines gleichen Rechtes kann jeder Miteigenthümer auf Verstattung des Gebrauchs klagen, welcher ihm nach allgemeinen Normen oder besonderen Verträgen zukommt, nicht minder auf Verbot von Ueberschreitungen seitens der Miteigenthümer.<sup>5</sup>

Im Falle von Benachtheiligungen hat er Anspruch auf Gelderstattung. Die Benachtheiligung kann in schuldhafter Beschädigung, in übermäßigen Perceptionen, endlich in Nichterstattung von Auslagen seitens der Genossen liegen.<sup>6</sup>

a) Die Gemeinschaftler stehen für culpa in concreto ein,<sup>7</sup> wenn die gemeinsame Sache beschädigt wurde oder bei der Behandlung der gemeinsamen Sache die Miteigenthümer sonst benachtheiligt wurden.<sup>8</sup>

b) Was ein Miteigenthümer in dieser Eigenschaft aus der gemein-

2) l. 6 § 1 D. comm. div. 10, 3.

3) l. 11 D. comm. div. 10, 3. l. 25 D. eod. l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3, l. 3 §§ 1 und 2 D. de o. n. n. 39, 1.

4) l. 14 § 1 D. h. t. verb. rectissime dicitur etiam impendiorum nomine iudicium dari debere mihi in socium etiam manente societate.

5) l. 12, l. 23 D. comm. div. 10, 3; Cf., doppelseitige Klagen S. 98; Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 4; vgl. aber auch Brinz Bd. 2 § 323, Anm. 14 S. 671.

6) l. 3 pr. D. comm. div. 10, 3 Ulpianus libro 30 ad Sabinum. In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi. Lenel, editum perpetuum S. 165 weist nach, daß die Formel der a. communi dividundo in der demonstratio der persönlichen Prästationen besonders gedachte, und findet in den citirten Worten Ulpian's die Wiedergabe des bezüglichlichen Theiles der Klageformel.

7) l. 24 § 16 D. fam. erc. 10, 2.

8) l. 8 § 2, l. 10 pr., l. 20, l. 26, l. 28 D. h. t. 10, 3.

samen Sache über seinen Antheil hinaus gewann, hat er den Genossen zu erstatten.<sup>9</sup>

c) Der Miteigenthümer kann von den Genossen Ersatz der nothwendigen<sup>10</sup> Auslagen fordern, welche er als Miteigenthümer für die Gemeinschaft machte.<sup>11</sup> Es kommt nicht in Betracht, ob er die Person der Genossen kannte oder sich über dieselbe irrte.<sup>12</sup> Verbot der Auslagen hindert die Entstehung des Anspruches nicht.<sup>13</sup>

Die Kommunionsschulden sind bei der Theilung mit in Anschlag zu bringen, sie mindern daher den Antheil, welchen die Kommunionsschuldner aus der Gemeinschaft zu empfangen haben.<sup>14 15</sup>

2. Jeder Miteigenthümer kann einseitig Theilung fordern.<sup>16</sup> Dies Recht darf weder durch Vereinbarung noch durch letztwillige Verfügung für immer ausgeschlossen werden; auf Zeit kann es entzogen werden, sofern dies zum Vortheil der gemeinsamen Sache gereicht.<sup>17</sup>

9) l. 3 pr., l. 6 §§ 2 und 4 D. h. t. 10, 3. Der Genosse muß als solcher erworben haben. Ist dies nicht der Fall, so kann nur eine *actio negotiorum gestorum* angestellt werden, sofern deren Voraussetzungen vorhanden sind. l. 19 C. de neg. gest. 2, 18 in l. 20 C. fam. erc. 3, 36. Vgl. übrigens Brindmann a. a. D. S. 100.

10) Nothwendigkeit der Ausgaben fordert l. 25 § 15 D. fam. erc. 10, 2... *si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae iudicio locus est*. Dagegen wird in l. 6 § 12 D. comm. div. 10, 3 der Ersatzanspruch zugestanden, „*si interfuit aedium hoc fieri*“. Da nach den Grundsätzen des römischen Miteigenthumes Verbesserungen ohne die Zustimmung der Genossen nicht zulässig sind, so ist der Anspruch auf nothwendige Auslagen zu beschränken. Kosten bloß nützlicher Anlagen sind jedoch zu erstatten, wenn sie der Miteigenthümer ausdrücklich oder indirekt genehmigte. Das letztere kann namentlich auch in wissenschaftlichem Geschehen liegen.

11) Erforderlich ist, daß man ein gemeinsames Geschäft vollzog, l. 9 § 4 D. de reb. auct. iudicis 42, 5, und zwar in Kenntniß, daß die Sache gemeinsam war. l. 29, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3. Sonst steht nur eine *actio negotiorum gestorum* zu, sofern deren Voraussetzungen begründet sind, vgl. Brindmann a. a. D. Auch diese Ansprüche können bei Gelegenheit der Theilung geltend gemacht werden, aber sie haben nicht die Vorzüge der *a. communi dividundo*.

12) l. 6 pr., l. 29 pr. D. h. t. 10, 3.

13) Anderer Ansicht ist Brinz Bd. 2 § 323, jedoch ohne guten Grund.

14) Die Konkursordnung § 44 bestimmt: „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthum . . . befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgeforderte Befriedigung aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen.“

15) Kann man Kommunionsschulden dessen, welcher seinen Antheil veräußert hat, seinen Rechtsnachfolgern in Rechnung stellen? Allgemein ist dies nicht zu behaupten, vgl. l. 4 § 4, l. 6 § 1 D. h. t. 10, 3. Aber Erstattung von Auslagen für die gemeinsame Sache wird man aus der Sache zurückhalten können, auch wenn der Genosse gewechselt hat, welchem die Sache zur Zeit der Verwendung gehörte, vgl. l. 14 § 1 D. h. t. 10, 3.

16) l. 5 C. h. t. 3, 37. *Diocletianus et Maximianus: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri*.

17) l. 14 § 2 D. h. t. 10, 3 *Paulus libro 3 ad Plantium. Si conveniat ne*

In einigen besonderen Fällen, in welchen die Fortdauer der Gemeinschaft durch die wirthschaftliche Lage nothwendig ist, kann die Theilung, welche werthzerstörend wäre, überhaupt nicht gefordert werden, z. B. bei der gemeinsamen Einfahrt zweier Häuser, einem mehreren Nachbarn gehörigen Brunnen.<sup>18</sup>

Behufs der Theilung hat der Richter das Recht des Eigenthumszuschlages — der Adjudikation — und der Verurtheilung — Kon- demnation. Theilung bedeutet keineswegs bloß körperliche Zer- theilung, sondern jede Weise der Auseinandersetzung, z. B. durch Zutheilung des Ganzen an einen Miteigenthümer gegen die Verpflichtung der Entschädigung der Genossen.

In erster Linie hat der Richter bei Ausführung der Theilung die Vereinbarungen der Betheiligten zu beachten; in Ermangelung von Vereinbarungen wählt er nach freiem Ermessen unter den An- trägen der Betheiligten.<sup>19</sup> Nach der heutigen Praxis legt der Richter meist entweder reelle Theile, über welche die Betheiligten zu loosen haben, oder es geschieht öffentliche Versteigerung der gemeinsamen Sache an den Meistbietenden und Vertheilung des Erlöses.<sup>20</sup>

Das Verfahren fand in Rom in den Formen der streitigen Ge- richtsbarkeit Statt. Heutzutage ist die Theilung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit; streitige Vorfragen entscheidet der Prozeßrichter auf Grund einer Klage des interessirten Theiles.

Kann ein Miteigenthümer Theilung gegenüber bloß einigen von mehreren Theilhabern durchsetzen? Ein solches Verfahren kann kein definitives Resultat geben, da es den nicht zugezogenen Theil- habern gegenüber nicht wirksam wird. Daher darf jeder Genosse fordern, daß alle zugezogen werden. Einige der Betheiligten können indessen auch ohne Zuziehung der Uebrigen verhandeln, indem sie

omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati pro dest. valet. Die Vereinbarung bindet auch die Singularsuccessoren der Paciscenten.

18) l. 19 § 1 D. h. t. 10, 3. — Reelle Antheilbarkeit der gemeinsamen Sache ist kein Hinderniß, da die Auseinandersetzung auch ohne reelle Theilung geschehen kann.

19) l. 21 D. h. t. 10, 3, l. 3 § 1 C. h. t. 3, 37.

20) Nach dem preussischen Gesetze vom 13. Juli 1883 § 180 Abs. 2 Ziff. 2, Abs. 3, § 185 kann jeder Theilhaber, welcher einen urkundlichen Beweis über sein Miteigenthum in authentischer Form beibringt, die Subhastation der gemeinsamen Sache unmittelbar beim Vollstreckungsgerichte beantragen, falls dieselbe subhastations- fähig ist; vgl. mein preuss. Pr. Recht Bd. 1 § 224.

unterstellen, daß die abwesenden Genossen später zustimmen. Dies Verfahren ist also nicht unzulässig,<sup>21</sup> nicht nichtig.

Bei gerichtlicher wie außergerichtlicher Theilung stehen sich die Miteigenthümer wie Verkäufer für Entwährung ein.<sup>22 23</sup>

Die Theilungsklage findet sich wie beim Miteigenthum, so auch bei gemeinsamen dinglichen Rechten und gutgläubigem Besitze.<sup>24</sup>

### III. Inhalt des Eigenthumsrechtes.

#### § 198. Eigenthumsbelastungen.

Die Interessen des Eigenthümers und die der Allgemeinheit sind bei der Gestaltung des Eigenthumsrechtes auszugleichen.

Das Recht gewährt dem Eigenthümer eine weite Sphäre selbständiger Verfügung. Insbesondere ergreift das Grundeigenthum die Erdoberfläche und alles, was mit ihr in fester Verbindung steht,<sup>1</sup> verleiht das ausschließliche Recht über den Luftraum des Grund-

21) Paul. sent. 1, 18 § 4 besagt: *judex familiae erciscundae nec inter paucos heredes, sed inter omnes dandus est.* Dagegen erklärt Ulpianus libro 19 ad edictum l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2: *Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae iudicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit* und Paulus libro 23 ad edictum l. 8 pr. D. h. t. 10, 3 findet gleicherweise: *Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest.* In beiden Stellen wird nur bezeugt, daß die Betheiligten sich auf ein solches Verfahren einlassen können, durchaus aber nicht, daß sie es müssen. Ein Zwang, in ein Theilungsverfahren einzutreten, welches zu keinem abschließenden Resultate führen kann — vgl. l. 17 C. familiae erciscundae 3, 36 —, läßt sich nicht rechtfertigen. Obgleich der Ausspruch von Paul. sent. in Justinians Sammlung nicht aufgenommen ist, so hat er doch Gewicht und erläutert den Sinn der in die Compilation aufgenommenen Stellen. Anders übrigens Zimmermann, über die Theilung unter wenigen von mehreren Kommuniionsinteressenten im Archiv für civ. Praxis Bd. 34 n. 9 und n. 14. Zimmermann folgen die meisten neueren, vgl. Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 26.

22) l. 10 § 2 D. h. t. 10, 3. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 35.

23) Ist eine Anfechtung der außergerichtlichen Theilung wegen Verkürzung eines Theiles zulässig? Dies behaupten viele in Gemäßheit von l. 3 C. comm. utriusque iudicii 3, 38 Diocletianus et Maximianus. Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Mit Recht bemerkt aber Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 25, daß nach dem Schlusssatz nur die Regel der bonae fidei iudicia zur Anwendung kommen soll und daß hierdurch das unbestimmte „perperam“ seinen Sinn erhalten. Vgl. auch die ursprüngliche Fassung in der l. 4 Cod. Gregoriani 3, 6.

24) l. 7 pr. bis § 13 D. h. t. 10, 3.

1) Vgl. oben § 74 Anm. 2.

stückes,<sup>2</sup> und erstreckt sich auf das Erdinnere desselben mit seinen Bestandtheilen und Quellen.<sup>3</sup> Diese Herrschaft über den Luftraum und die Tiefe reicht so weit wie ihre Möglichkeit.<sup>4</sup>

Der Staat seinerseits kann nicht völlig darauf verzichten, die körperlichen Sachen, welche im Privatrechte stehen, seinen Zwecken dienstbar zu machen, und er hat die Aufgabe, die Härten abzuschwächen, die Konflikte auszugleichen, die Nachtheile zu beseitigen, welche die absolute Betonung der Individualherrschaft über die Sachen mit sich bringen müßte.

In Folge dessen setzt der Staat dem Eigenthume rechtliche Grenzen und legt den Eigenthümern Verpflichtungen auf.<sup>5</sup> Damit verfolgt er unter verschiedenen rechtlichen Formen gleichartige Ziele.

Das Maß solcher Eigenthumsbelastungen<sup>6</sup> ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen ein verschiedenes. Das römische Recht war der scharfen Ausprägung der

2) Vgl. l. 1 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 22 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum. Si quis projectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne supra id caelum.

3) l. 24 § 12 D. de damno infecto 39, 2, l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3, vgl. aber Anm. 12.

4) Werenberg in Iherings Jahrbüchern Bd. 6 S. 12 bekämpft die Erstreckung des Eigenthumes am Grundstücke auf Lufträume und Grundtiefe, Ihering a. a. D. S. 85 ff. erkennt sie nur soweit an, als sie durch das praktische Interesse des Eigenthümers gefordert werde. Dies sieht er darin, daß dem Eigenthümer nicht Luft, Licht, Regen entzogen, daß er nicht gehindert wird zu bauen, kurz, daß er keine Beeinträchtigung in der freien Benutzung der Erdoberfläche erleidet. Ähnliche Gesichtspunkte sind nach Ihering für das Recht in die Tiefe hinein maßgebend. Die Ansicht von Werenberg ist unhaltbar. Aber auch die Auffassung von Ihering ist durch die Quellen nicht begründet und giebt kein Kriterium, welches sicher und bestimmt genug für die praktische Anwendung wäre. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 2. Frei sind aber allerdings die Luftwege für Vögel, Luftballons und dergleichen.

5) Vgl. Dürfen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2 n. 16, Bekker, Jahrbuch Bd. 5 n. 10 und die Abhandlungen von Werenberg, Ihering, Hesse in Iherings Jahrbuch Bd. 6 n. 1, 2 und 9.

6) Herkömmlicherweise spricht man von Eigenthumsbeschränkungen. Der Ausdruck ist zu eng und hat Schaden gethan. Denn Forderungen gegenüber dem Eigenthümer sind genau gesprochen keine Beschränkungen des Eigenthumes. Daher haben manche die obligatorischen Verpflichtungen, welche dem Eigenthümer als solchem obliegen, aus der Lehre ausgewiesen, vgl. Brinz Bd. 1 S. 479. Damit ist jedoch nichts gewonnen, denn die innere Zusammengehörigkeit bleibt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 1. — Uebrigens handelt es sich bei den „Eigenthumsbeschränkungen“ keinesfalls um Beschränkungen eines an sich volleren Rechtes, sondern um die immanenten Grenzen des Eigenthumes. So Hartmann, dingliche Rechte an eigener Sache in Iherings Jahrbuch Bd. 17 S. 124 ff., vgl. auch oben § 192 Anm. 7. Gegen Hartmann erklärt sich Burdhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 3 S. 121.

Befugnisse des Eigenthümers mehr geneigt; im heutigen Rechte haben die socialen Momente eine größere Bedeutung gewonnen.

Die Eigenthumsbelastungen beruhen theils im Interesse der Gesellschaft, theils im Interesse bestimmter Personen, insbesondere der Grundstücksnachbarn.

Die Förderung allgemeiner Interessen bezwecken folgende Rechtsfälle: Die Besitzer von Ufergrundstücken haben die Inanspruchnahme der Flußufer für die Schifffahrt, insbesondere die Einrichtung eines Leinpfades zu dulden;<sup>7</sup> baupolizeiliche Beschränkungen dienen der öffentlichen Sicherheit, der Gesundheit, Reinlichkeit sowie ästhetischen Rücksichten;<sup>8</sup> den Eigenthümern von Gebäuden in den Städten liegt deren Erhaltung ob,<sup>9</sup> im Rayon der Festungen sind reichsgesetzlich gewisse Anlagen verboten;<sup>10</sup> zahlreiche Verpflichtungen zu Naturalleistungen und Abgaben, z. B. zu Wegebauten, belasten die Grundbesitzer.<sup>11</sup> Nach gemeinem deutschen Rechte endlich steht die Gewinnung von Metallen und Salz den Grundeigenthümern als solchen nicht zu; sie ist demjenigen vorbehalten, welcher das Recht zum Bergbau ordnungsmäßig erworben hat.<sup>12</sup>

7) § 4 J. de rer. div. 2, 1.

8) Die römischen Bauordnungen waren für einzelne Städte bestimmt. Am berühmtesten ist das Gesetz Zenos für Konstantinopel, l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Ebenso haben heutzutage die Bauordnungen der Natur der Sache entsprechend einen bloß lokalen Charakter.

9) l. 46 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 7 D. de officio praesidis 1, 18, l. 8 C. de aedificiis privatis 8, 10.

10) Reichsgesetz vom 21. December 1871.

11) l. 14 § 2 D. de muneribus 50 4.

12) Ultrömisches Recht war, daß der Grundeigenthümer als solcher auch das ausschließliche Recht auf die Fossilien seines Grundstückes hatte, vgl. l. 77 D. de V. S. 50, 16, l. 7 § 14 D. sol. matr. 24, 3. Aber Landbau und Bergbau sind so verschiedene Geschäfte, daß dieser Rechtszustand im römischen Reiche nicht festgehalten werden konnte, vgl. Arndt Bergregal 1879. Es bestanden vielmehr lokale Gewohnheiten, wonach der Grundeigenthümer Bergbau gegen eine Abgabe gestatten mußte, l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4. In den Provinzen aber schrieb man vielfach dem Staate das Recht an den Fossilien zu, was mit der Idee des Eigenthumes des Staates am Provinzialboden zusammenhängen mochte. Auch Privaten gestattete man häufig die Okkupation von Bergwerken gegen Abgaben, lex metallorum Vipascensis §§ 7 und 9, Tit. Cod. Theod. de metallis et metallariis 10, 19. Nach l. 3 C. de metallariis 11, 7 ist allgemein Bergbau auf Privatgrundstücken gegen Abgabe von  $\frac{1}{10}$  des Ertrages an den Grundeigenthümer und  $\frac{1}{10}$  an den Fiskus zu gestatten. Dies kann unmöglich als gemeines Recht angesehen werden, wie Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 10 thut. Welches die Grenzen und näheren Bedingungen eines solchen Rechtes wären, ist nicht geregelt. Das deutsche Bergrecht bildete sich in eigenthümlicher Weise aus.

## § 199. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines.

Der Grundeigenthümer ist regelrecht befugt, innerhalb der Grenzen seines Grundstückes zu schalten und zu walten, ohne Rücksicht auf die Interessen seiner Nachbarn.<sup>1</sup> Er darf seinen Acker in einen Steinbruch verwandeln, seinen Park in eine Miethskaserne, sein Wohnhaus in eine Fabrik, auch wenn es den Nachbarn mißfällt.<sup>2</sup> An der Grenze aber endet sein Recht. Ueber die Grenze hinaus darf er keine Bauten, Erker, Läden nicht herübertragen, seine Bäume nicht wachsen lassen.<sup>3</sup>

So theilt ein einfacher Grundsatz jedem das seine zu. Aber absolute Durchführung kann er nicht finden. Mancherlei andere Rechtsätze mildern seine Starrheit und verhindern, daß die Rechte des Eigenthumes zu übermäßigem Nachtheile der Nachbarn oder gar zur Beschädigung einer ganzen Gegend ausgebeutet werden.

Vor allem darf der Grundeigenthümer von seinen Rechten nicht böswillig bloß zur Schikane des Nachbarn Gebrauch machen.<sup>4</sup>

Unbedeutende, unverschuldete Grenzüberschreitungen muß er sich dagegen gefallen lassen. Hierhin kann eine geringe Senkung oder Ausbauchung der Mauer an der Grenze gehören.<sup>5</sup>

Von größter Wichtigkeit ist, daß schädliche, durch die Luft oder durch das Wasser vermittelte sog. Immissionen in die Nachbargrundstücke nicht zulässig sind, sofern sie das gewöhnliche übliche Maß

1) Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 13; Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. 1880.

2) l. 26 D. de damno infecto 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promississet damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia. Vgl. hierüber Burdhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 2 S. 50 ff. — l. 24. l. 25 D. eod., l. 9, l. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2. siehe ferner l. 9, l. 10 D. eod.

3) l. 14 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

4) Siehe oben § 41 Anm. 7.

5) l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Alfenus libro 2 digestorum. Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius proecumberet, agi oportet jus non esse illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Daß man gegen eine Ausbauchung der Mauer unter einem halben Fuß niemals ein Klagerrecht habe, ist hier nicht gesagt und nicht anzunehmen. Die Billigkeit im Einzelfalle muß maßgebend sein.

überschreiten.<sup>6 7</sup> Dahin kann gehören: Rauch und Dampf von Fabriken, Kohlenstaub von Kohlenlagern, Feuerfunken von Lokomotiven,<sup>8</sup> Feuchtig-  
keit von einer Badeanstalt, schädliche Substanzen aus der Gasbereitung,  
Abflüsse, welche Quellen und Flüsse verderben. Auch gegen Gerüche so-  
wie gegen Lärm ist Schutz zu gewähren, falls es sich um andauernde  
oder sich regelmäßig wiederholende außerordentliche Belästigungen han-  
delt.<sup>9</sup> Die Klage des Nachbarn ist die *actio negatoria*, da ein ungerech-  
tfertigter Eingriff in sein Eigenthumsrecht vorliegt. Sie geht gegenüber  
concessionirten Fabrikanlagen nicht auf Einstellung des Betriebes, sondern

6) Das Eigenthum am Grundstücke giebt das Recht, die Sache in gewöhnlicher  
Weise zu benutzen, ohne daß in Betracht kommt, ob in Folge dessen etwas in des  
Nachbarns Luftraum gelangt. In diesem Sinne schreibt Ulpianus libro 17 ad  
edictum l. 8 § 6 D. si serv. vind. 8, 5: Apud Pomponium dubitatur libro  
quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non  
gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse  
agi, sicut agi non potest jus esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare.  
Ganz anders Windscheid Bd. 1 § 169 Ziff. 1. Er rechnet unter die gesetzlichen  
Eigenthumsbeschränkungen, „daß sich der Eigenthümer eines Grundstückes  
eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe, z. B. durch Rauch, Staub, Dampf,  
wie sie die Folge der durch die Natur des Grundstückes gegebenen gewöhnlichen  
Benutzung ist, gefallen lassen müsse.“ Dies ist nicht richtig. Der Nachbar muß sich  
jene Einwirkung nicht gefallen lassen, er kann sie durch Scheidewände oder andere  
Vorkehrungen abwehren. Ihm fehlt aber ein Verbotungsrecht, durch welches  
er den Nachbar an der gewöhnlichen Benutzung seines Grundstückes hindern könnte.  
Gewiß nennt man dies nicht mit Fug eine Eigenthumsbeschränkung.

7) l. 8 § 5 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum. Aristo  
Cereilio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superi-  
ora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idem-  
que ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet:  
in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat,  
fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum in-  
feriore agere jus illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait  
posse ita agi jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum  
fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Mintur-  
nensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Mintur-  
nenses ei ex conducto teneri. Aristo hat also unseren Rechtsatz bei Gelegenheit  
des Streites des Pächters der Käsefabrik zu Minturnä mit den umliegenden Grund-  
besitzern zuerst entwickelt, vgl. l. 19 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

8) R.G. Bd. 7 S. 266.

9) Die Frage, ob man wegen Lärmes oder wegen der Gerüche, die vom Nachbar-  
grundstücke herüberdringen, ein Einspruchsrecht hat, ist sehr bestritten. Dagegen er-  
klärte sich u. a. Spangenberg a. a. D. S. 271, dafür sind Thering a. a. D. S. 111 ff.  
und Windscheid Bd. 1 § 969 Anm. 20. Windscheid stützt sich darauf, daß die Ver-  
breitung des Geruches mittels Ueberführung von gasförmigen Körpern, die Be-  
lastigung durch Lärm mittels der Schwingung von Schallwellen geschehe, so daß der  
Gesichtspunkt der Juristen ausreiche. Das R.G. Bd. 6 S. 217 sieht hiervon ab. Das  
Eigenthum sei verletzt nicht bloß wenn die Integrität der Sache beschädigt werde,  
sondern auch dann, wenn die Benutzbarkeit der Sache aus einem Grunde verhindert  
oder erschwert werde, welcher sich gegen die Menschen selbst richte, deren Bedürfnis  
durch die an dieser Stelle befindliche Sache befriedigt werden solle. Uebrigens  
kommt gerade bei Geruch und Lärm auf die besonderen Verhältnisse viel an. In  
der Fabriksortstadt wird man mehreres dulden müssen, als im Mittelpunkt einer  
glänzenden Stadt.

nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche den Schaden verhindern, oder wenn dies nicht ausführbar ist, auf Entschädigung.<sup>10</sup> Ersatz des den Nachbarn zugefügten Schadens ist für die Zeit vor der Klageerhebung nur im Falle einer Schuld des Beklagten, für die Zeit nachher schlechthin zu leisten.<sup>11</sup>

### § 200. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen.

Die positiven gesetzlichen Bestimmungen über die Nachbarverhältnisse stammen größtentheils aus ältester römischer Zeit.

1. Nach dem Rechte der 12 Tafeln mußten die Gebäude  $2\frac{1}{2}$  Fuß von der Grenze zurücktreten so, daß ein Zwischenraum von mindestens 5 Fuß — der *ambitus* — frei blieb. Dies wurde nicht römisches Reichsrecht.<sup>1</sup>

Es soll aber der Richter bei der Grenzscheidungsklage — natürlich auch bei der Theilungsklage — die Grenze möglichst der Art ziehen, daß ein entsprechender Abstand von den Anlagen des Nachbars bleibt.<sup>2</sup>

Neubauten sollen der Tenue des Nachbarn den Luftzug nicht benehmen.<sup>3</sup> Man hat den Satz zuweilen auf concessionierte Windmühlen übertragen; gemeinrechtlich ist dies nicht begründet.<sup>4</sup>

2. Die Frucht des Grundstückes bleibt nach römischem Rechte dem Eigenthümer desselben, auch wenn sie auf das Nachbargrundstück hinüberfällt. Er darf sie einen um den anderen Tag vom Nachbargrundstücke auflesen.<sup>5 6</sup>

In Deutschland wird die überfallende Frucht nach den Partikularrechten fast überall Eigenthum des Eigenthümers des Nachbargrundstückes.<sup>7</sup>

10) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 26.

11) arg. l. 5 C. de serv. 3. 34 „si injuriose extruxit.“ Ist cautio damni infecti gefordert, so ist Schadenersatz in weiterem Umfange zu leisten, l. 29 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Vgl. überhaupt R.G. Bd. 6 S. 222.

1) Festus v. ambitus. Vgl. l. 14 D. de serv. pr. urb. 8. 2.

2) l. 13 D. finium regundorum 10, 1.

3) l. 14 § 1 C. de servit. 3, 34.

4) Vgl. Rengerow § 297 Anm. 6.

5) Das bezügliche Interdict lautete nach l. un. pr. D. de glande legenda 43. 28: „glandem, quas ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.“ Gland stand für jede Frucht. Streitfrage ist, ob „tertio quoque die“ heißt einen um den anderen Tag, was dem römischen Sprachgebrauche und der Natur der Sache entspricht, oder je am dritten Tage oder endlich noch am dritten Tage, wie ältere vermeinten.

6) Auch actio ad exhibendum bestand l. 9 § 1 D. ad exhibendum 10, 4.

7) Vgl. Stobbe, Privatrecht Bd. 2 § 85.

3. Der Eigenthümer eines Ackergrundstückes hat die überragenden Zweige der Bäume des Nachbargrundstückes zu dulden, wenn sie 15 Fuß über dem Boden sind.<sup>8</sup> Der Eigenthümer eines Gebäudes braucht überragende Bäume nicht zu dulden.<sup>9</sup>

Sinüberwachsende Wurzeln sind gleichfalls zu beseitigen, wenn sie schaden, insbesondere wenn sie die Fundamente des Nachbarhauses gefährden.<sup>10</sup>

4. Das unten belegene Grundstück hat das vom höher belegenen abfließende Regenwasser aufzunehmen.

5. Der Nachbar ist verpflichtet, dem Nachbargrundstücke in Nothfällen den sogenannten Nothweg gegen Entschädigung einzuräumen.

6. Im römischen Reiche war vielfach Lokalstatut der Städte, daß die einmal bestehende Form der Häuser nicht zum Nachtheile der Nachbarn ohne deren Zustimmung geändert werden dürfe.<sup>11</sup>

Dies hat zwar nur historische Bedeutung, ist aber zum Verständniß mancher Erscheinungen des römischen Rechtes wichtig.

8) l. 1 § 7 D. de arboribus caedendis 43, 27. Deinde ait praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendit, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. § 8. Quod ait praetor et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur: et hoc ideo effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceat. Die herrschende Meinung bezieht diese Bestimmung auf überhängende Bäume. Koch in Köhrs Magazin Bd. 4 Heft 3 S. 336 und namentlich Wächter, Pand. Bd. 2 S. 14 finden, daß es sich nicht um Ueberhängen handele, sondern um Bäume, die gegen das Nachbargrundstück hängen, ohne die Grenzen zu überschreiten. Es müsse der Nachbar die Aeste seiner Bäume unter fünfzehn Fuß lichten und einschneiden, wenn sie durch ihre Dichtigkeit dem benachbarten Grundstück nachtheilig seien. Diese Annahmen sind verfehlt. Daß die Lichtung der Zweige nur zu geschehen habe, wenn sie durch Dichtigkeit dem Nachbargrundstücke schädlich würden, sagt das Interdict nicht. Die Bestimmung hätte daher eine Allgemeinheit, in welcher sie unanwendbar wäre. — Muß der Nachbar Mauern, lebende Hecken, die jenseits der Grenze sind, dulden, so kann er auch kein Recht gegenüber dichten Zweigen haben, die sich der Grenze zuehren. Unter den Anhängern der richtigen Ansicht, wonach es sich um ein Ueberhängen der Zweige handelt, besteht weiter Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Beseitigung der Zweige über oder unter fünfzehn Fuß von der Erde an gemeint ist. Sprachlich sind beide Ansichten möglich; sachlich ist nicht zu bestreiten, daß überhängende Zweige nahe der Erdoberfläche die Kultur im allgemeinen mehr behindern als Zweige, die von der Erdoberfläche entfernt sind. Herrschend ist daher die erstere Ansicht

9) l. 1 pr. D. de arboribus caedendis 43, 27.

10) l. 1 C. de interditiis 8, 1.

11) Man sollte „formam ac statum antiquorum aedificiorum“ einhalten, soweit dies im Interesse der Nachbarn lag, l. 11 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, vgl. l. 41 § 1 D. eod., l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Dies entsprach dem Charakter der Kaiserzeit, welche mühsam das Bestehende erhielt, so daß nach und nach das Leben erstarrte.

Nicht selten, aber ungenau, bezeichnen neuere die Nachbarrechte als Legalfervituten.

## Zweites Kapitel.

### Erwerb und Verlust des Eigenthumes.

#### I. Allgemeines.

#### § 201. Die Erwerbarten.

Unausgesetzt treten neue Objekte in das Eigenthum der Menschen. Hastlos vollzieht sich aber auch der Umsatz der Güter von einer Hand in die andere, theils von Todeswegen — was unserer Betrachtung zunächst fern bleibt —, theils unter Lebenden.

Die moderne Systematik unterscheidet nach einem wichtigen juristischen Kriterium den Eigenthumserwerb in abgeleiteten — derivativen — und — nicht abgeleiteten — originären.<sup>1</sup> Der abgeleitete Erwerb ist durch das Eigenthum des Vorgängers bedingt, der nichtabgeleitete ist dies nicht. Derivativ ist namentlich die Uebereignung durch Tradition. Nicht abgeleitet sind diejenigen Erwerbarten, welche herrenlose Güter einem Eigenthümer zuführen, z. B. die Okkupation, ferner auch einige, welche einen bloßen Wechsel des Eigenthumes vermitteln, insbesondere die Erziehung.<sup>2</sup>

Unsere Darstellung soll zuvörderst von dem Eintritt der Güter in das menschliche Eigenthum und dann von dem Umfaze des Eigenthumes handeln. Es ergibt sich uns hiernach folgende Klassifikation:

a) Erwerb herrenloser oder neu entstehender Güter durch Thätigkeit des Erwerbers, insbesondere durch Okkupation und Specification.

b) Erwerb solcher Güter ohne besondere Thätigkeit des Erwerbers, in Folge des Eigenthumes an einer anderen Sache.

1) Den Römern war diese Eintheilung unbekannt. In etwas modificirter Gestalt ist sie dem preussischen Landrecht zu Grunde gelegt.

2) Siehe oben § 81 Anm. 1.

Der Erwerb in Folge Eigenthumes wird Accession genannt.<sup>3</sup> Er kann eine selbständige Sache betreffen, z. B. die Schachhälfte des Grundeigenthümers, die Insel im Flusse oder eine bloße Erweiterung der Sache. Im letzteren Falle spricht man von Accession im engeren Sinne.<sup>4</sup>

c) Wechsel des Eigenthumes in derivativer Weise.

d) Wechsel des Eigenthumes durch Erfindung.<sup>5</sup>

### § 202. Das Eigenthumsrecht und die Sache.

Es gilt der Satz: eine Sache, ein Eigenthum.<sup>1</sup> An körperlichen Bestandtheilen einer Sache kann daher während der Verbindung ein besonderes Eigenthum nicht entstehen.<sup>2</sup>

Die Fortdauer des Eigenthumes ferner ist durch die Erhaltung der Sache bedingt. Verwandelt diese sich in eine neue, so kann nur neues Eigenthum entstehen.

Was aber sind die Bedingungen der Erhaltung der Sache? Ist es die Substanz oder ist es die Form, welche ihre Identität bestimmt?

Die Gleichheit der Substanz ist nicht unumgänglich. Das Thier, die Pflanze bleibt dieselbe Sache, obwohl deren Substanz in beständiger Erneuerung begriffen ist und schließlich eine völlig andere wird.

Daher scheint das Erhalten der Form das entscheidende zu sein.<sup>3</sup> Aber unbedingt kann auch dies nicht zugestanden werden. Der Most ist anderer Art als der ausgegohrene Wein, das Füllen hat eine andere Gestalt als das ausgewachsene Pferd. Niemand zweifelt aber an der Identität.

3) Dieser Begriff der Accession ist quellenmäßig, vgl. l. 9 § 4 D. de usufructu 7, 1, insbesondere die Worte der Einleitung, siehe unten § 207 Anm. 4 abgedruckt. Er entbehrt auch nicht innerer Berechtigung. Aber freilich darf man Accession nicht, wie häufig geschieht, mit „Verbindung“ übersetzen. Dies hat Bechmann, zur Lehre vom Eigenthumsenerwerb durch Accession 1867, zu dem Versuche geführt, den Begriff der Accession auf die Fälle der Verbindung mehrerer Sachen zu einer Einheit zu beschränken.

4) l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1, l. 26 § 1, l. 27 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

5) Die Römer theilten die Erwerbarten des Eigenthumes in naturales und civiles, § 11 J. de rer. div. 2, 1. Diese Eintheilung hatte bereits im justinianischen Rechte keine praktische Bedeutung mehr und kann als bloß historisch hier nicht weiter verfolgt werden.

1) Brinz Bd. 1 § 130. Vgl. jedoch oben § 74 Anm. 11.

2) Vgl. oben § 78 Anm. 10 ff. bezüglich der Früchte.

3) Schon die Glosse zu l. 7 § 5 D. de a. r. d. 41, 1 besagt „forma id est esse rei“, vgl. Landsberg, Glosse S. 238. Dies ist auch die Ansicht, welche Bechmann, Rechtsgrund der Specification, im Archiv für civ. Pragis Bd. 47 n. 2 in interessanter Weise entwickelt.

Nicht abstrakte Erwägungen, sondern thatsächliche Momente sind demnach maßgebend. Die Anschauungen des Lebens entscheiden. Sie halten an der Identität fest, auch wenn sich Substanz oder Form ändern. Der Wechsel der Substanz wird namentlich dann nicht beachtet, wenn er sich allmählig vollzieht. Die Umgestaltung der Form andererseits ist in Fällen nicht wesentlich, in welchen die Identität der Substanz vor Augen liegt. Die Erhaltung des Namens der Sache kann für die volksthümliche Anschauung einen Fingerzeig geben. Entscheidend ist auch dies Kriterium nicht.

## II. Okkupation und Spezifikation.

### § 203. Okkupation.

Herrenlose, des Eigenthumes fähige Sachen werden Eigenthum des Okkupanten, falls das Recht über sie nicht anders verfügt.<sup>1</sup>

Okkupation ist die Besiznahme herrenloser Sachen mit dem Aneignungswillen. Das bloße Bemühen zu okkupiren giebt noch kein Vorrecht.<sup>2</sup> Der Okkupant braucht die Herrenlosigkeit nicht zu kennen. Wer herrenlose Sachen in diebischer Absicht an sich nimmt, wird also deren Eigenthümer.<sup>3</sup>

Der Okkupation unterliegen Immobilien<sup>4</sup> wie Mobilien, und zwar namentlich folgende Kategorien:

a) Objekte, welche noch nie im Eigenthume standen, namentlich solche, welche die Natur beständig neu erzeugt: die freien Thiere des Festlandes, der Flüsse und des Meeres,<sup>5</sup> Vogelnester und Eier, Honig wilder Bienen, Meeresprodukte, Eis der Flüsse.<sup>6</sup> Okkupirbar sind ferner noch nicht in Besitz genommene Meeresinseln.<sup>7</sup>

1) l. 3 pr. D. de a. r. d. 41. 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur § 12 J. de rer. div. 2, 1.

2) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41. 1.

3) Vgl. l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22. 6. abgedruckt oben § 194 Anm. 2. Anderer Ansicht Gimmerthal im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 539 mit Berufung auf l. 2 pr. D. pro derelicto 41. 7. Doch die Kenntniß der Herrenlosigkeit wird in dieser Stelle wohl nur hervorgehoben, weil eine Okkupation ohne solche nicht leicht vorkommt. Vgl. l. 1 D. eod; siehe auch Windscheid Bd. 1 § 184.

4) Nach deutscher Rechtsauffassung unterliegen herrenlose Immobilien der freien Okkupation nicht, sie sind vielmehr dem Staate oder den Gemeinden vorbehalten. Doch betrachtet man die freie Okkupation herrenloser Immobilien als gemeines Recht.

5) l. 1 § 1 D. de a. r. d. 41. 1. §§ 12 ff. J. h. t. 2, 1.

6) Vgl. oben § 69 Anm. 9.

7) l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41. 1.

b) Was bereits im Eigenthume stand, aber durch erblosen Tod des Eigenthümers, durch Dereliktion des Eigenthumes oder in anderer Weise herrenlos wurde, steht der Okkupation gleichfalls offen.<sup>8 9</sup>

Befinden sich die herrenlosen Objekte auf privaten Grundstücken, so können sich Kollisionen zwischen dem Okkupationsrechte und dem Grundeigenthume entwickeln. Dieselben treten namentlich bezüglich der jagdbaren Thiere hervor.

Der Grundeigenthümer ist befugt, das Betreten seines Grundstückes zum Zwecke der Okkupation ausdrücklich zu verbieten oder zu verhindern, z. B. durch Einzäunung seines Grundstückes. Der Okkupant, welcher sich trotzdem eindringt, wird zwar Eigenthümer des von ihm okkupirten Gegenstandes,<sup>10</sup> aber der Grundeigenthümer kann ihn ausweisen und gegen ihn possessorisch und negatorisch auf Verbot und Schadenserfaz klagen.<sup>11</sup> Dies giebt dem Grundbesitzer die Möglichkeit, aus der Jagd einen regelmäßigen Ertrag zu ziehen. Die Jagd gilt in Folge dessen als Frucht des Grundstückes.<sup>12 13</sup>

8) Bloßes Aufgeben des Besitzes macht natürlich die Sache nicht herrenlos. In der christlichen Kaiserzeit bildete sich jedoch der Satz, daß man Eigenthümer verlassener landwirthschaftlicher Grundstücke werde, wenn man sie in Kultur nehme. Dem bisherigen Eigenthümer blieb nur ein vindikationsrecht binnen zwei Jahren gegen Erfaz der für die Kultur aufgewendeten Kosten. l. 8 C. de omni agro deserto 11, 59. Gemeinrechtlich gilt dies nicht.

9) Nach römischem Rechte galten als herrenlos auch Sachen der Feinde. Sie fielen dem Okkupanten anheim, l. 51 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Eroberte Grundstücke dagegen wurden *ager publicus*, l. 20 § 1 D. de captivis 49, 15. Die römischen Grundstücke sind nicht gemeinrechtlich. Ueber das heutige Recht vgl. Heffter, Völkerrecht §§ 130 ff., §§ 150 ff., Bluntzschli, das Völkerrecht im Kriege 1878.

10) l. 3 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur. Vgl. l. 16 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

11) l. 3 § 2 D. uti possidetis 43, 17, l. 1 D. de loco publico 43, 9. Brinz Bd. 1 S. 569 Anm. 41 meint freilich, wer gegen Verbot gehe, sei nur *injuriarum* belangbar, für *negatoria* fehle es an der *controversia juris*, für *uti possidetis* an der *controversia possessionis*. Dies ist nicht zutreffend. Vgl. oben § 186 S. 423 und Wendt, römisches Jagdrecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 405.

12) l. 26 D. de usuris 22, 1, l. 12 § 12 D. de instructo 33, 7. Brinz S. 567 nimmt an, Frucht sei die Jagd nur, wenn in der Besitzung Jägerei, Fischerei bestehe, und ein waidmännisch mit Jägern, Treibern, Jagdhunden und Jagdgeräthen unterhaltener Jagdbetrieb eine ständige Rente abwerfe. In der That kommt es aber nur darauf an, ob die Jagd einen regelmäßigen wirtschaftlichen Ertrag der Sache bildet, siehe oben § 78 Anm. 5.

13) Neuerdings haben Wächter, Jagdrecht in den Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät Bd. 1 S. 331, und Wendt in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 n. 8 vergeblichen Scharfsinn aufgeboden, um aus den römischen Quellen ein Jagdrecht moderner Art zu konstruieren. Wendt S. 413 bemerkt mit Recht, die *actio furti*

Das gemeinrechtlich geltende deutsche Recht hat andere Normen. Der Eigenthumserwerb durch Okkupation ist nach demselben auf die besondern Jagd- und Fischereiberechtigten beschränkt. Wer wildert, wird demnach nicht Eigenthümer des von ihm erbeuteten.<sup>14</sup>

### § 204. Specification.<sup>1</sup>

Verarbeitung körperlicher Sachen in neue Formen und zu neuen Verkehrszwecken ist Specification. Entsteht hierdurch neues Eigenthum? Hierüber bestand unter den römischen Juristen ein Schulstreit.<sup>2</sup>

Die Sabinianer verneinten den Eigenthumswechsel. Ihnen galt die verarbeitete Materie als die Hauptsache.<sup>3</sup> Die Proculianer dagegen betrachteten in vorzugsweiser Betonung der umschaffenden

gegen den Wilderer stehe und falle mit dem von ihm vertheidigten Jagdrecht als der ausschließlichen Okkupationsbefugniß des Grundeigenthümers. Aber eine solche Klage gegenüber dem Wilderer aus den Quellen nachzuweisen, ist ihm nicht gelungen. Es genügt übrigens, die in Anm. 10 abgedruckte Stelle zu lesen, um zu wissen, was von der Konstruktion Wächters zu halten ist. Siehe auch Schirmer in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 11 S. 311 Bd. 16 n. 3. Die richtige Ansicht hat schon die Glosse, vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 215.

14) Daß der Wilderer, welcher in fremdes Jagd- oder Fischereirecht eingreift, nach deutschem Rechte nicht Eigenthümer der Beute wird, ist herrschende Ansicht. Bestritten ist aber, ob der Wilderer als „unfreiwilliger Repräsentant“ den Jagdberechtigten durch seine Okkupation zum Eigenthümer macht, oder ob die Sache herrenlos bleibt, bis sie an den Jagdberechtigten, oder auch an einen gutgläubigen Erwerber kommt. Das letztere ist das richtige. Vgl. Stobbe, Pr. Recht Bd. 2 § 151 VI. 2.

1) Meyfow, die Lehre von dem Eigenthumserwerbe durch Specification in Dienbrüggens Dorpater juristischen Studien S. 149 ff.; Beckmann, Rechtsgrund der Specification im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 2; Fitting, Specification ebendasselbst Bd. 48 n. 1, 7, 13.

2) Gaj. Inst. II § 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum. item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris. vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris: item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris. sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum? Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut ejus materia sit, illius et res quae facta sit, videatur esse. idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est: sed eum quoque ejus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem.

3) In neuerer Zeit wird meist behauptet, auch die Sabinianer seien von der Ansicht ausgegangen, die specificirte Sache sei nicht die alte, sondern eine neue, die jedoch dem Stoffeigenthümer zufalle. Dies ist nicht bewiesen. Es widerspricht auch der Erfahrung, daß man in einem wissenschaftlichen Streite dem Gegner von vornherein die wichtigste Prämisse seiner Ansicht zugiebt, falls dieselbe so sehr zweifelhaft ist wie hier. Vgl. oben § 202.

Arbeit das Resultat als neue Sache. Sie theilten das Eigenthum daher dem Arbeiter zu.<sup>4</sup>

Die Ansicht der Profolianer wurde die herrschende. Jedoch mußten den Gegnern erhebliche Concessionen gemacht werden.

Dahin ist kaum zu rechnen, daß bloße Bearbeitung, z. B. Färben,<sup>5</sup> wie auch Enthüllen des bereits vorhandenen, z. B. Ausdreschen von Getreide, nicht genügt.<sup>6</sup> Denn dies ist nur eine sachgemäße Begrenzung des Begriffes der Specification.

Es stellte sich aber die Mittelmeinung fest und wurde von Justinian recipirt, daß dem Stoffeigenthümer das Arbeitsprodukt dann verbleibt, wenn es in die alte Gestalt zurückführbar sei.<sup>7</sup> Dies ist namentlich bei Metallarbeiten stets der Fall. Der Grund war ein doktrinärer. Man fand in der Wiederherstellbarkeit den Beweis dafür, daß die Sache trotz ihrer Umgestaltung noch die alte sei. Gehört jedoch der verarbeitete Stoff dem Specificanten auch nur zum Theil, dann fällt ihm das Arbeitsprodukt trotzdem zu.<sup>8</sup>

Rationeller war die Beschränkung, welche Paulus zur Geltung brachte, daß der Eigenthümerwerb des Specificanten guten Glauben voraussetze.<sup>9</sup>

4) Nicht die schaffende Arbeit betrachten viele neuere als das bestimmende für den Erwerb des Specificanten, sondern den Gedanken der Okkupation der herrenlos gewordenen Sache. Der Erwerb durch Specification wurzle nicht in materiellen, sondern in bloß formalen Erwägungen. So namentlich Beckmann a. a. D. Aber § 25 J. de rer. div. 2, 1 weist auf das Gegentheil hin, „cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit“. Vgl. auch Plinius, historia nat. XXXIV 2, 3: ars pretiosior erat; nunc incertum est pejor haec sit, an materia.

5) l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

6) l. 7 § 7 in fine D. de a. r. d. 41, 1. Die entgegengesetzte Aeußerung in § 25 J. h. t. — Gaj. Inst. II § 79 — ist wohl nur in Folge eines Versehens in die Compilation mitübernommen.

7) l. 12 § 1, l. 24 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

8) So § 25 J. de rer. div. 2, 1. Vgl. Fitting a. a. D. S. 318 und im Archiv für civ. Pragis Bd. 59 n. 14.

9) Freilich ist dies sehr bestritten. Natürlich sind die Anhänger der Okkupationstheorie Gegner. Wer aber den Erwerb durch Specification auf die Verarbeitung gründet, muß es entsprechend finden, daß nur die „redliche Arbeit“ geschützt wird. Die Quellen stehen entschieden auf dieser Seite. Vor allem l. 12 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Paulus libro 26 ad edictum. Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. Nach Brinz Bd. 1 § 149 S. 577 beweist diese Stelle wegen des Schlusssatzes zu viel, und weil die actio ad exhibendum auch von Nicht-eigenthümern angestellt werden könne, doch wieder zu wenig. Dies ist nicht richtig. Der Schlusssatz ergibt vielmehr, daß Paulus die actio ad exhibendum in besprochenen Falle um deswillen gewährt, weil er den Stoffeigenthümer bei mala fides des Specificanten als Eigenthümer ansieht. Hiermit correspondirt Paulus libro 54

Darauf kommt nichts an, ob man persönlich specificirte oder durch Dritte, z. B. durch Gesellen, Fabrikarbeiter.

Der Specificant kann auf seine Bereicherung vom Stoffeigenthümer in Anspruch genommen werden.

### III. Die Fälle der Accession.

#### § 205. Der Fruchterwerb.<sup>1</sup>

Im folgenden sprechen wir vorzugsweise vom Fruchtertrag der Grundstücke. Was von ihnen bemerkt wird, gilt für alle fruchttragenden Sachen.

Die Früchte gehören entweder dem Eigenthümer des Grundstückes oder anderen Nutzungsberechtigten.

1. Dem Grundeigenthümer fallen die Früchte unmittelbar mit der Trennung zu.<sup>2</sup> Dies ist Eigenthümerrecht, welches immer zur Geltung kommt, wenn nicht besondere und stärkere Nutzungsrechte bestehen. Zum Fruchterwerb durch den Grundeigenthümer ist nicht erforderlich, daß er im Besitze seines Grundstückes ist, auch nicht, daß er selbst pflanzte oder selbst erntete.<sup>3</sup> Insbesondere wird er Eigenthümer der Früchte, die der bösgläubige Besizer seines Grundstückes zieht.

2. Der Emphyteuta wird gleichfalls Eigenthümer der Früchte mit deren Trennung.<sup>4</sup> Denn sein Recht ist dem des Grundeigenthümers nachgebildet.

3. Der gutgläubige Besizer erwirbt ähnlich wie ein Grundeigenthümer das Eigenthum der Früchte des von ihm besessenen Grundstückes mit der Trennung.

ad edictum l. 4 § 20 D. de usurp. 41, 3. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit. Dem Bestohlenen wird ferner geradezu gestattet, das Arbeitsprodukt zu fondiciren, l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 37 ad edictum. Auch hieraus ergibt sich, daß man dasselbe als dem Bestohlenen zu eigen und demnach selbst als gestohlen erachtete. Denn es ist dies etwas ganz anderes, als das Recht bei der Kondiction des gestohlenen Stoffes ein erhöhtes Interesse zu liquidiren, weil man daraus ein Arbeitsprodukt hätte herstellen können.

1) Vgl. oben § 78. Nicht alle Arten des Fruchterwerbes bilden Accessionsfälle. Dies kann nicht hindern, sie zusammen an dieser Stelle zu erörtern.

2) Die Quellen heben dies vorzugsweise bei Thierjungen hervor, § 19 J. de rer. div. 2, l. 1, 2, l. 6 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 2 D. de r. v. 6, 1. um zu konstatiren, daß das Thierjunge dem Eigenthümer des Mutterthieres gehört, nicht dem etwa verschiedenen Eigenthümer des befruchtenden Thieres.

3) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1.

4) l. 25 § 1 in fine D. de usuris 22, 1.

4. Der Nießbraucher hat keine eigenthums-gleiche Stellung, sondern nur das Gewinnungsrecht der Früchte. Hieraus folgerte man — namentlich auf die Autorität Julianus hin<sup>5</sup> —, daß der Nießbraucher die Früchte erst durch die Perception, d. h. Besiznahme, erwerbe.<sup>6</sup> Daher bleiben die Früchte dem Grundeigenthümer zu eigen, wenn der Nießbraucher nicht im Besitze des Grundstückes ist, ja selbst dann, wenn sie ein Dritter vom Nießbrauchsgrundstücke wegstiehlt.<sup>7</sup>

5. Auch der Pächter gewinnt die Früchte erst durch Perception. Sein Recht auf die Früchte ist nur ein obligatorisches. Nach römischem Rechte war es daher durch die fortdauernde Einwilligung des Grundeigenthümers bedingt<sup>8</sup> und hörte mit deren Zurücknahme auf, selbst wenn dasselbe gegen den Miethkontrakt verstieß. Nach gemeinem Rechte hingegen ist eine derartige Zurücknahme ohne rechtliche Bedeutung. Denn der Verpächter hat heutzutage, wie später näher darzulegen ist, nicht mehr das Recht beliebiger Ermiffion des Pächters.

Eine besondere Betrachtung bedarf das Recht des gutgläubigen Besizers des Grundstückes an dessen Früchten. Sein Wesen ist bei den neueren sehr bestritten.<sup>9</sup> Auch bei den Römern bestanden Kämpfe

5) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1. Julianus libro 7 Digest., l. 13 D. quibus modis ususfructus 7, 4 und die unten Anm. 7 abgedruckte l. 12 § 5 D. de usufructu 7, 1.

6) Streittig ist, ob der Nießbraucher Eigenthümer an Thierjungen mit der Separation ohne Besiznahme wird. Man muß sich hierfür entscheiden. l. 28 pr. D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum. In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Gajus schrieb, wie man aus dieser Stelle schließen darf, dem Nießbraucher Eigenthum an den Früchten mit der Separation zu. Er mendete dies nur speciell auf die Thierjungen an. Seinem gesunden praktischen Sinne widerstrebte die gekünstelte Lehre Julianus, wonach der Nießbraucher die Früchte erst durch Perception zu Eigenthum erwarb. In der justinianischen Kompilation aber ist in Folge der Annahme der Doktrin Julianus im allgemeinen, was Gajus als principiell Recht dachte, zu einem Sonderrecht für Thierjunge gemorden. Vgl. Wächter, das schwebende Eigenthum S. 11 Anm. 3. Anderer Ansicht Arndts § 156 Anm. 1; Windscheid Bd. 1 § 186 Anm. 5.

7) l. 12 § 5 D. de usufructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Julianus libro 35 digestorum tractat, si fur decerpserit vel descuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non sunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus: nam si sunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea ut interim fierent proprietarii mox apprehensi fructuarii efficientur... verum est enim condictionem competere proprietario. Ulpian benützt also die Fassung des Einwandes des Marcellus, um denselben zu schlagen.

8) l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2, l. 4 § 1 D. de reb. cred. 12, 1.

9) Es bestehen drei Hauptansichten: a) Nach der einen wird der gutgläubige Besizer Eigenthümer der Früchte. Dies war seit der Zeit der Glossatoren

zwischen den Verfechtern der Rechte der Eigenthümer und denjenigen, welche den gutgläubigen Besizer bevorzugten.

Seit alters lag jedem Besizer, auch dem gutgläubigen ob, im Falle der vindikation des Grundstückes die nach der Litiskon- testation gezogenen Früchte desselben herauszugeben. Dies war eine allgemein anerkannte Prozeßobligation.<sup>10</sup>

In der Kaiserzeit kam zur Geltung, daß der mit der vindikation auf das Grundstück belangte gutgläubige Besizer auch die zur Zeit der Litiskonfestation bei ihm noch vorhandenen Früchte — fructus exstantes — mit dem vindicirten Grundstücke als dessen Zu- behör herauszugeben habe.<sup>11</sup>

Es mußte weiter die Frage entstehen, ob der Grundeigenthümer das Eigenthum der Früchte erwerbe, welche sein im gutgläubigen Besize eines Dritten befindliches Grundstück abwarf, ob er sie also selbständig vindiciren dürfe sowohl gegenüber Dritten, welche z. B. vom Besizer kauften, wie auch gegen den gutgläubigen Besizer selbst, wenn dieser der vindikation auf das Grundstück nicht mehr unterlag. Von besonderer

gemeine Meinung. Sie vertheidigten in der neueren Zeit u. a. Baeke: *bonae fidei possessor quem admodum fructus suos facit* Berol. 1825: Wangerow Bd. 1 § 32<sup>b</sup> Ann. 2 Ziff. 2; Scheurl, *Beiträge* Bd. 1 S. 281; Dernburg, *Heidelberger krit. Zeitschrift* Bd. 1 S. 154. b) Savigny, *Besitz* § 22<sup>a</sup> S. 276 stellte die These auf: der gutgläubige Besizer der Sache erhalte an den Früchten nur gutgläubigen Besitz. Ihm stehe daher nur die Usufapion von 3 Jahren offen. Die Grundlage dieser Ansicht war, daß die Früchte nichts als abgeionderte Theile der fruchttragenden Sache bildeten, auf welche deren Rechtsstellung übergehe. Daß diese Basis unhalt- bar ist, darüber vgl. oben § 78 Ann. 14. Den Versuch, die These Savignys zu beweisen, machte Windscheid in Lindes *Zeitschrift neue Folge* Bd. 4 n. 3 und Göppert, *organische Erzeugnisse in ausführlicher Darstellung*. Göppert geht nicht historisch zu Werke, sondern auch die Ansichten der römischen Juristen nicht gehörig, und Stellen, die seiner Auffassung widersprechen, würdigt er nicht ausreichend. Da- her hat er die Lehre wenig gefördert. c) Eine dritte Ansicht geht dahin, daß der *bonae fidei possessor* „intermittisches Eigenthum“ erhalte. Dies sucht namentlich Koeppen, der Fruchtterwerb des *bonae fidei possessor* 1872 zu begründen, doch ohne Erfolg. Vgl. Waldet in *Archiv für civ. Praxis* Bd. 57 n. 15, siehe freilich auch Guicke in *Archiv für civ. Praxis* Bd. 63 n. 16. Weitere Litteratur citirt Arndts § 156 Ann. 2.

10) Bei der *legis actio sacramento* erhielt der eine Theil den Besitz während des Prozeßes — die *vindicen* — und hatte *praedes litis et vindiciarum*, d. h. Bürgen für die Herausgabe der Sache mit den Früchten der Zwischenzeit an den Sieger zu stellen. Zwischen gutgläubigem und bösgläubigem Besizer wurde hierbei nicht unterschieden. Diese Verpflichtung zur Restitution der Früchte erhielt sich auch später, nachdem die einseitige vindikation in Gebrauch kam, l. 35 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

11) Die Verpflichtung, die zur Zeit der Litiskonfestation noch vorhandenen Früchte zu restituiren, stand in der klassischen Kaiserzeit fest, wie gerade der Satz ergibt, daß der *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*. Vgl. auch l. 4 § 2 D. *h. n. reg.* 10, 1. Aber erst seit Dioletian findet sich die runde Formel, daß der *bona fide possessor* die *fructus exstantes* zu restituiren habe, l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Vgl. übrigens Göppert a. a. D. S. 133.

Bedeutung wären entsprechende Vindikationen bei Thierjungen gewesen, die dauernd individuell erkennbar bleiben.

Ein so weit gehendes Recht des Grundeigenthümers hätte große und kaum erträgliche Härten im Gefolge gehabt.<sup>12</sup> In der Praxis stellte sich daher die Ansicht fest,<sup>13</sup> daß nicht der Grundeigenthümer, sondern der gutgläubige Besitzer des Grundstückes Eigenthümer seiner Früchte werde. Hierfür machte man vor allem geltend, daß sie seiner Kultur und Obhut ihre Existenz verdankten.<sup>14</sup> Die Analogie der Specification lag nahe. Indessen gab man dem gutgläubigen Besitzer nicht bloß Eigenthum an den Früchten, die er selbst producirt, sondern ganz allgemein. Dies brachte namentlich Julian zur Anerkennung.<sup>15</sup>

12) Diese Härten hat Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 276 anschaulich dargelegt.

13) Sabinus scheint das Eigenthumsrecht des gutgläubigen Besitzers an den Früchten noch nicht anerkannt zu haben. So dürfte sich der auffallende Widerspruch in l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum erklären. *Ancilla si subripiatur . . . concepit apud bonae fidei possessorem ibique peperit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu!* Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu. Es ist anzunehmen, daß der Bordersatz die Ansicht des Sabinus, der Schlußsatz die zur Zeit Ulpian's herrschende Theorie enthält.

14) § 35 J. de rer. div. 2, 1. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua justa causa aequae bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Viele neuere Schriftsteller behaupten, dieser Passus sei von den Kompilatoren Justinians verfertigt. So u. a. Göppert a. a. D. S. 332, welcher „ungeschicktes Einschleusen“, „ärmlichen Schluß“, „dogmatisches Mißverständnis“ annimmt. Diese Verfertigung durch die Kompilatoren ist aber höchst unwahrscheinlich. Denn sie haben sich durchweg, soweit es sich nicht um das Konstitutionenrecht handelt, mit der Aufnahme von Bruchstücken alter Juristen begnügt. Auch hatten sie als Gesetzgeber nicht nöthig, auf die naturalis ratio und materielle Gründe des Früchterwerbes zurückzugehen, wenn sie hierüber neue Ordnungen treffen wollten. Der Stil weist auf Gajus als Verfasser hin. Daß die cultura und cura des gutgläubigen Besitzers als Grund seines Eigenthümerwerbes an den Früchten bei den klassischen Juristen eine Rolle spielte, ergiebt l. 45 D. de usuris 22, 1, wo Pomponius, welcher übrigens nach Julian schrieb, zwischen fructus industriales und naturales unterscheiden will, und l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. *Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est.* Offenbar machte man wie bei der Specification von der einen Seite den Gesichtspunkt des fremden Stoffes und von der anderen denjenigen der Arbeit zunächst geltend. Man hat aber schließlich das Früchtrecht des gutgläubigen Besitzers auch in Fällen anerkannt, in welchen die Früchte nicht durch dessen Thätigkeit entstanden waren. Hiernach zu scheiden, wäre in der That kaum praktisch gewesen. Der Rechtsatz geht daher weiter als sein ursprüngliches Motiv.

15) Vgl. Pernice, *Labeo* Bd. 2 S. 165. In l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 stellt Julianus libro 7 digestorum fest, daß der gutgläubige Besitzer auch Eigenthümer

Die Pflicht der Restitution der zur Zeit der Litiskontestation über die vindikation des Grundstückes beim Beklagten vorhandenen Früchte wurde hierdurch nicht berührt. Daher die Rechtsregel: *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*. Dies ist kein juristisch präciser Ausdruck. Vergeblich sucht man hier den Schlüssel für die juristische Konstruktion des Verhältnisses. Es handelt sich um ein Schlagwort, welches dasselbe approximativ, aber handgreiflich hinstellt. So verwertheten es auch die Juristen.

Der gutgläubige Besitzer des Grundstückes erwirbt dessen Früchte, auch wenn er einen Titel für dessen Besitz nicht hat.<sup>16</sup> Mit dem guten Glauben hört auch das Recht zur Fruchtgewinnung auf.<sup>17</sup>

### § 206. Der Schätzerwerb.<sup>1</sup>

Schatz — *thesaurus* — ist eine in einem Grundstücke aufgefundenene daselbst längere Zeit verborgen gewesene Werthsache, deren Eigenthümer nicht mehr ermittelbar ist.<sup>2</sup> Nach altrömischer Auffassung war der Schatz

der Früchte werde, wenn sie ein Dritter gefäct habe — also trotzdem sie nicht durch seine Thätigkeit erzeugt sind — und fährt fort: in *percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus sunt, simul atque a fundo separati sunt*. Bei Africanus libro 7 quaestionum l. 40 D. de a. r. d. 41. 1 mündet dann Julian zuerst das famose Wort an: *fructus praediorum consumptos suos facit bona fidei possessor*. Da Julian in der l. 25 § 1 cit. dem gutgläubigen Besitzer daselbe Fruchtrecht wie dem Eigenthümer zuschreibt, ihm mehr Rechte an den Früchten als dem Nießbraucher zugesetzt und ihn dem Emphyteuta bezüglich der Fruchtgewinnung an die Seite stellt, so ergiebt sich für jeden Unbefangenen, daß er ihn als Eigenthümer der Früchte von der Trennung an betrachtet. Das *fructus consumptos suos facere* in der l. 40 cit. kann hiermit nicht im Widerspruche stehen. Die Auffassung Julians theilte Gajus in l. 28 pr. D. de usuris 22. 1. Papinian in der l. 1 § 2 D. de pignoribus 20. 1. dem freilich Göppert a. a. O. S. 334 „Angenauigkeit des Ausdrucks“ zuschreibt, endlich Paulus in der oben Ann. 14 abgedruckten l. 48 pr. D. de a. r. d. 41. 1. sowie in der l. 4 § 19 D. de usurp. 41. 3 — *quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit*. — Ueber die electere Stelle vgl. Huschke im civ. Archiv Bd. 63 n. 16 S. 444 ff.

16) l. 48 pr. § 1 D. de a. r. d. 41. 1. Für die Gegenansicht ließe sich freilich § 35 J. de rer. div. 2. 1 verwerthen.

17) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41. 1 Paulus. Anderer Ansicht war Julian in l. 25 § 2 D. de usuris 22. 1.

1) Eine Abhandlung über den Schätzerwerb von Gimmerthal findet sich im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 4.

2) l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41. 1. Paulus libro 31 ad edictum. *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae ejus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit*. Gewöhnlich handelt es sich um Dinge, die seit altere verborgen sind; nothwendig ist dies nicht.

Accession des Grundeigenthumes,<sup>3</sup> Hadrian theilte die eine Hälfte dem Finder, die andere Hälfte dem Grundeigenthümer zu.<sup>4</sup>

Den neueren Juristen gilt der Schätzerwerb meist als eine Unterart der Okkupation. Hiernach müßte der Finder Alleineigenthümer werden, und der Grundeigenthümer könnte bloß einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe der Hälfte nach Art einer Abgabe haben.<sup>5</sup> Aber der Standpunkt der Okkupation entspricht weder den historischen Ausgängen des Schatzrechtes, noch seiner Ausbildung seit Hadrian.

Hiernach fällt der Schatz unmittelbar mit seiner Auffindung dem Grundeigenthümer zur Hälfte zu, und er gehört ihm ganz, wenn Dritte absichtlich auf dessen Boden Schätze suchten und solche fanden.<sup>6</sup> Da der Grundherr Eigenthümer des Schatzantheiles ist und nicht bloß forderungsberechtigt, so begehrt der Finder, welcher sich den Schatz dolos ganz aneignet, eine Unterschlagung.<sup>7</sup>

Auch der Finder erwirbt seine Hälfte nicht durch Okkupation, vielmehr in Folge der Entdeckung. Diese begründet also ein Recht, auch wenn ein anderer den gefundenen Schatz in Besitz nimmt.<sup>8</sup>

Geisterbeschwörung beim Suchen des Schatzes, in Rom strafbar,<sup>9</sup> ist es derzeit nicht mehr. Der Fiskus hat daher auf den unter „Zauberkünsten“ gefundenen Schatz kein Recht. Denn dies könnte nur Folge der Strafbarkeit sein. Als selbständige Norm ist es nirgends bestimmt.

In Mobilien verborgene Schätze sind analog zu behandeln.<sup>10 11</sup>

3) Vgl. Plautus Trinummus I 2 v. 104 ff. Insbesondere ergiebt sich die Zubehörigkeit des Schatzes zum Grundeigenthume nach republikanischem Rechte aus l. 3 § 3 D. de a. vel o. p. 41, 2... Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse. Vgl. l. 2 § 39 D. de or. juris 1. 2.

4) § 39 J. de rer. div. 2, 1.

5) Diese Konsequenz hat Puchta gezogen. Hiergegen spricht § 39 J. h. t. dimidium domino soli concessit... si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium Caesaris esse, ferner l. 63 D. de a. r. d. 41, 1 und l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 dimidiam partem fisco vindicari, vgl. Dernburg, frit. Zeitschrift Bd. 1 S. 148. Dagegen Arndts § 154, Windscheid Bd. 1 § 184, Brinz Bd. 1 § 148 stellen den Schätzerwerb noch immer unter die Okkupation.

6) l. 1 § 3 C. de thesauris 10, 15.

7) Der gutgläubige Besitzer des Grundstückes, desgleichen der Emphyteuta und Superficiar haben auf die Eigenthumshälfte kein Recht.

8) § 39 J. cit. „dimidium inventoris esse“, l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 „fit ejus, qui invenerit“, l. 63 § 1 D. eod. „inventori cedit“. Dernburg, frit. Zeitschrift Bd. 1 S. 148, dagegen Brinz Bd. 1 S. 572.

9) l. 1 § 1 C. de thesauris 10, 15.

10) Dies ist herrschende Ansicht, vgl. Wilhelm Sell, Versuche I 3, Windscheid Bd. 1 § 184 Anm. 11. Dagegen Böcking, Instit. § 150 Anm. 31, vgl. l. 67 D. de rei vind. 6, 1.

11) Nach § 39 J. de rer. div. 2, 1 gebührt der im locus sacer oder religiosus

Wer verlorene Objekte, die nicht verborgen lagen, bemerkt und an sich nimmt — Fund —, ist negotiorum gestor. Als solcher hat er Anspruch auf Ersatz der im Interesse des Verlierers gemachten Auslagen, nicht aber auf Finderlohn.<sup>12</sup> Das Eigenthum fällt ihm nicht an, wenn sich auch der Verlierer lange Zeit nicht meldet. Deutsche Partikularrechte stellen den Finder meist günstiger.<sup>13</sup>

### § 207. Erwerb nach Uferrecht.<sup>1</sup>

Die Ufergrenzen der Grundstücke an öffentlichen<sup>2</sup> Flüssen sind schwankende, da das Bett fließender Gewässer steter Veränderung ausgesetzt ist. Was der Fluß dauernd überströmt, gehört zu seinem Bette. Wenn er sein bisheriger Bett verläßt, fällt dies in das Eigenthum der Ufernachbarn.<sup>3 4</sup>

Das Flußbett reicht nach römischem Rechte so weit wie der höchste,<sup>5</sup> nach deutschem Rechte so weit wie der mittlere Wasserstand.<sup>6</sup>

a) Alluvionen, d. h. allmähliche Anschwemmungen, vergrößern die Ufergrundstücke.<sup>7</sup> Dies gilt auch für Erdzungen, die sich nicht in deren Länge ansetzen, sondern sich in den Fluß hinein erstrecken.

b) Avulsionen, d. h. durch den Fluß abgerissene Erdstücke, treten

zufällig gefundene Schatz dem Finder ganz, nach l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 aber fällt die Hälfte des im locus religiosus gefundenen an den Fiskus. Die Aufnahme der letzteren Stelle beruht wohl auf Versehen. Nach heutigem Rechte, in welchem das Eigenthum derartiger Orte der Kirche oder der Gemeinde zusteht, haben diese das Recht auf die Hälfte als Eigenthümer.

12) Vgl. l. 43 §§ 8 und 9 D. de furtis 47, 2.

13) Nach Partikularrechten erhält der Finder, wenn der Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, das Eigenthum des Fundes, ferner, wenn er die Sache dem Eigenthümer zurückgibt, Finderlohn. Delbrück in Ihering's Jahrbuch Bd. 3 n. 1 sieht hierin gemeines Recht.

1) Henrici, Inseherwerb in Ihering's Jahrbuch Bd. 13 n. 2, Bd. 15 n. 7; Zirnborfer, zur Lehre von der insula nata in der Zeitschrift für Rechtsgegeschichte romanistische Abtheilung Bd. 4 S. 233.

2) Nur um öffentliche Flüsse handelt es sich zunächst. Vgl. aber unten Ann. 14 und oben § 73.

3) l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 73 Ann. 4.

4) Dies gilt nach römischem Rechte nicht für die agri limitati, l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 §§ 6, 7 D. de fluminibus 43, 12. Vgl. oben § 74 Ann. 3 und 4.

5) l. 1 § 5, l. 3 § 1 D. de fluminibus 43, 12, l. 112 D. de V. S. 50, 16, vgl. § 3 J. de rer. div. 2, 1.

6) R.G. Bd. 2 S. 316. Man wird im Zweifel in dieser Hinsicht deutsches Recht anzuwenden haben.

7) § 20 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 C. de alluvionibus 7, 41.

dem Grundstücke, dem sie angetrieben werden, hinzu, wenn sie sich mit ihm fest, insbesondere durch eine Pflanzendecke verbinden.<sup>8</sup>

c) Daß verlassene Flußbett wird Eigenthum der Ufernachbarn. Es fällt dem nächstbelegenen Uferlande zu und theilt sich hiernach unter die Flußnachbarn.<sup>9</sup>

d) Auch die Flußinsel gehört den Ufernachbarn.<sup>10</sup> Und zwar wächst jeder Theil derselben bei seiner Entstehung dem nächstbelegenen Uferlande zu. Die Grenzen treffen sich an den Punkten, welche gleichweit von den einzelnen Ufergrundstücken entfernt sind.

Nach der gewöhnlichen Lehre bildet sich die Grenze einerseits durch eine inmitten des Flusses gezogene Linie und andererseits durch Linien, welche von den Grenzpunkten der einzelnen Ufergrundstücke senkrecht auf jene Mittellinie fallen. Dieß ist nur zutreffend für Inseln, welche in einem Strome entstehen, der zwischen parallelen Ufern gerade dahinfließt. Für andere Fälle, insbesondere für Inseln in Buchten der Flüsse, ist hiermit kein Theilungsprincip gegeben.<sup>11</sup>

8) § 21 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Ueber die Abhandlungen von Landucci und Pampaloni bezüglich der avulsio im archivio juridico von Serafini vol. XXXI p. 157, p. 424, p. 498, vol. XXXII p. 167, vgl. Schneider in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift n. F. Bd. 8 S. 80 ff. — Der Ausdruck avulsio ist dem corpus juris fremd.

9) § 23 J. de rer. div. 2, 1, l. 30 § 1, l. 56 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

10) § 22 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, l. 29, l. 30 pr. § 2, l. 65 §§ 1 ff. D. eod., l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. Labeo war der Ansicht, daß nach der Rechtskonsequenz die im öffentlichen Flusse entstehende Insel dem Volke zugehöre, l. 65 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 Pithanon. Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Hierin lag nicht „eine rein theoretische Bemerkung“ — wie Pernice, Labeo Bd. 1 S. 274 annimmt, sondern der Widerspruch gegen eine ihm unrichtig erscheinende Praxis, von dem ein bedeutender in der Praxis angesehener Jurist wie Labeo Erfolg erwarten konnte. Den Ausspruch von Labeo in Uebereinstimmung mit den Äußerungen der anderen Pandektenjuristen zu bringen, ist ein ebenso oft angestelltes, wie aussichtsloses Unternehmen.

11) Nach wiederholter Prüfung schließe ich mich den Ausführungen von Henrici in Ihering's Jahrbuch a. a. D. an. Das maßgebende Princip stellt Celsus auf, wenn er entscheidet „cum exsiccatas esset alveus, proximorum fit“, l. 30 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Hiernach erklärt Pomponius in der l. 30 cit. § 2 „insula fit ejus, cujus ager propior fuerit cum primum exstitit“, vgl. l. 56 pr. D. eod., l. 65 § 2 und 3 D. eod. — Gajus libro 2 rerum cottidianarum, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 führt allerdings aus: in flumine nata — quod frequenter accidit — si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Hierauf stützt sich die herrschende Lehre nicht ohne Schein. Indessen liegt hierin nichts als eine Ausführung des Principes in dem einfachsten Falle. In anderen Fällen führt dasselbe zu anderen Konsequenzen. Gegen Henrici hat sich Preußner in Seufferts Archiv Bd. 26 n. 221 und Windscheid Bd. 1 § 185 Anm. 1 erklärt. Für Henrici ist wenigstens grundsätzlich Birndorfer a. a. D. aufgetreten.

Ufergrundstücke den Inseln haben dasselbe Recht wie die des Festlandes.<sup>12</sup>

Die Flußaccessionen fallen den Ufernachbarn von Rechtswegen zu; einer Besitznahme bedarf es nicht. Die Alluvionen und Avulsionen gelten als Theile der Ufergrundstücke, die sie vergrößern; das verlassene Flußbett und die Flußinsel dagegen bilden neue selbständige Grundstücke.<sup>13 14</sup>

### § 208. Incorporation in Grundstücke.

Was einem Grundstücke durch Einbauen oder Einwurzeln einverleibt wird, bildet einen Bestandtheil desselben und fällt nothwendig dem Grundeigenthümer zu — superficies solo cedit.<sup>1</sup>

Es macht hiernach keinen Unterschied, ob die Einverleibung durch den Grundigenthümer oder durch einen Dritten, abichtlich oder zufällig geschah. Daß einverleibte fällt dem Grundeigenthümer selbst dann zu, wenn er es entwendet hatte. Im übrigen ist zwischen Einbauen und Einwurzeln zu unterscheiden:

a) An verbauten Materialien, welche ihre Erkennbarkeit behalten, wach das Eigenthum nach der Trennung wieder auf.<sup>2 3</sup> Dies ist auch dann anzunehmen, wenn Jemand eigene

12) l. 65 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

13) l. 9 § 4 D. de usufructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Hic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere. sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usum fructum ad fructuarium non pertinere... quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Vgl. l. 3 § 2 D. de aqua 43, 13. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 436.

14) Die ausgeführten Grundsätze finden auch auf Privatflüsse Anwendung, wenn nicht etwas anderes aus den besonderen Eigenthumsverhältnissen an denselben im gegebenen Falle folgt. Auf Landseen sind sie nicht anzuwenden, l. 12 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

1) Gaj. Inst. II § 73, l. 44 § 1 in fine D. de obl. et act. 44, 7, l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3, l. 2 D. de superficibus 43, 18. Zorn im Archiv für civ. Praxis Bd. 43 n. 10 und n. 13.

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelletur aedificii, quia omne, quod inaedicatur solo cedit: nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet, ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere. Dies Wiederaufwachen des Eigenthumes entspricht, wie Göppert, einheitliche Sachen S. 91 mit Recht bemerkt, „einem stark entwickelten Respekt vor dem Eigenthume, wie ihn namentlich das ältere römische Recht zeigt.“

3) Man spricht zutreffend von „ruhendem Eigenthum“, Windscheid Bd. 1 § 188

Materialien in das von ihm unredlich besessene fremde Grundstück verbaute.<sup>4</sup> Das Eigenthum am Material geht aber dann endgültig unter, wenn es sein Eigenthümer dem Grundeigenthümer zueignen wollte.

Trennung des verbaute kann dessen Eigenthümer nicht fordern.<sup>5</sup>

Dagegen stand ihm nach römischem Rechte die *actio de tigno juncto* auf das doppelte des Werthes des Materiales zu.<sup>6</sup> Gemeinrechtlich kann nur Ersatz des Interesses beansprucht werden.<sup>7</sup>

b) Pflanzen, welche in einem fremden Grundstücke Wurzel geschlagen haben, gehen dem bisherigen Eigenthümer für immer verloren. Er kann sie auch im Falle späterer Trennung nicht in Anspruch nehmen.<sup>8</sup>

### § 209. Inkorporation in Mobilien.

Werden Mobilien, ohne daß eine Verarbeitung und damit Specifikation erfolgt, zu einem technischen oder künstlerischen Ganzen verbunden, so zieht die Hauptsache die Nebensache nach sich. Dem

Ann. 13. Schon die Römer haben sich die Erscheinung in verschiedener Weise zurechtgelegt, vgl. z. B. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 59 D. de rei vind. 6, 1. Das gleiche ist bei den neueren der Fall. Siehe die bei Windscheid a. a. O. citirten, insbesondere Demelius, Exhibition S. 100.

4) So l. 2 C. de rei vind. 3, 32. Gajus dagegen entscheidet sich für den definitiven Eigenthumsverlust aus dem unzutreffenden Grunde „si scit alienum solum esse sua voluntate amississe proprietatem materiae intellegitur“, l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1, im § 30 J. de rer. div. 2, 1 wiederholt. Bei dem Widerspruche der Quellen wird man sich der Argumentation von Gajus nicht anschließen. Dies ist auch die Meinung Windscheids Bd. 1 § 188 Ann. 21. Ueber die Reinigungsversuche siehe dort.

5) l. 6 D. ad exhibendum 10, 4, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, § 29 J. de rer. div. 2, 1. Schon die 12 Tafeln hatten dies für „Gebäude“ und für „Weinbergspfähle“ bestimmt, l. 1 pr. D. de tigno juncto 47, 3.

6) Tit. Dig. de tigno juncto 47, 3. Huschke ad leg. XII tab. de tigno juncto 1837. Ursprünglich bezog sich die Klage auf „gestohlenes“ Baumaterial, l. 1, l. 2 D. h. t. 47, 3. Aber man dehnte sie auf fremdes Baumaterial aus, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 6 D. ad exhibendum 10, 4. Richtig verstanden ist l. 63 D. de don. i. v. et u. 24, 1 nicht im Widerspruche. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 188 Ann. 16, dagegen Bangerow Bd. 1 § 300, Pernice, Labeo Bd. 2 S. 149.

7) Wer in gutem Glauben verbaute, ist nur auf die Bereicherung verhaftet.

8) l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum. arbor.. ubi coaluerit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam; vgl. l. 9 § 2 D. de damno infecto 39, 2 verb.: „nec arbor“. Die Verpflichtung des bösgläubigen Erwerbers des Baumes zum Ersatz des Interesses, des gutgläubigen zur Erstattung der Bereicherung ist selbstverständlich. Die römischen Juristen gaben zu diesem Behufe eine utilis rei vindicatio auf den Baum, wenn die Leistung nicht erfolgte, l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Vgl. übrigens Wächter, Pand. Bd. 2 § 133 Beil. IV.

Eigenthümer der Hauptsache gehört daher das Ganze. Als Hauptsache gilt, was die physische Grundlage der Gesamtsache bildet.<sup>1</sup> Demnach folgt der Farbestoff der Wolle,<sup>2</sup> die Schiffsplanke dem Kiel,<sup>3</sup> der Edelstein dem fassenden Golde,<sup>4</sup> ja selbst die Schrift dem Papier.<sup>5</sup>

Zu unterscheiden ist bloße Zusammenfügung und Vereinigung.

Bloße Zusammenfügung liegt vor, wenn die Nebensache ihre Selbständigkeit in der Verbindung behält; bei der Vereinigung geht die eine Sache in der anderen auf und bildet nur noch ein Glied und einen Theil derselben. Im Falle bloßer Zusammenfügung kann der bisherige Eigenthümer der Nebensache deren Trennung fordern; sein Eigenthum hat nach der Trennung die alte Kraft. Im Falle der Vereinigung dagegen kann eine Trennung nicht beansprucht werden und das besondere Eigenthum an der Nebensache geht schlechthin unter, so daß es nach etwaiger Trennung nicht wieder auflebt.<sup>6</sup>

1) Dernburg, kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 154.

2) l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

3) l. 61 D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

4) l. 6 pr. D. ad exhibendum 10, 4.

5) Schon den Römern freilich erschien dies paradox. Sie wiederholen es daher oft und mit Nachdruck, l. 9 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 und § 33 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 14 D. ad exhibendum 10, 4.

6) Die Unterscheidung macht in besonderer Anwendung auf Statuen, l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum unter Berufung auf Cassius: dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse, non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Göppert: über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare 1869, wie auch in der Zeitschrift für Rechtsgelehrte Bd. 9 S. 241 ff. Göppert's Ausführungen dürften nach Mittheilungen von Conze nur theilweise richtig sein. Göppert hat darin Recht, daß ferruminare allerlei Arten von Löhnen, Ritten, Kleben bezeichnet, bei denen das Bindemittel, wenn auch nur für das Auge, sich mit dem Material der zu verbindenden Stücke so assimilirt, daß es etwas einheitliches herzustellen scheint; dagegen ist es unrichtig, wenn Göppert S. 17 ff., S. 36 ff. unter adplumbare ein Verbinden durch bleierne Nägel, Stifte, Klammern versteht. Zu diesem Dienst eignet sich Blei seiner Natur nach nicht und wird dazu weder in alter noch neuer Zeit regelmäßig gebraucht. Adplumbare ist vielmehr das Festgießen mit Blei. Dasselbe galt um deswillen als etwas vom ferruminare verschiedenes, weil sich das Blei nicht für das Auge mit dem Material der zu verbindenden Theile assimilirt, und auch in der That nur eine losere Verbindung darstellt. Als höchst wahrscheinlich ist anzusehen, daß in der l. 23 § 5 cit. nur an Statuen aus Metall, nicht aus Marmor gedacht ist, da die Metallstatuen im Alterthume die vornehmsten und werthvollsten waren, zudem ein Arm aus Marmor einen besonderen Werth nicht gehabt hätte. Demgemäß unterscheiden Cassius und Paulus bei Metallwerken zwei Arten von Verbindung: die festere durch ferruminare stellt eine Einheit für die Ansbauung und im Rechtsinne her, so daß im Falle künftiger Trennung das ursprüngliche Eigenthum an Theile nicht wieder

Gemälde stehen unter einem Sonderrecht. Daß auf fremder Tafel gemalte Bild fällt nämlich nicht dem Eigenthümer der Tafel anheim, wie dies der Regel entspräche. Es wird vielmehr Eigenthum des Malers.<sup>7</sup> Dies ist auf alle graphischen Kunstwerke, z. B. Kupferstiche, zu beziehen.<sup>8</sup>

### § 210. Konfusion und Kommixtion.

1. Konfusion ist die Vereinigung von Objekten verschiedener Eigenthümer zu einer Masse durch Zusammengießen von Flüssigkeiten oder durch Zusammenschmelzen von Metallstücken gleicher oder verschiedener Art.

Geschah die Konfusion in Folge Vertrages, so entscheidet dieser über die Eigenthumsberechtigung. Wurde sie einseitig veranstaltet, so kann sie eine Spezifikation bilden. Sonst aber treten bei einseitiger oder zufälliger Konfusion folgende Grundsätze ein:

a) Ist Aussonderung praktisch thunlich — d. h. ohne unverhältnißmäßige Kosten —, so ändert sich am Eigenthumsrechte nichts. Jeder Beteiligte kann die Sonderung, wenn er im Besitze ist, vornehmen, und wenn er nicht im Besitze ist, fordern. Die Kosten hat der betreibende Theil zu tragen, wenn nicht dem anderen Theil eine Schuld zur Last fällt.

b) Wenn die Aussonderung praktisch nicht thunlich ist, so erlangen die Eigenthümer der konfundirten Stoffe im Verhältnisse des Werthes derselben Miteigenthum an der Masse nach ideellen Theilen.<sup>1</sup>

2. Eine Vermengung von trockenen Körpern verschiedener Eigenthümer, z. B. Zusammenschütten von Getreidemassen, pflegt

auflebt; die losere durch Bleiguß — adplumbare — bewirkt eine bloße Zusammenfügung, sie hebt das Eigenthum an dem hinzugefügten Theile nicht für immer auf. Vor Göppert verstand man unter ferruminatio Anschweißen, d. h. Verbindung durch das gleiche Metall, unter adplumbare Anlöthen, d. h. Verbindung durch verschiedenes Metall. Man beachtete hierbei die Technik nicht, welche solches Anschweißen nicht kennt. Vgl. freilich Windscheid Bd. 1 § 189 Anm. 1.

7) So Gajus l. 9 § 2 D. de a. r. d. 41, 1 und namentlich Justinian in § 34 J. d rer. div. 2, 1, anderer Ansicht war Paulus l. 23 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Der Eigenthümer der Tafel hat eine utilis rei vindicatio gegen den Maler, sofern dieser nicht den Werth der Tafel ersetzt.

8) Madai im Archiv für civ. Praxis Bd. 26 n. 8 II.

1) Vgl. § 27 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 2, l. 4, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Siehe über diese Stellen Bechmann, Accession S. 33.

man Kommixtion zu nennen.<sup>2</sup> Geschieht sie in Folge Vertrages, so ist dieser maßgebend. In anderen Fällen ist zu unterscheiden:

a) Die Ausscheidung ist thunlich. Dann kann sie der Besitzer vornehmen, der Nichtbesitzer betreiben.

b) Die Ausscheidung ist nicht thunlich. Dann hat jeder Theil Eigenthum an der Quantität, welche dem Zufluß von seiner Seite entspricht. Er kann sie als Besitzer absondern, als Nichtbesitzer vindiciren. Miteigenthum tritt nicht ein.<sup>3</sup>

Der Empfänger von Geld, welches ein Nichteigenthümer zahlt, wird dessen Eigenthümer, wenn er es mit dem eigenen vermischt, so daß es die individuelle Erkennbarkeit verliert — konsumirt wird.<sup>4</sup>

#### IV. Derivative Erwerbarten.

##### § 211. Die Tradition.<sup>1</sup>

Nach justinianischem Rechte ist die Tradition allgemeine und nothwendige Form der freiwilligen Veräußerung körperlicher Sachen.<sup>2 3</sup>

2) Die Quellen sprechen von *confusio* und *commixtio* ohne Unterschied sowohl bei der Vereinigung von Flüssigkeiten als beim Zusammenschütten von Körpern.

3) § 28 J. de rer. div. 2, 1, l. 5 pr. D. de rei vind. 6, 1. Bachmann, Accession S. 28, vgl. oben § 74 Anm. 12.

4) l. 78 D. de solut. 46, 3. Si alieni nummi in scio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt: si mixti essent ita ut discerni non possent. ejus fieri qui accepit in libris Gaji scriptum est. Vgl. Hartmann, über den Begriff des Geldes 1868 S. 24 ff. Selbstverständlich ist der hierdurch bereicherte zum Erже seiner Bereicherung, und wenn er sich wissentlich das fremde Geld aneignete, zum Erже des Interesses verbunden.

1) Exner, die Lehre vom Rechtsserwerbe durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht 1867.

2) l. 20 C. de pactis 2, 3. Diocletianus et Maximianus. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. l. 50 pr. D. de rei vind. 6, 1. Callistratus libro 2 edicti monitorii. Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus. Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorum. Die Tradition ist Form der Uebereignung; vgl. oben § 97, Windscheid Bd. 1 S. 171, Exner a. a. O. § 1. Dagegen erklären sich Brinz Bd. 1 § 150 S. 388, Bekker, Recht des Besitzes S. 86. Man wendet ein, daß die Tradition ein realer Vorgang sei. Aber auch reale Vorgänge können die Form einer Willensklärung bilden. — Scheinbar bildet eine Ausnahme l. 1 § 1 D. pro socio 17, 2. Gajus libro 32 ad edictum. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Doch die Juristen unterstellen beim Beginne einer allgemeinen Societät ein constitutum possessorium, l. 2 D. eod. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Uebrigens sind die Meinungen getheilt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 171 Anm. 2 und dort citirte. Eine positive Ausnahme schuf Justinian

Hierin liegt ein gesunder Gedanke. Denn das normale ist, daß der Eigenthümer auch den Besitz hat. Wo sich die Uebereignung ohne Besitzübergabe vollzieht, ist von vornherein ein Gegensatz zwischen dem rechtlichen und dem thatsächlichen Haben gegeben, welcher den Keim schwerer Verwickelungen in sich trägt.

Die Besitzübergabe gewährt dem Eigenthumsübergange in der Regel auch Offenkundigkeit, welche bei einem Verhältnisse von Wichtigkeit ist, das gegen Dritte wirkt. Aber freilich giebt es Formen der Besitzübertragung, welche den Wechsel des Besitzes und des Eigenthumes äußerlich nicht manifestiren, wie namentlich das *constitutum possessorium* und die *traditio brevi manu*.<sup>4</sup>

In höherem Maße als durch die Tradition wird die Oeffentlichkeit des Eigenthumes an Grundstücken daher dadurch verwirklicht, daß man die freiwillige Veräußerung an eine Erklärung der Uebereignung beim Richter der belegenen Sache — Auflassung — und an die sich anschließende Eintragung des Erwerbers im Grundbuche knüpft. So geschieht fast überall in Deutschland, im Anschlusse an älteres deutsches Recht und aus Zweckmäßigkeitsgründen.<sup>5</sup> Damit erhält das Grundeigenthum größtmögliche Publicität zum Vortheile des Verkehrs und allgemeiner Interessen. Aber Konflikte zwischen dem sog. Bucheigen-

in der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen. Indem er ihnen das Privilegium 100jähriger Verjährung in Fällen von lektwilligen Zuwendungen, Käufen und Schenkungen — vgl. oben § 147 Anm. 2 — gewährt, theilt er ihnen, mit verschwenderischer Hand fromme Privilegien gebend, auch zu, daß sie non solum personales actiones sed etiam in rem et hypothecariam in allen diesen Fällen wie bei den Legaten haben, also in Folge des Kaufes und der Schenkung Eigenthümer sein sollten. Im Sinne Justinians ist es sicherlich nicht, wie Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 4 thut, dies zweite Privilegium durch gezwungene Interpretation zu eliminiren, vgl. Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 2. Aber eine andere Frage ist, ob ein derartiger willkürlicher, den Verkehr verwirrender Bruch ins System von der neueren deutschen Praxis festgehalten ist. Dies müssen wir verneinen. — Eine Ausnahme von der Nothwendigkeit der Tradition macht bei See-schiffen S. G. B. Art. 439.

3) Nach älterem römischem Rechte geschah die Veräußerung von *res mancipii* durch *mancipatio* oder in *jure cessio* ohne Besitzübertragung, vgl. oben § 97. Spuren dieses Rechtszustandes sind in der justinianischen Kompilation häufig. Es gehört dahin l. 16 D. de fundo dotali 23, 5. Eine Frau übereignet ihrem Manne einen fundus, welchen ein Dritter im Erbsitzungsbesitze hat; hieran knüpft sich die Untersuchung des Juristen Tryphoninus. Mit dem Traditionssysteme ist der Fall unvereinbar. Vergeblich suchten die Glossatoren mit emsigem Fleiße nach einer Lösung — vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 109. — Ohne Salz ist die Erörterung, wenn man, wie dies heutzutage oft geschieht, das „*dare fundum in dotem*“ mit „*Cessio der vindikation auf das Grundstück*“ wiedergiebt. Die Kompilatoren schrieben eben gedankenlos ab, was in ihre Kompilation nicht paßt.

4) Siehe oben § 181.

5) So das preußische Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumsverkehr und die dingliche Belastung der Grundstücke.

thümer und dem Besitzer sind die häufige und unvermeidliche Folge dieses Systemes.

Gemeinrechtlich ist die Tradition die allgemeine Form der Ueber-  
eignung für Immobilien, wie für Mobilien geblieben. Sie verlangt:

1. Legitimation des Tradenten zur Ueber-  
eignung,
2. Willensübereinstimmung des Tradenten und des Empfängers  
über den Uebergang der Sachenherrschafft,
3. die Besitzübertragung.

### § 212. Legitimation des Tradenten.

Nur der Eigenthümer kann Eigenthum übertragen. Dies ist  
Fundamentalgrundsatz. Wem ein Nichteigenthümer tradirt, wird nicht  
Eigenthümer.<sup>1</sup> Er erlangt höchstens Erßigungsbeßiß, falls er in gutem  
Glauben ist.

Das deutsche Recht ist gutgläubigen Erwerbem von Nichteigen-  
thümern günstiger. Denn der deutschen Rechtsauffassung fällt die  
Sicherung des Erwerbes und das Interesse des Verkehrs mehr in  
das Gewicht als die Rücksicht auf die Unantastbarkeit des erworbenen  
Eigenthumes. Der redliche Erwerber von beweglichen Sachen, die ihm  
von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußert und über-  
geben wurden, erlangt daher Eigenthum, auch wenn der Veräußerer  
nicht Eigenthümer war, sofern es sich nicht um gestohlene oder ver-  
lorene Gegenstände handelt. Das Eigenthum von Inhaberpapieren  
ferner geht auf den redlichen Erwerber sogar dann über, wenn der  
Veräußerer nicht Kaufmann war, und wenn die Papiere gestohlen  
oder verloren waren.<sup>2</sup>

An Stelle des Eigenthümers können Bevollmächtigte nach Maßgabe  
ihrer Vollmacht veräußern.<sup>3</sup> Im Falle der Handlungsunfähigkeit  
des Eigenthümers handeln seine gesetzlichen Vertreter an seiner Statt.<sup>4</sup>  
Wurde der Eigenthümer zur Ueber-  
eignung seiner Sache rechtskräftig

1) l. 20 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 81 Anm. 3, l. 54 D. de  
R. J. 50, 17: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.  
l. 64 § 4 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de donat. 8, 53.

2) S. G. B. Art. 306 und 307. Auch die dem gutgläubigen Käufer unbekanntem  
Belastungen der Sache erlöschem.

3) l. 9 § 4 D. de a. r. d. 41, 1, § 42 J. de rer. div. 2, 1, vgl. l. 25 D. de  
donat. 39, 5. Ueber Sklaven und Hauskinder siehe l. 41 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

4) l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Veräußerungen des Gemeinschuldners  
bezüglich der zur Konkursmasse gehörigen Objekte nach der Konkursöffnung sind  
gegenüber den Konkursgläubigern nichtig, Dritten gegenüber gültig, R. D. § 6.  
Solange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, sind die Veräußerungen des Schuldners  
gültig, sie können aber anfechtbar sein. R. D. § 22.

verurtheilt, so ermächtigt das Gesetz den Gerichtsvollzieher zur Tradition an seiner Statt.<sup>5</sup>

Aus eigenem Rechte übertragen Eigenthum an fremder Sache:

a) Pfandgläubiger in Folge des Pfandrechtes,<sup>6</sup>

b) der Fiskus, der Regent und die Regentin in Folge ausdrücklichen Privilegs. Der hierdurch Enteignete hat nur einen Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus, welcher binnen 4 Jahren verjährt.<sup>7</sup>

### § 213. Uebereignungswille.

Die Uebereignung durch Tradition fordert den Willen beim Tradenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger denjenigen, die Sachenherrschaft zu gewinnen — den beiderseitigen Uebereignungswillen.<sup>1</sup>

Ursprünglich galt den Römern das Geschäft der Tradition als ein einseitiges, welches auf dem Willen des Tradenten beruhe. Die spätere Jurisprudenz erkannte, daß der zusammenstimmende Wille der Betheiligten erfordert sei, daß es sich also im Grunde um einen Vertrag handele.<sup>2</sup> Nur hat dieser Vertrag stets seine eigene Art be-

5) C.P.D. §§ 769 ff. Der Eigenthumserwerb des Gläubigers ist dadurch bedingt, daß der Crequendus Eigenthümer ist.

6) Vgl. § 1 J. quibus alienare licet vel non 2, 8, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 84, Bd. 2 S. 199.

7) 1. 2, 1. 3 C. 7, 37, § 14 J. de usuc. 2. 6. Auch die Hypotheken erlöschen durch den Verkauf seitens des Fiskus. Dieser ist daher den Hypothekarien zur Entschädigung verpflichtet. — Ihering in seinem Jahrbuch Bd. 10 S. 266 Anm. 19 beschränkt das Privileg auf den unwissentlichen Verkauf der fremden Sache durch den Fiskus.

1) Wenn wir vom Uebereignungswillen reden, so soll damit nicht gesagt sein, daß der Wille nothwendig auf die Uebertragung des Eigenthumes gehen muß, daß also der animus transferendi et accipiendi domini schlechthin Voraussetzung der Tradition sei. Der Erwerber muß nur die Absicht haben, möglichst unumschränkt die Sache zu beherrschen und der Veräußerer sie in diesem Sinne übertragen. Eigenthümer wird daher auch, wer glaubt, das gekaufte Haus stehe im superficiarischen Rechte des Veräußerers, und dies Recht zu erwerben gedachte, falls nur der Veräußerer in der That Eigenthümer des Hauses ist. Der Käufer ferner erwirbt Eigenthum auch, wenn er irrtümlich glaubt, der Tradent habe kein Recht an der verkauften Sache. Siehe oben § 194 Anm. 2. Vgl. übrigens Lenel, Parteiabsicht in Iherings Jahrbuch Bd. 19 S. 173.

2) Vielfach wird in den Quellen das Gewicht auf die voluntas domini volentis rem suam transferri gelegt, vgl. z. B. § 40 J. de rer. div. 2. 1. Daher steht namentlich Schloßmann, Vertrag S. 94 in der Tradition ein auf dem einseitigen Willen des Tradenten beruhendes Geschäft, und Pernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 109 stimmt dem im wesentlichen zu. Aber Javolenus libro 12 epistularum l. 55 D. de obl. et a. 44, 7 steht in der Tradition einen Vertrag. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque

halten.<sup>3</sup> Daher ist Tradition an unbestimmte Personen zulässig, z. B. Auswerfen von Münzen oder Auslegen von Schriften, so daß jeder ein Exemplar entnehmen kann.

Der Uebereignungswille des Tradenten muß sich auf einen Grund — *causa* — stützen. Denn wer sein Vermögen durch Rechtsakte vermindert, muß vernünftigerweise hiermit ein Ziel im Auge haben, welches den Grund solchen Handelns bildet.<sup>5</sup>

Es giebt Gründe, welche regelmäßig eine Uebereignung im Gefolge haben, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Zahlung einer Schuld. Solche Gründe bilden die regelmäßigen Erkennungszeichen der Uebereignungsabsicht. Denn diese Absicht wird bei der Tradition fast nie besonders erklärt. Sie ist vorzugsweise aus der Art des zu Grunde liegenden Geschäftes zu erschließen.

Die Uebereignungsabsicht kann auch bei der Vollziehung von Geschäften vorhanden sein, welche regelmäßig eine Uebertragung nicht im Gefolge haben. Es wird z. B. vereinbarterweise Eigenthum zum Zwecke der Verpfändung — *pignoris causa* — fiduciarisch übertragen, oder man macht den Verwalter oder Verwahrer zum Eigenthümer der anvertrauten Sache, um ihm nach außen hin die volle Legitimation eines Eigenthümers zu geben.<sup>6</sup> In derartigen Fällen muß die Absicht der Uebertragung besonders erklärt sein, weil der Grund des Geschäftes an sich nicht auf sie hinweist.

*consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.* Es ist klar, daß hier nicht vom Konsens beim zu Grunde liegenden Geschäft, sondern bei der Tradition, welche dasselbe verwirklicht, die Rede ist. Auf demselben Standpunkte steht Julian l. 36, l. 37 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. vgl. ferner l. 10 D. de don. 39, 5. Mit Recht fassen daher Savigny Bd. 3 S. 312 und Erner a. a. O. die Tradition als Vertrag auf.

3) Dies verkennt Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 n. 2.

4) § 46 J. de rer. div. 2, 1. *Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem*, vgl. aber l. 5 § 1 D. pro derelicto 41, 7. Tradition liegt in derartigen Fällen vor, wenn die Absicht vorzugsweise darauf geht, die Sache anderen zuzuwenden, *Derelictio*, wenn man in erster Linie bezweckt, die Sache los zu werden. So Erner, Tradition S. 12 und 53, siehe dort die Litteratur über die Frage.

5) Vgl. oben § 95.

6) R.G. Bd. 2 S. 168. Vgl. Gaj. Inst. II § 60.

7) Litteratur und Dogmengeschichte der Streitfrage bis zum Jahre 1873 stellt zusammen Hofmann, die Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* S. 46 ff., vgl. außerdem Lotmar, *causa* S. 165, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 204, Bernhöft, der Besitztitel S. 57. Die ältere Ansicht, welche grundsätzlich eine rechtsbeständige *causa* forderte, hat heute nur noch wenige Anhänger. Vgl. aber Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 406. Daß die *causa* bloß subjektives Erforderniß sei, vertheidigten namentlich Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 § 78, Strempele, über die *justa causa* bei der Tradition 1856. — Fuchta, Institutionen Bd. 2 § 241 Anm. d. behauptet, *justa causa* sei „der übereinstimmende Wille des Tradenten und des Em-

Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz forderte zum Eigenthumsübergange, daß der Grund der Tradition objektive Realität habe, daß z. B. der Kauf, auf Grund dessen tradirt wird, gültig und rechtsbeständig sei. Nach der richtigen, jetzt herrschenden Lehre dagegen reicht die bloße Vorstellung eines Grundes aus, auch wenn sie auf Irrthum beruht, denn sie rief den Uebereignungswillen hervor, welcher in Verbindung mit der Tradition zum Eigenthumsübergange genügt.<sup>7</sup> Eigenthum geht also über, auch wenn man eine Nichtschuld zahlt, obgleich der Grund dieser Uebereignung imaginär ist; der Zahlende hat daher keine Vindikation des gezahlten, vielmehr nur eine Kondiktion wegen der grundlosen Bereicherung des anderen Theiles. Folgerichtig hindert auch Dissens der Betheiligten über den Grund der Uebereignung den Eigenthumsübergang nicht; Eigenthum geht z. B. über, wenn der eine Theil schenken, der andere, ihn mißverstehend, ein Darlehen nehmen wollte; denn beide Theile wollten die Uebereignung, und dies reicht zum Eigenthumsübergange am tradirten Objekte aus.<sup>8</sup>

Dagegen tritt kein Uebergang des Eigenthumes ein, wenn die Tradition die Verwirklichung eines gesetzlich verbotenen und deswegen nichtigen Geschäftes bezweckt, z. B. einer Schenkung unter Ehegatten, oder auch einer nichtinsinuirten großen Schenkung.<sup>9</sup>

pfängers, Eigenthum zu geben und zu nehmen“. Dies ist unrichtig. Vgl. die oben Anm. 5 l. 31 D. h. t. 41, 1, so wie die unten Anm. 8 abgedruckte l. 36 D. eod., ferner l. 1 § 1 D. pro suo 41. 10 si res mihi ex causa justa puta emptionis tradita sit u. f. f. Siehe auch Hofmann a. a. D. S. 69.

8) l. 36 D. de a. r. d. 41, 1. Julianus libro 13 digestorum. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Vgl. hierzu Lenel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 3 röm. Abth. S. 178. Anderer Ansicht scheint Ulpianus libro 7 disputationum l. 18 D. de rebus creditis 12, 1. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Dernburg im Archiv für civ. Praxis Bd. 40 n. 1 nimmt an, daß Ulpian an einen Fall denke, in welchem die Betheiligten über die Verschiedenheit ihrer Intentionen im klaren sind, der Empfänger aber nur Eigenthum erwerben will, wenn das von ihm proponirte Geschäft zu Stande kommen sollte. Die Ansichten sind sehr getheilt. Litteratur findet sich bei Arndts § 145 Anm. 5. Ueber l. 25 § 1 D. de usufructu 7, 1 vgl. Dernburg a. a. D. S. 18 ff.

9) l. 3 § 10, l. 5 § 18, l. 36 pr. D. de donat. i. v. et u. 24, 1, l. 34 § 1 C. de donat. 8, 53.

In diesem Sinne läßt sich sagen, daß der Grund der Tradition ein gesetzlich erlaubter — *justa causa* — sein müsse.<sup>10</sup>

### § 214. Die Besitzübergabe.

Die Uebereignung vollendet sich durch die Besitzübergabe.

Die Veräußerung läßt sich also nur vollziehen, wenn der Veräußerer entweder die Sache selbst besitzt oder den dritten Besitzer zu deren Tradition bestimmen kann. Ist dies nicht der Fall, so bleibt dem Veräußerer nur übrig, seine Klagen, insbesondere die vindikation, zu cediren. Kommt der Cessionar in Folge dieser Abtretung in den Besitz der Sache, so steht dies der Tradition gleich.<sup>1</sup>

Im Falle der Sendung der veräußerten Sache an einen Abwesenden durch eine Mittelsperson fragt es sich, ob Besitz und Eigenthum mit der Absendung oder erst mit der Ausshändigung an den Adressaten auf diesen übergeht. Ist die Mittelsperson Stellvertreter des Adressaten, so genügt die Einhändigung des Gutes an den Vermittler, ist sie dies nicht, so ist die Ausshändigung an den Adressaten erforderlich.<sup>2 3</sup> Das letztere ist namentlich der Fall, wenn die Waare der Post, Eisenbahn oder anderen gewerbemäßigen Frachtführern zur Beförderung übergeben ist. Denn solche Frachtführer erhalten ihren Auftrag vom Absender und sind daher dessen Vertreter. Daher ist der Käufer in solchen Fällen auch dann nicht Eigenthümer während des Transportes, wenn er dessen Gefahr und Kosten trägt.<sup>4</sup> —

Betrachten wir das Uebereignungsgeschäft als ganzes, so erscheint es in der Regel als ein zusammengesetztes. Es beginnt mit dem Kaufe

10) Ulpiani fragm. XIX. 7, l. 31 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

1) Vgl. § 275 Anm. 4.

2) l. 65 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 pithanon a Paulo epitomatorum. Si epistulam tibi misero, non erit ae tua, antequam tibi reddita fuerit. Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient. idem accidet in his litteris, quas tuae duntaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras.

3) Diese Uebergabe kann auch durch Kommissamente oder Ladefcheine geschehen, siehe oben § 178 Anm. 12.

4) Anders moderne Gesetzgebungen, namentlich das preuß. Landrecht I 11 §§ 128 ff., code de commerce art. 100, österreich. B.G.B. § 429.

oder einem anderen Veräußerungsgeschäft und vollendet sich mit der Tradition.

Der Kauf begründet für sich allein nur eine persönliche Forderung des Käufers gegen den Verkäufer auf Tradition der Kaufsache. Der Verkäufer ist daher noch Eigenthümer der Kaufsache. Dennoch aber bildet der Verkauf zweifelsohne die erste Stufe des Veräußerungsgeschäftes.<sup>5</sup>

Es heben sich hiernach in vielen Fällen der freiwilligen Veräußerung der Titel — Kauf oder anderes Geschäft — und die Form oder der Modus der Veräußerung — die Tradition — von einander ab. Die ältere Theorie suchte diese Unterscheidung zu verallgemeinern und bei jeder Art des Eigenthumserwerbes durchzuführen. Wo es an einem vorbereitenden Geschäft fehlte, bezeichnete man das Gesetz als den Titel des Erwerbes, z. B. bei der Okkupation.<sup>6</sup> Dies war verfehlt. Das Gesetz ist die unentbehrliche Vorbedingung jedes Eigenthumserwerbes. Es ist unrichtig, das Gesetz als Titel mit Kauf, Tausch, Schenkung auf eine Linie zu stellen. Seit Ende des vorigen Jahrhunderts hat man daher diese Verallgemeinerung aufgegeben.<sup>7</sup>

### § 215. Bedingte Tradition.

Die thatsächliche Uebergabe der Sache ist nothwendig etwas unbedingtes. Als Uebereignungsakt nimmt aber die Tradition Bedingungen jeder Art auf.

In der Regel wohnen die Bedingungen des zu Grunde liegenden Geschäftes auch der Tradition inne, welche dasselbe verwirklichen soll. Nothwendig ist dies nicht. Das Geschäft kann bedingt, die Tradition unbedingt sein. Dann hat der Tradent im Falle des Ausfallens der Bedingung des Geschäftes nur eine persönliche Klage auf Rückgabe.

Es kann ferner das Geschäft, welches der Tradition zu Grunde liegt, unbedingt, die Tradition bedingt sein. Namentlich im Falle des Kaufes ist nicht selten die Uebereignung durch die vorgängige Regulirung der Preiszahlung bedingt.

5) Hierauf beruht l. 2 D. pro emptore 41, 4.

6) Die Dogmengeschichte dieser Theoreme stellt Hofmann, die Lehre vom titulus und modus acquirendi dar. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius S. 102.

7) Vorzugsweise haben Hugo im civ. Magazin Bd. 4 n. 6 und Thibaut, Versuche Bd. 1 n. 11 die alte Lehre mit Erfolg bekämpft.

In Rom galt seit alters der Satz, daß die Wirksamkeit der Tradition auf Grund eines Kaufes dadurch bedingt sei, daß der Kaufpreis bezahlt oder kreditirt sei.<sup>1 2</sup> Damit war der Verkäufer wegen der Kaufgelder bestens gesichert. Der Käufer erhielt durch die Tradition juristischen Besitz und selbst die *actio Publiciana*,<sup>3</sup> aber Eigenthümer blieb der Verkäufer. Er konnte die Kaufsache daher im Falle des Konkurses des Käufers noch vindiciren. Der Käufer, welcher die ihm tradirte Sache vor der Preisregulirung veräußerte oder sonst verbrachte, beging ein *furtum*.

Ist dies gemeines Recht? Man lehrt dies zwar herkömmlicherweise. Aber der praktischen Anwendung ist ein solcher Satz fremd. Niemand wird wegen Unterschlagung angeklagt oder verurtheilt, wenn er die gekaufte, ihm vom Verkäufer in das Haus gesendete Waare vor der Regulirung des Preises weiter verkauft oder verzehrt. Denn er war Eigenthümer. Der heutige Verkehr sieht in der Uebergabe der gekauften Waare regelrecht die Kreditirung der Waare, deren unbedingte Uebereignung.

Es können jedoch die Umstände des Falles ergeben, daß die Tradition nach dem Willen des Tradenten durch die Zahlung des Preises bedingt sein soll.<sup>4</sup> So gut beim Marktverkehr

1) § 41 J. de rer. div. 2, 1... *venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satis fecerit veluti expromissore aut pignore dato, quod cavetur etiam lege XII tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. sed si is, qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri, l. 19, l. 53 D. de cont. empt. 18, 1, l. 5 § 18 D. de tributaria actione 14, 4, l. 38 § 2 D. de liberali causa 40, 12, l. 20 D. de precario 43, 26, l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Erner, Tradition Beilage 2 S. 338 ff.; F. Hofmann, über das *periculum* beim Kaufe Beilage II S. 169 ff. und Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts n. III; Ad. Nissen, die kaufrechtliche Tradition 1869.*

2) Was ist der Grund des Satzes? Nach Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19<sup>a</sup> „natürliche Billigkeit“, nach anderen „Naturgesetz“, „Naturnothwendigkeit“. In Wahrheit handelt es sich um eine römische Verkehrsgewohnheit. Der Römer giebt sein Eigenthum vor der Regulirung des Preises nicht auf; der Wille des Verkäufers, erst nach derselben das Eigenthum zu übertragen, wird präsumirt. Natürlich geht aber Eigenthum über, wenn der Tradent die Zahlung oder Stundung irthümlicherweise unterstellt, z. B. weil falsches Geld gezahlt war. Denn dann war unbedingter Uebereignungswille vorhanden. Hält man die objektive Realität der *causa* nicht für erforderlich, so kann man solche folgerichtig auch nicht präsumirt. Natürlich geht aber Eigenthum über, wenn der Tradent die Zahlung oder Stundung der Zahlung oder Stundung des Kaufpreises fordern. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 1. Auflage § 81 Anm. 23, dagegen Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19<sup>a</sup>.

3) l. 8 D. de *Publiciana* in rem actione 6, 2.

4) Der römische Satz hat also heutzutage unter Umständen Anwendbarkeit; eine allgemeine Anwendbarkeit wie in Rom hat er nicht. Die Regel des modernen Verkehrs ist eine andere geworden als in Rom, und diese Regel ist maßgebend, da es sich um Auslegung der Parteiabsicht bei der Tradition handelt. Hierüber darf uns nicht täuschen, daß man allgemein die römische Regel als geltendes Recht lehrt

die dem Käufer eingehändigte Waare nur als übereignet für den Fall der Zahlung Zug um Zug; ebenso ist es in Läden, in denen sofortige Zahlung an der Kasse erwartet wird, und beim Geldwechseln, wenn Geld in der Erwartung sofortigen Herausgebens übergeben ist.<sup>5</sup>

Nicht selten kommt der besondere Vorbehalt des Eigenthumes bis zur Zahlung des Preises — *pactum reservati dominii* — vor.<sup>6</sup> Er findet sich auch neben Creditirung des Preises. Viel Streit ist darüber, ob er eine aufschiebende oder auflösende Bedingung in sich schließt. Dem Worte nach deutet Vorbehalt des Eigenthumes auf eine aufschiebende Bedingung. In diesem Sinne wird er auch im Verkehre regelrecht bei Geschäften über Mobilien aufgefaßt, z. B. beim Verkauf von Nähmaschinen und deren Tradition unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur vollen Preiszahlung. Verkauft der Käufer die Maschine vorher, so begeht er also eine Unterschlagung.<sup>7</sup> Nach dem Gebrauch zahlreicher Landschaften ist aber der Vorbehalt im Grundstücksverkehr oft als Resolutivbedingung aufzufassen. Zuweilen sieht man in ihm nur eine Hypothekbestellung.<sup>8</sup>

### § 216. Die *exceptio rei venditae et traditae*.<sup>1</sup>

In mehreren Fällen überträgt die Tradition zwar nach strengem Rechte Eigenthum nicht, hat aber gleichwohl nach Billigkeit im wesentlichen den praktischen Erfolg der Eigenthumsübertragung.

Dies wird durch die *exceptio und replicatio rei venditae et traditae* vermittelt.<sup>2</sup> Der Veräußerer gilt in diesen Fällen trotz der Tradition

und in praktischen Entscheidungen allgemein als solches citirt. Denn man wendet sie im römischen Sinne in der Praxis nicht an und kann dies auch nicht thun. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 1. Auflage S. 842 Anm. 19.

5) R.G. in Strassachen Bd. 1 S. 280.

6) Ueber das *pactum reservati dominii* vergl. Duncker im rheinischen Museum Bd. 5 n. 4 und 7, Thorsch, das *pactum reservati dominii* 1875, Wendt, Neurecht Bd. 2 S. 25 ff.

7) R.G. in Strassachen Bd. 3 S. 114.

8) Nicht richtig ist es, wenn manche, z. B. Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 18a, in dem Vorbehalt „im Zweifel“ eine auflösende, keine aufschiebende Bedingung sehen, weil es dem wahren Willen der Parteien nicht gemäß sei, daß der Käufer bis zur Zahlung des Preises kein Verfügungsrecht über die Sache habe. Häufig ist dies gerade die Absicht bei der Tradition unter dem Vorbehalt.

1) Tit. Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3. Leonhard ist die *exceptio r. v. et tr.* ein lebensfähiges Institut? in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 n. 6. Dort sind S. 184 Anm. 2 Dissertationen citirt. Vgl. auch Vangerow Bd. 1 § 334 Ziff. 3.

2) Ueber die Formel der *exceptio* siehe oben § 193 Anm. 6. Häufig wendete man *exceptio doli* an. Die Einrede steht wie dem Käufer, so auch Erwerbem auf Grund anderer Titel, z. B. einer Schenkung, zu.

als Eigenthümer und behält die vindikation. Aber der Erwerber und seine Rechtsnachfolger haben, solange sie im Besitze sind, dem Veräußerer sowie seinen Rechtsnachfolgern gegenüber die exceptio rei venditae et traditae, durch welche sie deren vindikation zurückweisen, und sie sind im Stande, wenn der Besitz an den Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger zurückgelangt, gegen sie die actio Publiciana mit Erfolg durchzuführen, indem sie die ihnen entgegengestellte exceptio domini durch replicatio rei venditae et traditae aus dem Felde schlagen.<sup>3</sup>

Die Fälle der exceptio rei venditae et traditae ordnen sich zwei Hauptkategorien unter. Bald knüpft sie sich nämlich unmittelbar an den Akt der Tradition oder gleichgestellte Ereignisse, bald tritt sie erst in Folge späterer Umstände ein:

1. In folgenden Fällen macht die exceptio rei venditae unmittelbar Mängel des Veräußerungsgeschäftes gut.

a) Der Käufer kommt zwar nicht durch Tradition im engeren Sinne, aber doch mit dem Willen des Verkäufers in den Besitz.<sup>4</sup>

b) Ein Nichteigenthümer überträgt eine fremde Sache als eigene, aber in Folge des Auftrages des Eigenthümers oder unter dessen Gewährleistung.<sup>5</sup> Diese wird namentlich darin gesehen, daß er dem Käufer wegen Eviktion Bürgschaft leistet.<sup>6</sup>

c) Ueberträgt der Eigenthümer seine Sache im Glauben sie gehöre einem Dritten, so ist zu unterscheiden:

Hat er sich persönlich zur Ueberceignung verpflichtet, z. B.

3) l. 4 § 32 D. de doli mali exceptione 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum. Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summo veretur, et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem „si non suus esset“ replicatione uteris: ac per hoc intellexeretur eum fundum vendidisse, quem in bonis non haberet. So auch l. 2 D. h. t. 21, 3. Uebrigens handelte Julian gewiß von einer Mancipation an den Maevius. Wie der Fall jetzt liegt, setzt er mehrfachen Wechsel des Besitzes voraus, wie er nur unter ganz besonderen Umständen vorkommt.

4) l. 1 § 5 D. h. t. 21, 3. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus habet exceptionem. Der Käufer kauft z. B. eine Sache dem nichtbesitzenden Eigenthümer ab und verlangt sie auf Grund der Cession der vindikation vom Besitzer. Unrichtig ist es, an Fälle zu denken, in welchen der Käufer den Besitz ohne den Willen des Verkäufers erhielt. Vgl. l. 5 D. de a. vel o. poss. 41, 2. Paulus libro 63 ad edictum... si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. Siehe ferner die bei Leonhard a. a. O. S. 187 Anm. 4 citirten Stellen.

5) l. 1 §§ 2 und 3 D. h. t. 21, 3.

6) l. 11 C. de evict. 8, 44.

als Verkaufskommissionär, so steht ihm die exceptio rei venditae entgegen.<sup>7</sup> Ist er persönlich nicht verpflichtet und übereignet er unwissentlich die eigene Sache im Namen eines anderen, so bleibt sein Eigenthumsrecht unberührt. Denn er handelt dann nur als Organ des Dritten; er spricht nicht den eigenen, sondern einen fremden Willen aus.<sup>8</sup>

2. Fälle, in welchen die ursprünglich wirkungslose Tradition nachträglich mittelst exceptio rei venditae et traditae konvalescirt, sind folgende:

a) Der Tradent veräußerte eine fremde Sache, wird aber später Eigenthümer derselben.

Der Uebereignungsakt war zwar nach strengem Rechte unwirksam. Aber Billigkeit verlangte die Konvalescenz.<sup>9</sup>

b) Der Tradent veräußerte eine fremde Sache, er wird aber von deren Eigenthümer beerbt. Die Veräußerung konvalescirt dann, so-

7) l. 49 D. mandati 17, 1. Marcellus libro 6 digestorum: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres existit erit eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est: et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emptori, neque, si rem vendidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. contra mandator si rem ab eo vindicare velit exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem. Zwei Fälle werden hier besprochen: a) Ich bin gutgläubiger Besitzer des Sklaven des Titius, Titius verkauft und tradirt seinen Sklaven als mein Mandatar, ohne sein Eigenthum zu kennen. Hier geht zwar Eigenthum nicht über, aber es steht Titius die exceptio rei venditae et traditae entgegen. b) Größere Schwierigkeiten macht der zweite Fall. Seit der Glosse — gl. dominium ad leg. 1 § 1 D. de officio proc. Caesaris l. 19 — konstruirte man ihn der Art, daß der Eigenthümer Titius jemanden herbe, welcher den Sklaven von einem Nichtteigenthümer kaufte und tradirt erhielt, und daß Titius, seines selbständigen Eigenthumes unkundig, den Auftrag gab, den Sklaven, welchen er als einen ererbten ansah, zu verkaufen. Hieraus würde sich der Rechtsatz ergeben, daß Irrthum des Uebertragenden über den Grund seines Eigenthumes den Eigenthumsübergang an sich hindern. Aber dieser Satz ist, wie Ihering mit Recht hervorhebt, unannehmbar. Ihering hat dagegen — Jahrbuch Bd. 1 S. 306 Anm. 35, Bd. 2 S. 176 ff. — folgende Erklärung gegeben. Der E. hat einen Sklaven in seinem Besitze verkauft, den er für den seinigen hält, der in Wirklichkeit aber dem Titius gehört; ehe er ihn tradirt, stirbt der Käufer und wird von Titius beerbt. Titius giebt, sein Eigenthum nicht kennend, statt sich den Sklaven abliefern zu lassen, dem E. den Auftrag, den Sklaven zu verkaufen. Hier geht Eigenthum nicht über, weil E. die eigene Sache und nicht die des Titius zu verkaufen denkt. Aber dem Titius steht die exceptio rei venditae et traditae entgegen. Verschiedene Erklärungsversuche stellt zusammen Landsberg, die Glosse des Accursius S. 124 Anm. 1.

8) l. 35 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii traderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Vgl. Bangerow Bd. 1 § 311 Anm. 3.

9) l. 1 pr. D. h. t. 21, 3, l. 2 D. eod.

weit der Erbe den Erblasser repräsentirt, durch *exceptio rei venditae et traditae*.<sup>10</sup>

Hat sich aber ein Nichteigenthümer für den Fall der Eviction der Kauffache verbürgt, und wird er von dem Eigenthümer dieser Sache beerbt, so konvalescirt die Veräußerung nicht.<sup>11</sup>

Wer durch *exceptio* und *replicatio rei venditae et traditae* geschützt war, galt zwar nicht als Eigenthümer, aber er war es der Sache nach, sein Veräußerer hatte „*nudum jus*“, den bloßen Namen des Eigenthümers. Es ist daher nicht allzu gewagt, im heutigen Rechte da Eigenthum anzunehmen, wo die Römer eine *exceptio rei venditae et traditae* eingreifen ließen. Hierin liegt nur eine vollständige Durchführung dessen, was das prätorische Recht der Römer anbahnte.<sup>12</sup>

### § 217. Veräußerungsverbote.

Veräußerungsverbote sind gesetzliche, richterliche, vertragmäßige oder testamentarische.<sup>1</sup>

1. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote spielen seit Augustus eine große Rolle.<sup>2</sup> Sie entsprachen den Anschauungen einer allmählig der Erstarrung verfallenden Gesellschaft und wurden im Laufe der Kaiserzeit immer mehr gesteigert. Allerdings wirken die meisten dieser Verbote nur temporär, sie können aber doch auf eine lange Reihe von

10) l. 1 § 1 D. h. t. 21. 3, l. 73 D. de evict. 21. 2, l. 14 C. de r. v. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8, 44. Wird der Eigenthümer Theilerbe des Veräußerers, so konvalescirt das Eigenthum zum entsprechenden Theile, l. 14 C. de rei vind. 3. 32. Wird er Beneficialerbe, so tritt die Konvalescenz nur insoweit ein, als ihm nach Berichtigung der Erbschaftsschulden etwas übrig bleibt.

11) l. 31 C. de evict. 8. 44. Die traditionelle Regel: *quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio* ist also nicht durchaus zutreffend.

12) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 206. Die Quellen billigen die *exceptio rei venditae et traditae* nur dem Abkäufer und dessen Rechtsnachfolgern zu. Hieraus läßt sich schließen, daß der Veräußerer von Dritten, die nicht Rechtsnachfolger jenes Abkäufers waren, noch vindiciren durfte. Hierin kann man eine materielle Wirkung des ihm verbleibenden Eigenthumes finden. Es ist indessen die Beziehung, welche den gegenwärtigen Besitz begründet, eine gewichtigere als die, welche ein Eigenthum herstellt, dessen sich der Eigenthümer entäußerte, und es bleibt die Frage, ob man nicht doch dem Besitzer, wenn der Fall vorgekommen wäre, durch *exceptio doli* geholfen hätte. Jedenfalls hätte der Veräußerer, welcher eine derartige Vindikation durchgesetzt hätte, die Sache seinem Abkäufer oder dessen Rechtsnachfolgern restituiren müssen. Jene denkbare Wirkung des dem Veräußerer zugeschriebenen Eigenthumes ist hiernach problematisch und fruchtlos. Die Rechtslage wird kaum geändert, wenn wir den Abkäufer als Eigenthümer ansehen.

1) Kauf, Veräußerungsverbote in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 1.

2) Vgl. Bachofen, ausgewählte Lehren 1848 n. 2—7, Fr. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote 1875.

Jahren hinaus auf dem Eigenthume lasten und damit die Freiheit des Verkehrs vollständig hemmen.

Gesetzliche Veräußerungsverbote betrafen unter anderem streitige Sachen,<sup>3</sup> Dotallimmobilien, landwirthschaftliche Grundstücke der Minderjährigen, vermachte Gegenstände. Im gemeinen Rechte wurden sie zum Theil abgeschwächt, zum Theil beseitigt, wie dies bei den einschlagenden Lehren darzulegen ist.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot macht Zuwiderhandlungen nichtig. Es steht jeder Entäußerung entgegen, welche direkt auf dem Willen der Person beruht, gegen welche sich das Verbot richtet,<sup>4</sup> insbesondere der Tradition. Aber auch die Ersetzung Dritter ist gehindert, wenn ihr durch wissenschaftliche und gewollte Zulassung dessen, gegen den das Verbot geht, Raum geschafft werden sollte.<sup>5</sup>

Die Veräußerungsverbote schließen nicht bloß die Uebertragung des Eigenthumes, sondern auch Bestellung von Hypotheken und von anderen dinglichen Rechten und selbst von Prädialservituten aus.<sup>6</sup>

Gesetzliche Veräußerungsverbote machen, wie die Veräußerung selbst, so auch das Geschäft nichtig, welches dieselbe zum Ziele hatte, insbesondere den Verkauf.<sup>7</sup><sup>8</sup>

3) Siehe oben § 155.

4) l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27, 9. Ulpianus libro 35 ad edictum: Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat. et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit.

5) Viele Schriftsteller behaupten, die gesetzlichen Veräußerungsverbote schloßen die ordentliche Ersetzung schlechthin aus. So Vangerow Bd. 1 § 317 S. 591, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 14. Dies entspricht aber nicht dem Begriffe der Veräußerung, welche einen Willensakt des Eigenthümers oder seines Vertreters fordert, und stimmt auch nicht mit den Quellen. Allerdings besagt l. 28 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum: Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Wenn aber der Bordersatz feststellt, daß eine Veräußerung auch in einer Ersetzung liegt, so zeigt der Nachsatz, daß dies nicht schlechthin der Fall ist. Aus l. 16 D. de fundo dotali 23, 5 ergibt sich bestimmt, daß nicht jede Ersetzung durch ein Veräußerungsverbot betroffen wird. Die l. 12 § 4 D. de Publ. in rem actione 6, 2 gehört nicht hierher, bezieht sich vielmehr allein auf die actio Publiciana. Demnach erachtet Fitting im Archiv für civ. Pragis Bd. 27 n. 7, Bd. 51 S. 253 nur die Ersetzung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen. Schröder a. a. D. S. 5 hat die hier vertretene Ansicht, daß bloß die gewollte Zulassung der Ersetzung als Veräußerung aufzufassen ist.

6) l. 3 § 5 D. de rebus eorum 27, 9, l. 7 C. de rebus alienis 4, 51.

7) Schröder a. a. D. S. 14, S. 171. Demgemäß kann auch der Veräußerer selbst das veräußerte vindiciren, ohne daß ihm eine exceptio rei venditae et traditae entgegengestellt werden kann, Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 8 S. 183 ff. Doch ist die Frage bestritten; siehe die bei Windscheid Bd. 1 § 172<sup>a</sup> Anm. 2 citirten. Der gutgläubige Erwerber hat Anspruch auf Schadloshaltung.

8) Die Veräußerung konnalscirt durch späteres Eintreten von Umständen, die ergeben, daß sie den Intentionen des Gesetzes, aus welchen das Verbot floß, nicht zuwiderläuft. l. 42 D. de usurp. 41, 3.

Das Veräußerungsverbot, welches gegenüber einem Miteigenthümer in Wirksamkeit tritt, berührt dessen Miteigenthümer nicht; ebensowenig betrifft es bestehende Pfandrechte.<sup>9</sup>

2. Richterliche Veräußerungsverbote haben dieselbe Kraft wie gesetzliche.<sup>10</sup>

3. Verträge, welche die Nichtveräußerung einer Sache sowie Beschränkungen des Veräußerungsrechtes ausbedingen, entbehren der dinglichen Wirksamkeit.<sup>11</sup>

Im Falle der Verletzung hat der Stipulant daher nur eine persönliche Klage gegen den Promittenten auf sein Interesse bei der Nichtveräußerung, falls er ein solches darthun kann. Der dritte Erwerber unterliegt der Klage auch dann nicht, wenn er den Vertragsbruch seines Autors kannte.<sup>12</sup>

Der Vertrag, durch welchen der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Nichtveräußerung der Pfandsache zusagt, ist jedoch ausnahmsweise dinglich wirksam und macht die vertragswidrige Veräußerung nichtig.<sup>12</sup>

4. Testamentarische Veräußerungsverbote hatten nach älterem römischem Rechte keine Kraft. Dies änderte sich aber später, wie sich im Erbrechte ergeben wird.

#### § 218. Eigenthumszuteilung durch Richterpruch.

Die Aufgabe des Richters im Streit um Eigenthum ist, das bestehende Recht zu sichern und anzuerkennen, nicht aber, neues Recht zu schaffen.<sup>1</sup>

9) l. 1 § 2 in fine D. de rebus eorum 27. 9.

10) l. 12 D. de usurp. 41. 3. l. 7 § 5 D. pro emptore 41. 4. vgl. l. 8 in fine D. de pollicit. 50, 12. C.P.C. § 817 Abf. 2.

11) Ursprünglich behandelten die Römer Verträge über Nichtveräußerung als nichtig. l. 61 D. pactis 2, 14. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Sie galten also als gegen das Wesen des Eigenthumes verstoßend. Später räumte man dem Stipulanten eine Klage auf das Interesse ein. l. 21 § 5 D. de a. e. v. 19, 1. l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45, 1. l. 9 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Hat Jemand eine Sache mit der Bestimmung verknüpft, daß sie der Käufer nicht oder nur unter gewissen Beschränkungen weiter verkaufen dürfe, und hält der Käufer das Versprechen nicht, so kann der Verkäufer gegen ihn auf den Mehrbetrag des Kaufpreises klagen, den er im Falle eines Verkaufes ohne die Auflage solcher Beschränkungen hätte erzielen können.

12) Vgl. oben § 9 Anm. 7.

1) Vgl. oben § 161 Anm. 4.

Doch kommt, wer im Eigenthumsstreite gegenüber dem Eigenthümer mit Unrecht rechtskräftig obsiegt, nahezu in die Stellung eines Eigenthümers. Denn er kann die Sache nunmehr dem Besiegten und dessen Rechtsnachfolgern entwinden und, wenn er den Besitz einmal erlangt, später aber verloren hat, auch gegen Dritte publicianisch klagen.<sup>2 3</sup>

Es giebt aber andere Fälle, in welchen der Richter zur Neubegründung von Eigenthum berufen ist.

a) Die Theilungsklagen ermächtigen ihn zur Zuthellung von Eigenthum an die Streitenden. Solche Klagen sind die *actio familiae erciscundae* unter den Miterben, die *a. communi dividundo* unter den Genossen, die *a. finium regundorum* unter den Grenznachbarn. Die Zuthellung kann so geschehen, daß der Richter die gemeinschaftliche Sache reell theilt, oder so, daß er sie einem der Theilhaber gegen Leistung einer Entschädigung an die übrigen ganz überweist. Das Eigenthum am zugetheilten entsteht mit der Rechtskraft des Urtheiles. Besitzübertragung ist nicht gefordert.<sup>4</sup> Der Erwerb ist derivativ. Denn er setzt voraus, daß die Parteien, unter denen die Theilungssache verhandelt wurde, Eigenthümer des zugetheilten Objectes waren.<sup>5</sup>

b) Der Zuschlag in der nothwendigen gerichtlichen Versteigerung begründet nach gemeinem Rechte unmittelbar Eigenthum.<sup>6</sup>

c) Ein häufiges Strafmittel des gemeinen Rechtes war die Konfiskation, d. h. Anfall des Eigenthumes einer Sache an den Fiskus von Rechtswegen, in Folge eines Delictes mit dessen Begehen.<sup>7</sup> Die Strafgesetze des Reiches kennen als Strafmittel statt Konfiskation nur die Einziehung, d. h. Zuthellung des Eigenthumes an den Fiskus durch Strafurtheil. Der Einziehung unterliegen die

2) Vgl. l. 3 § 1 D. de Publiciana in rem act. 6, 2. Daß das Urtheil Erziehungstitel ist, darüber vergleiche unten §. 220.

3) Würde der mit der Bindfation obsiegende auf die Geltendmachung des rechtskräftigen Urtheils verzichten, so blieben dem Besiegten alle seine Rechte. Hieraus ergibt sich, daß das unrichtige rechtskräftige Urtheil den Sieger nicht zum Eigenthümer macht, wie sehr sich auch seine Stellung derjenigen eines Eigenthümers nähert.

4) § 7 J. de officio iudicis 4, 17.

5) l. 17 D. de usurp. 41, 3.

6) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 263 Anm. 16 und dort citirte; Stobbe, deutsches Pr. Recht Bd. 2 § 92 Anm. 1.

7) l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4. Ulpianus libro 8 disputationum: Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit dominumque rei vectigali acquiritur: ea propter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem sic et adversus heredem competit.

durch das Vergehen hervorgebracht und die dabei unmittelbar benutzten Objekte. Sie ist in der Regel vom Ermessen des Richters abhängig,<sup>8</sup> in einigen Fällen gesetzlich geboten.<sup>9</sup> Regelmäßig ist sie durch das Eigenthum des Verurtheilten am einzuziehenden Objekte bedingt, bei gewissen Vergehen, z. B. bei Feilhalten verfälschter oder verdorbener Nahrungsmittel, tritt sie hiervon unabhängig ein.<sup>10</sup>

## V. Die Erziehung.<sup>1</sup>

### § 219. Begriff und Geschichte der Erziehung.

Erziehung ist Eigenthumserwerb durch einen die gesetzliche Zeit hindurch fortdauernden Besitz.<sup>2</sup>

So definiren noch die späteren römischen Juristen die Erziehung und treffen hiermit den Kern des Institutes. Denn die Grundlagen der Erziehung bildet nicht, wie manche neuere vermeinen, der Titel, nicht der gute Glaube. Diese Anforderungen sind erst in verhältnismäßig später Zeit von den Römern gestellt worden, damit die Erziehung nicht zum Schaden der Ehrbarkeit und guter Sitte übertriebene Geltung gewinne. Der Grundgedanke der Erziehung ist vielmehr, daß die Zeit den Besitz zum Rechte erhebt.<sup>3</sup>

8) Strafgesetzbuch § 40. Die bezüglichlichen Gegenstände sind bereits in der Voruntersuchung in Verwahrung zu nehmen oder sonst sicher zu stellen, Strafprozeßordnung §. 94.

9) Vgl. z. B. Strafgesetzbuch § 152, § 295.

10) Strafgesetzbuch § 295, § 367 letzter Abßatz.

1) Tit. Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41. 3. Unterholzner Verjährungslehre 1827, 2. Auflage bearbeitet von Schirmer 1858. Vgl. Schirmer, die Grundidee der Usucapion 1855 und dessen Aufsätze über bona fides und justus titulus in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 15 n. 7 und 9, Bd. 16 n. 1.

2) l. 3 D. de usurp. 41. 3. Modestinus libro 5 pandectorum: Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti, d. h. das Eigenthum tritt dem Besitz hinzu. Modestinus hat seinen Lehrer ausgeschrieben. Ulpiani fragmenta XIX § 8: Usucapio est domini adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. Aber auch Ulpian war schwerlich der erste, welcher diese Definition formulirte.

3) Der Besitz, sagt Schirmer, Grundidee der Usucapion S. 39 mit Recht, ist die Grundlage der Erziehung. Damit ist natürlich nur der Besitz gemeint, welcher längere Zeit dauerte. Daher ist Schirmers Auffassung derjenigen von Stinking, das Wesen der bona fides S. 6, nahe verwandt, daß die Erziehung einen Zustand wegen seiner Dauer zum Rechte erhoben hatte, daß die Zeit in ihr das rechtserzeugende Element bilde. Brinz betrachtet Bd. 1 § 153 den gutgläubigen Besitz als die Grundlage der Usucapion, und Scheurl, Beiträge Bd. 2 Heft 1 S. 29 ff. will das Hauptgewicht auf den Titel legen. Hiergegen spricht: a) die 12 Tafeln maden den Besitz, aber keineswegs den gutgläubigen oder den titulirten Besitz zur Grundlage der Erziehung; b) noch in der Kaiserzeit herein ragen Fälle der Erziehung ohne bona fides, nämlich die usucapio pro herede und die usureceptio, über welche

Die heidnische Kaiserzeit kannte zwei Erziehungsinstitute, die *usucapio* und die *longi temporis praescriptio*.

1. Schon die 12 Tafeln regelten die *usucapio*. Sie bestimmten in allgemeinsten Weise, daß Grundstücke binnen 2 Jahren, die übrigen Objekte binnen 1 Jahre eressen würden.<sup>4</sup> Gestohlene Sachen waren schon in den 12 Tafeln ausgenommen. Ob bloß zum Nachtheile des Diebes oder auch Dritter muß hier dahingestellt bleiben.

So rasche und so allgemeine Erziehung war zu ertragen, so lange die Römer in einem mäßigen Gebiete zusammenfaßen. Mit der Ausdehnung des Staates und dem Wachsen des Volkes trat die Nothwendigkeit ein, Schranken zu ziehen.

Zunächst geschah dies dadurch, daß man zahlreiche Objekte der Erziehung entrückte. Die *lex Atinia* insbesondere entzog die *res furtivae* schlechthin der Erziehung, solange sie nicht in die Gewalt ihres Eigenthümers zurückgekehrt waren,<sup>5</sup> die *lex Plautia* bestimmte ähnliches bezüglich der *res vi possessae*. Es gehört in diesen Zusammenhang, daß eine *lex Scribonia* die Erziehung von Servituten geradezu aufhob.<sup>6</sup>

Dann forderte man zur Erziehung einen Titel des Erziehenden, d. h. Thatfachen, welche seinen Besitzerwerb äußerlich rechtfertigen.

Und schließlich verlangte das feiner ausgebildete humane Rechtsgesühl auch *bona fides* des Erziehenden.

2. Die *Usucapion* stand als civiles Institut nur Römern offen, und es unterlag ihr nur, was des *quiritarischen* Eigenthumes fähig war.

Als Surrogat führte man bezüglich der Provinzialgrundstücke und behufs der Sicherung des Erwerbes von Mobilien durch *Peregrinen* die *longi temporis praescriptio* ein.<sup>7 8</sup> Sie verlangte

Gaj. Inst. II § 52 ff. zu vergleichen ist; die Unerstzbarkeit zahlreicher Objekte ist vollständig nur verständlich, wenn wir annehmen, daß sie einer Zeit angehört, in welcher die *bona fides* noch kein Erforderniß der Erziehung war. Vgl. Dernburg, Preuß. Pr. Recht Bd. 1 § 173 Ziff. 5, Pernice, Labeo Bd. 2 S. 156. Daß die *Usucapion* ursprünglich *bona fides* nicht forderte, vertheidigte besonders, Stintzing *bona fides* S. 8 ff. Vgl. Dernburg, kritische Zeitschrift Bd. 3 S. 149, Krüger zu Puchta's Institutionen Bd. 2 S. 208, Pernice, Labeo Bd. 2 S. 152 Anm. 1.

4) Cicero pro *Caecina* cap. 4 spielt auf die Worte der 12 Tafeln in folgenden Wendungen an: *usus auctoritas fundi biennium est... caeterarum rerum omnium annuus est usus*, vgl. Cicero pro *Caecina* cap. 19. Ueber die Fassung des bezüglichen Passus der 12 Tafeln siehe Danz, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 122 ff., Pernice, Labeo Bd. 2 S. 152.

5) Gaj. Inst. II § 45. Gellius *noctes atticae* XVII, 7. Ueber die Zeit der *lex Atinia* vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 158 Anm. 18, siehe auch unten Anm. 9 ff.

6) l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3.

7) Die *praescriptio longi temporis* wird in den Kommentaren des *edictum perpetuum* nicht erwähnt. Lenel, *edictum perpetuum* S. 403. Sie stammt wohl aus den Provinzialedikten.

8) Der *praescriptio longi temporis* bei Mobilien gedenken l. 3 und l. 9 D. de div. temp. praescr. 44, 3, ebenso l. 1 C. de fugitivis 6, 1.

ruhigen Besitz 10 Jahre hindurch inter praesentes, d. h. wenn die Betheiligten in derselben Provinz wohnten, und 20 Jahre hindurch inter absentes, d. h. wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten. Sie war zunächst Einrede, aber man gab dem Präskribenten auch eine Klage, wenn er den Besitz nach Vollendung der Zeit verloren hatte.<sup>9</sup> Demzufolge begründete sie das an Provinzialgrundstücken mögliche Eigenthum.<sup>10</sup> Die Rechtsätze der Usucapion wurden zum großen Theile auf die longi temporis praescriptio übertragen. Die Zurechnung des Besitzes des Vorgängers auf den Nachfolger bildete sich jedoch bei der longi temporis praescriptio mit ihren längeren Fristen zuerst aus.

Im oströmischen Reiche gestaltete sich das Ersitzungsrecht folgender Art. Mobilien wurden schlechthin durch usucapio erworben, da alle Unterthanen als Römer galten, die Immobilien aber, welche altes Provinzialland waren, erfaß man durch longi temporis praescriptio. Dies natürlich abgesehen von denjenigen Grundstücken, welche das Privilegium des jus Italicum hatten und deshalb der Usucapion fähig waren.

Durch eine Verordnung vom Jahre 531 bildete Justinian usucapio und longi temporis praescriptio zu einem einheitlichen Institute,<sup>11</sup> indem er jeden Unterschied zwischen ihnen verwarf.<sup>12</sup> Dennoch treten im justinianischen Gesetzeswerke noch einige Verschiedenheiten, welche zwischen den beiden Instituten früher bestanden, hervor. Es ist in solchen Fällen diejenige Rechtsnorm als maßgebend anzusehen, welche dem Gesamtcharakter des Institutes und den allgemeinen Principien des Rechtes am meisten entspricht. Nicht richtig ist es, wie einige thun, der alten usucapio oder, wie andere wollen, der alten praescriptio als solcher den Vorzug zu geben oder gar, wie die Glosse lehrte, die Sätze der usucapio auf Mobilien, die der praescriptio auf Immobilien zu beziehen.<sup>13</sup>

9) Justinian versichert dies ausdrücklich in der l. 8 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Es besteht kein Grund, seine Angabe zu bezweifeln. Einer actio utilis gedenkt die l. 13 § 1 D. de iurejurando 12, 1. Anderer Ansicht ist u. a. Grueber, Einfluß der Eigenthumsfrage auf die Ersitzung 1875 S. 30.

10) Vgl. oben § 193 Ziff. 2.

11) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

12) l. un. C. cit. . . sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

13) Die Glosse nahm an, es beständen im justinianischen Rechte zwei Institute nebeneinander fort, nämlich die usucapio für Mobilien als eigentliche Ersitzung und die longi temporis praescriptio für Immobilien als Quasiersitzung, vgl. Landsberg

Schon im Jahre 528 hatte Justinian gutgläubigen Erwerbem des Besitzes, welche die Einrede der 30- oder 40-jährigen Verjährung gegen die Eigenthumsklage erworben hatten, im Falle des Besitzverlustes eine vindikation zugetheilt.<sup>14</sup> Er bildete sie damit zum Erwerbe des Eigenthumes um. Dies nennt man außerordentliche Ersizung, im Gegensatze zu der auf Grund der usucapio gebildeten ordentlichen Ersizung. Die außerordentliche Ersizung bleibt jedoch im folgenden zunächst außer Betracht, da sie auf einer eigenartigen Grundlage beruht. Wir bezeichnen daher die gewöhnlich sogenannte ordentliche Ersizung als Ersizung schlechthin.

### § 220. Erfordernisse der Ersizung.

Die Ersizung des justinianischen Rechtes fordert Besitz während der gesetzlichen Zeit, ferner eine ersizungsfähige Sache und endlich Erwerb auf Grund eines Titels und in gutem Glauben.<sup>1</sup>

1. Die Grundlage ist Eigenthumsbesitz<sup>2</sup> einer Sache oder eines ideellen Theiles derselben<sup>3</sup> während der Ersizungszeit.

Es giebt Fälle, in welchen man ersizt, obgleich man juristischen Besitz, d. h. Interdiktenbesitz, nicht hat. Insbesondere ersizt der Verpfänder, welcher seine Sache zum Faustpfand giebt, obgleich ihm der juristische Besitz fehlt, solange sie der Pfandgläubiger besitzt.<sup>4</sup>

Wer ferner Materialien, die er im Ersizungsbesitze hat, in sein Haus verbaut, verliert zwar den besonderen Besitz an ihnen, aber die Ersizung vollendet sich gleichwohl, da er die Sache thatsächlich in der Gewalt behält.<sup>5</sup> Sa die Ersizung läuft beim Tode des Besitzers fort,

die Glosse C. 147. Die Ansicht der Glosse vertheidigte neuerdings noch Smeaux, die usucapio und longi temporis praescriptio, Gießen 1835. — Donellus comm V. 4 §§ 8 ff. verstand Justinian dahin, daß unter Abschaffung der usucapio nur die praescriptio stehen blieb. — Bangerow Bd. 1 § 316 betrachtet die usucapio als die Grundlage, welche nur durch mehrere Sätze der praescriptio modificirt wurde.

14) l. 8 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39 III Id. Dec. a. 528.

1) Ein alter Denkvers formulirt die Erfordernisse der Ersizung: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

2) l. 25 D. de usurp. 41, 3. Licinius Rufinus libro 1 regularum: *Sine possessione usucapio contingere non potest, l. 13 pr. D. eod. Paulus libro 5 ad Plautium. Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.*

3) l. 4 § 1 D. pro emptore 41, 4, l. 26 D. de a. vel a. p. 41, 2.

4) l. 16 D. de usurp. 41, 3, l. 1 § 15 D. de a. vel. a. poss. 41, 2.

5) Vgl. oben § 176 Anm. 6.

ſolange ſich kein Dritter in den Beſitz ſetzt, die Sache alſo in der Sphäre der Erbschaft bleibt.<sup>6 7</sup>

2. Die Sache muß erſitzungsfähig ſein.

Was des privaten Eigenthumes unfähig iſt, kann nicht erſeſſen werden.<sup>8</sup> Aber auch zahlreiche Objekte, die im Privateigenthume ſtehen, ſind der Erſitzung entzogen.

a) Erſitzungsunfähig ſind geſtohlene Sachen — *res furtivae* —, ſolange ſie nicht in die Gewalt ihres Eigenthümers zurückgekehrt ſind.<sup>9</sup> Nicht erſitzbar iſt daher die geſtohlene Sache in der Hand gutgläubiger Beſitzer, ſelbſt dann, wenn ſie die Sache nicht vom Diebe oder deſſen Nachfolgern erhielten.<sup>10</sup> Die Rückkehr in die Gewalt des Beſtohlenen genügt nicht zur Aufhebung des Makels — *vitium* — der Furtivität; die geſtohlene Sache muß vielmehr an ihren Eigenthümer zurückgelangen.<sup>11</sup> Rückkehr in die Gewalt liegt vor, wenn der Eigenthümer die Sache, wiſſend daß ſie die ſeine ſei, ſo erhält, daß ſie ihm nicht poſſeſſoriſch abgetritten werden kann.<sup>12</sup> Es genügt

6) l. 40 D. de usurp. 41, 3.

7) Siehe überhaupt Bekker, Recht des Beſizes S. 70.

8) l. 9, l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3.

9) Natürlich iſt der römische Begriff des Diebſtahls zu Grunde zu legen, welcher Diebſtahl und Unterſchlagung und außer *furtum rei* auch *f. usus* und *f. possessionis* umfaßt.

10) Die Früchte geſtohlener Sachen ſind *furtiv*, wenn ſie von dem Diebe oder einem bösgläubigen Beſitzer gemonnen oder doch veräußert werden. Beſitzt ein gutgläubiger Beſitzer die geſtohlene Sache, ſo wird er Eigenthümer der Früchte, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3. Ueber l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2 vgl. oben § 205 Anm. 13. Bezüglich der Furtivität des Kindes einer geſtohlenen Sklavin gingen die Anſichten der römischen Juristen auseinander. Die Streitfrage iſt hier nicht zu verfolgen. Vgl. May Beer, über die Erſitzbarkeit von Erzeugniſſen 1884.

11) l. 4 § 6 D. de usurp. 41, 3. *Quod autem 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, igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.* Die Lehre von der Furtivität wurde von den römischen Juristen, weil ſie als bloß poſitiv galt, mit kaſuiſtiſchem und formalistiſchem Scharſinne behandelt. Nicht *furtiv* wird die Sache, wenn ſie der Eigenthümer dem Faupfandgläubiger entwendet, denn ſie kehrt zum Eigenthümer zurück, l. 4 § 21 D. de usurp. 41, 3. *furtiv* aber wird ſie, wenn der Eigenthümer dadurch ein *furtum* gegen den Hypothekar begeht, daß er die ſpeciell verhypothecirte Mobile verkauft; denn in dieſem Falle kehrt ſie nicht zum Eigenthümer zurück, ſondern geht von ihm fort, l. 6 C. de usucap. pro emptore 7, 26. Arndts § 162 Anm. 3 c will dieſe Erklärung nicht gelten laſſen, weil ſie „*mera supilitas*“ ſei; aber die Juristen behandelten eben die Lehre im Sinne bloßer Subtilität. Daher wird die Sache auch *furtiv*, wenn ſie der gutgläubige Nicht-eigenthümer dem Gläubiger entwendet, dem er ſie zum Pfande gab; denn ſie gelangt dann nicht an ihren Eigenthümer, l. 49 D. de usurp. 41, 3. Vgl. unten Anm. 14.

12) l. 4 §§ 12 und 25 D. de usurp. 41, 3, l. 41 D. eod.

aber auch, daß der Eigenthümer in der Lage ist, sich die Sache durch vindikation zurückzverschaffen.<sup>13</sup>

b) Gewaltfam in Besitz genommene Immobilien sind so lange der Erfsizung entzogen, bis sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückkommen.<sup>14 15</sup>

c) Gleiches gilt für das von Beamten erpreßte.<sup>16</sup>

d) Streitige Grenzen unterliegen nur der 30 jährigen Verjährung.<sup>17</sup>

e) Unerfsizbar sind Sachen des Staates,<sup>18</sup> des Regenten,<sup>19</sup> die Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen.<sup>20 21</sup>

f) Endlich sind Sachen der Minderjährigen unerfsizbar.<sup>22</sup>

13) l. 215 D. de V. S. 50, 16.

14) Dies Erfsizungsverbot gehört der *lex Plautia de vi an.* — Die Auslegung des Gesetzes — l. 4 §§ 22—28 D. de usurp. 41, 3 — war äußerst subtil. Beispielsweise gilt es nicht als *vi possessum*, wenn man sich in Abwesenheit des Besitzers in den Besitz setzt und ihn dann an der Rückkehr in seine Sache verhindert, l. 4 § 27 cit., siehe noch l. 33 § 2 D. eod. Ueber l. 6 § 3 D. de precario 43, 26 gehen die Ansichten auseinander, vgl. Bangerow Bd. 1 § 317 S. 388.

15) Die nov. 119 cap. 7 schließt die Erfsizung in der Hand des ersten Erwerbers vom *malae fidei possessor* aus, weil er keine rechte *bona fides* habe, vorausgesetzt, daß der Eigenthümer die Veräußerung an ihn nicht kannte. Viele, z. B. Bangerow Bd. 1 § 317 S. 590, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 8, behaupten, daß nach dem „Geiste“ der Verordnung Justinians Immobilien, welche durch einen unredlichen Besitzer veräußert wurden, überhaupt „unerfsizbar“ würden. Aber der Grund Justinians — der Verdacht der *mala fides* — besteht bei späteren Erwerbem nicht mehr. Die singuläre Bestimmung zu erweitern und zur Ausschließung der Erfsizung zu steigern, ist ebenso principwidrig wie unzweckmäßig.

16) l. 8 D. de lege Julia repetundarum 48, 11, l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

17) l. 6 C. fin. reg. 3, 39.

18) Dies war altrömisches Verfassungsrecht. Vakante Erbschaftssachen werden erst unerfsizbar, wenn Schritte geschehen sind, um sie dem Fiskus zuzueignen, l. 18 D. de usurp. 41, 3.

19) l. 1, l. 2 C. ne rei dominicae 7, 38.

20) nov. 111 cap. 1, nov. 131 cap. 6, cap. 8 X. de praescr. 2, 16.

21) Ob auch Sachen der Städte — abgesehen von den öffentlichen, l. 9 D. de usurp. 41, 3 — unerfsizbar seien, ist bestritten. — Ein derartiges Erfsizungsverbot ist nicht nachweisbar, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 5, dagegen freilich Bangerow Bd. 1 § 317 Anm. A 4.

22) Auch dies ist bestritten. Die alte *usucapio* lief auch bezüglich der Sachen der Pupillen, l. 2 D. de eo qui pro tutore 27, 5, Restitution wurde aber gegen sie erteilt, l. un. C. si adversus usuc. 2, 35, dagegen lief die *longi temporis praescriptio* gegen Minderjährige nicht, l. 3 C. quibus non obijciatur 7, 35. Was gilt in dieser Hinsicht für das justinianische Erfsizungsrecht? Gewiß das Recht der *longi temporis praescriptio*. Bestimmt doch Justinian in der l. 5 C. in quibus causis in integrum 2, 40... in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant eas ipso jure non currere... videlicet exceptionibus XXX et XXXX annorum in suo statu remanentibus. Der justinianische Sprachgebrauch bezieht die „temporales exceptiones“ auch auf die Erfsizung, l. 30 § 2 C. de jure dot. 5, 12. Vgl. l. 2 § 1 C. de annali exceptione

3. Die Erfizung fordert weiter einen Titel,<sup>23</sup> d. h. Vorgänge, welche den Erwerb des Eigenthumsbesizes als rechtmäßig erscheinen lassen.<sup>24</sup>

Vornehmlich gelten als Titel Rechtsgechäfte, und zwar theils zweiseitige, wie Kauf — *titulus pro emptore* —, Schenkung — *pro donato* —, Vossbestellung — *pro dote* —, an welche sich eine Tradition anschließt, theils einseitige, insbesondere Vermächtnisse, welche zum Besizerwerbe führen.<sup>25</sup>

Daneben giebt es aber auch Titel anderer Art. Wichtig ist der Titel *pro herede*, wenn man Nachlasssachen eines Verstorbenen wie sein Erbe in Besitz nimmt.<sup>26</sup> Anerkannt ist ferner der Titel *pro derelicto*, d. h. die Vornahme der Dereliktion einer Sache durch einen Nicht eigenthümer, in Folge deren man okkupirt und uskupirt.<sup>27</sup>

Die ältere Jurisprudenz behandelte Rechtsgechäfte nur dann als Erfizungstitel, wenn sie rechts gültig abgeschlossen waren, so daß der Fehler bloß in dem mangelnden Rechte des Verkäufers oder sonstigen Autors lag. Die Kaiserzeit hielt hieran nicht fest. Sie er-

7, 40. So Arndts, *civ. Schriften* Bd. 1 n. 14, Band. § 162 Anm. 1; dagegen betrachtet Vangerow Bd. 1 § 317 Anm. A 5 die Regel der alten *usucapio* für die *justinianische* Erfizung auch hier als maßgebend.

23) Ueber den Erfizungstitel vergl. die eingehenden und sorgfältigen Untersuchungen von Jitting im Archiv für *civ. Praxis* Bd. 51 n. 1 und 15, Bd. 52, Bd. 52 n. 1, 9 und 16, ferner Bernhöft, *titulus justus* und *titulus putativus* 1873, sowie der Besiztitel im römischen Rechte 1875. Bei Jitting a. a. O. Bd. 51 S. 2 und 3 finden sich Litteraturnachweise.

24) Die früher gewöhnliche Definition, „Titel sei ein zur Verschaffung des Eigenthumes an sich, d. h. abgesehen von einem im besonderen Fall entgegenstehenden Hindernisse, geeigneter Erwerbsgrund“ — vgl. Arndts § 159 —, wurde in neuerer Zeit als vag und unzutreffend nicht ohne Grund bekämpft. So namentlich von Stinzing, *bona fides* und *titulus* S. 97, Jitting a. a. O. Bd. 51 S. 5. Die meisten halten daran fest, daß der Titel eine „Erwerbsthatsache“ sei — vgl. Windscheid Bd. 1 § 178 — oder ein „Erwerbsgrund“, wie namentlich Brinz Bd. 1 § 158 sagt. Doch der *titulus pro derelicto* stimmt hiermit nicht. Denn die Dereliktion einer Sache durch den bisherigen Besizer kann wohl eine Okkupation rechtfertigen, ein Erwerbsgrund ist sie offenbar nicht. Den Sinn, welchen die Römer mit Erfizungstitel verbunden, haben Stinzing a. a. O. S. 124 und Schirmer in Lindes Zeitschrift n. J. Bd. 16 S. 3 ff. getroffen. Hiernach ist Titel der äußere Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworben erscheinen läßt. Es ist aber wohl zu bemerken, daß die römische Jurisprudenz die Entscheidung über die Frage, ob genügende Thatsachen dieser Art vorhanden seien, nicht der richterlichen Beurtheilung im einzelnen Falle überließ, vielmehr ein für allemal schematisch festzustellen suchte, welche Thatsachen ausreichen. Dies gab der Lehre des Titels ein kasuistisches Gepräge.

25) Vgl. Tit. *Dig. pro emptore* 41, 4, *pro donato* 41, 6, *pro legato* 41, 8, *pro dote* 41, 9. Den *titulus pro soluto* erwähnt l. 46 D. *de usurp.* 41, 3, den *titulus pro transactione* l. 8 C. *de usucapione pro emptore vel transactione* 7, 26.

26) Das nähere gehört in das Erbrecht.

27) Vgl. l. 1 ff. D. *pro derelicto* 41, 7.

achtete vielmehr auch bloß thatsächlich abgeschlossene aber nichtige Geschäfte, z. B. Verkäufe eines Wahnsinnigen, als ausreichende Titel.<sup>28</sup> Anstatt des wahren Titels begnügte man sich auch mit einem gerichtlichen Eide<sup>29</sup> oder einem rechtskräftigen Urtheile,<sup>30</sup> welche die Existenz eines Erwerbsgeschäftes als wahr erscheinen lassen.

Schließlich behandelte man alle Vorkommnisse, welche die Meinung eines Rechtsgeschäftes in probabler Weise begründen können, als genügend, z. B. die unrichtige Mittheilung eines Stellvertreters über den Abschluß eines Erwerbsgeschäftes. Die neueren bezeichnen solche Titel als Putativtitel.<sup>31</sup>

4. Ein letztes Erforderniß ist guter Glaube. Man muß sich zur Erlangung der Sache für befugt gehalten haben.<sup>32</sup>

28) l. 13 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4.

29) l. 13 § 1 D. de iurejurando 12, 2. Julianus ait eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.

30) Ueber die Frage, ob das rechtskräftige Urtheil einen Erfindungstitel abgibt, gehen freilich die Ansichten weit auseinander. — Dagegen ist Bangerow 7. Aufl. Bd. 1 § 320 Anm. 3, dafür u. a. Arnolds § 159, siehe dort weitere Litteratur, Brinz Bd. 1 § 159 und im Grunde trotz scheinbarer Opposition Windscheid Bd. 1 § 179 a. Ende.

31) Seit man zur Usucapion bona fides verlangte, konnte man von den strengen Anforderungen, die man ursprünglich an den Titel machte, nachlassen. Aber Celsus erhob sein gewichtiges Wort dagegen, daß man das Requisite des Titels völlig verflüchtige, also von jedem objektiv greifbaren Momente absehe, l. 27 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Celsus libro trigentesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse: nihil referre emerit nec ne donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Sehr viel larger war Neratius libro 5 membranarum l. 5 D. pro suo 41, 10. Usucapio rerum — etiam ex aliis causis concessa interim — propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut ejus, cuius in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. Julian, obgleich Neratius nahe stehend, accentuirt doch, daß Thatsachen darzuthun seien, l. 11 D. pro emptore 41, 4. Africanus libro 7 quaestionum: Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset persuaserit ei se emisse et ita tradiderit magis esse, ut usucapio sequatur. Die vermittelnde Auffassung Julian's ist als die maßgebende anzusehen. Die Ansichten der Juristen, von denen Entscheidungen in das corpus juris aufgenommen wurden, waren freilich sehr verschieden. Vgl. auch l. 9 D. pro legato 41, 8.

32) Vgl. oben § 194. Ein besonderer Nachweis des guten Glaubens ist nicht zu führen; er wird unterstellt, solange der böse Glaube nicht dargethan wird. Dies ist althergebrachte anerkannte Praxis. Wächter, bona fides S. 45.

Die älteren römischen Juristen forderten guten Glauben beim Abschlusse des Kaufgeschäftes, Sabinus und Cassius dagegen im Augenblicke der Uebergabe. In das justinianische Recht ging die Ansicht über, daß beim Kaufe guter Glaube in beiden Momenten, also zur Zeit des Geschäftschlusses und zur Zeit der Tradition vorhanden sein müsse. Beim Erwerb aus anderen Gründen genügt der gute Glaube zur Zeit der Besitznahme.<sup>33</sup>

So lange man von einem Besitzerwerbe für uns nichts weiß, ist man weder in gutem noch in bösem Glauben. Demnach kann die Erfizung erst beginnen, wenn man den Besitzerwerb, welchen Dritte für uns machten, kennen lernt und nun für rechtmäßig hält.<sup>34</sup> Haben Dritte jedoch ein allgemeines Mandat, uns zu vertreten, so ist der gute Glaube der Vertreter als maßgebend anzusehen.<sup>35</sup>

Der gute Glaube muß sich auf entschuldbaren Irrthum stützen. Rechtsirrtum wird nicht berücksichtigt.<sup>36</sup>

Nach kanonischem Rechte muß der gute Glaube während der ganzen Erfizungszeit vorhanden sein, doch schaden bloße Zweifel, die dem Besitzer an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes kommen, nicht.<sup>37</sup>

33) Da die a. Publiciana dem Zustand, „qui bona fide emit“, l. 7 § 11 D. de Publiciana 6, 2, vgl. auch oben § 194 Anm. 76, so mag dies Veranlassung gegeben haben, auch bei der Usufapion bona fides zur Zeit des Kaufes zu fordern. Dagegen entschieden sich Sabinus und Cassius, dafür „traditionis initium spectandum“, l. 10 pr. D. de usurp. 41, 3. und dies war auch die Meinung Papinians, l. 44 § 2 D. eod. „etsi possessionis non contractus initium quod ad usucapionem pertinet inspicit placet.“ Bei der a. Publiciana blieb indessen geboten, beide Momente zu berücksichtigen, da man von dem Momente des Kaufes nach der Bestimmung des Edictes nicht absehen konnte, l. 7 §§ 16 und 17 D. de Publiciana in rem a. 6, 2. Analog glaubten viele Juristen — insbesondere Paulus — auch bei der Usufapion bona fides in beiden Momenten fordern zu müssen, l. 2 pr. D. pro emptore 41, 4, l. 48 D. de usurp. 41, 3. vgl. l. 15 § 3 D. de eod. Diese Auffassung ist als die maßgebende zu erachten. Die von anderer Ansicht ausgehenden Stellen lassen sich ihr, wenn auch mit einigem Zwang, unterordnen. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß der Kauf als der Beginn des Veräußerungsgeschäftes erscheint, vgl. oben § 214 Anm. 5. Windscheid Bd. 1 § 177 will den Satz auf jedes Rechtsgeschäft ausdehnen, bei welchem, wie im Kauf, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet sei. Die Litteratur giebt Windscheid a. a. D. Anm. 1 an.

34) l. 47 D. de usurp. 41, 3. l. 49 § 2 D. de a. vel a. p. 41, 2. l. 1 C. de adq. vel am. poss. 7, 32. Es beginnt daher die Erfizung erst von der Genehmigung an, wenn ein unbeauftragter Geschäftsführer für uns Besitz erwirbt.

35) Die Römer nahmen dies nur beim Erwerbe von Hausuntergebenen „ex causa peculiari“ an, l. 2 §§ 10 ff. D. pro emptore 41, 4. Wir müssen den Satz in Folge der weiteren Entwicklung der Stellvertretung auf Generalmandatäre übertragen.

36) l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3. vgl. oben § 87 Anm. 10.

37) cap. 20 X. de praescriptionibus 2, 26, oben § 149 Anm. 2 abgedruckt.

## § 221. Vollendung der Erſizung.

Die Erſizung vollendet ſich bei Mobilien in 3 Jahren, bei Immobilien in 10 oder 20 Jahren.<sup>1</sup> Hat nämlich der Uſucapient eines Immoblie ſeinen Wohnſitz in derſelben Provinz wie der Eigenthümer — inter praesentes —, ſo ſind 10, hat er ihn in einer anderen Provinz — inter absentes —, 20 Jahre erfordert.<sup>2</sup> Als Provinz gilt derzeit der Bezirk des Oberlandesgerichtes. Die Zeit iſt ſtets eine jährige. Ein einzelnes Jahr auswärtigen Wohnens iſt den 10 Jahren zuzurechnen,<sup>3</sup> je 2 Jahre gelten gleich einem Jahre der Abweſenheit. Auswärtiger Wohnſitz unter einem Jahre wird nicht beachtet.<sup>4 5</sup>

Es kann ſowohl Succession in die Erſizung, als Accession eintreten.<sup>6</sup>

a) Der Erbe und wer an Erbeſtatt iſt, ſuccedirt in die Erſizungslage ſeines Erblassers.<sup>7</sup> Er beginnt alſo keine neue Erſizung, er ſetzt ununterbrochen die alte fort.

Der vom Erblasser begonnene Erſizungsbeſitz lief daher nach römiſchem Rechte weiter, auch wenn der Erbe in böſem Glauben war. Nach kanoniſchem Rechte darf der Erbe zwar nicht geradezu in böſem Glauben ſein, aber bloße Zweifel deſſelben an der Rechtmäßigkeit des Beſizes hindern die Fortſetzung der Erſizung ſo wenig, wie wenn ſie beim Erblasser eingetreten wären.

1) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

2) l. 12 C. de praeser. longi temporis 7, 33. Es kommt nicht darauf an, ob die Sache in derſelben Provinz liegt, in welcher der Eigenthümer wohnt. — Nur das Domicil iſt zu beachten, nicht bloßer, wenn auch andauernder Aufenthalt auswärts.

3) nov. 119 cap. 8.

4) Böding, Pand. Bd. 2 § 148 Anm. 5, dagegen Windscheid Bd. 1 § 180 Anm. 3.

5) Die Erſizungszeit iſt tempus continuum (l. 31 § 1 D. de usurp. 41, 3 iſt mangelhaft interpolirt). Sie wird civiliter berechnet, Beginn des letzten Tages genügt, vgl. oben § 89 Anm. 8. Die Regel der Praetifer olim et hodie possessor, semper possessor iſt zwar keine bindende Präſumtion, macht ſich aber als faktiſche Vermuthung je nach den Umſtänden geltend.

6) Denzinger, die accessio possessionis 1842; Brinz Bd. 1 § 162. Mehrere Stellen, welche von dem Zusammenrechnen im interdictum utrubi handelten — vgl. oben § 185 Anm. 9 —, inſbefondere l. 13 D. de a. vel a. poss. 41, 2 und l. 14 D. de div. temp. praeser. 44, 3, ſind in die Compilation aufgenommen. Auf die Erſizung paſſen ſie zum großen Theile nicht.

7) l. 43 pr. D. de usurp. 41, 3, l. 30 pr. D. ex quibus causis 4, 6, l. 2 § 19 D. pro emptore 41, 4.

Hatte der Erblasser wegen bösen Glaubens keinen Erziehungsbefiz, so läuft auch dem gutgläubigen Erben keine Erziehung, weil er in die Fehler seines Erlassers succedirt.<sup>8</sup>

Bei der Zusammenrechnung der Besitzzeit des Erblassers und des Erben ist die Zeit der ruhenden Erbschaft mitzuzählen, ja die Erziehung kann sich in dieser Zeit vollenden.<sup>9 10</sup> Vorausgesetzt ist, daß sich nicht ein Dritter inzwischen in den Besitz gesetzt hat.<sup>11</sup>

b) Der Singularsuccessor beginnt eine neue Erziehung. Die Voraussetzungen einer solchen, insbesondere guter Glaube, müssen in seiner Person vorhanden sein.<sup>12</sup>

Er hat aber das Recht der Einrechnung der Erziehungszeit seines Vorgängers — Accession<sup>13</sup> —, wenn sich sein Besitz dem des Vorgängers unmittelbar anschließt.<sup>14</sup> Unter der Voraussetzung entsprechenden Anschlusses kann auch der Besitz entfernterer Vorfahren eingerechnet werden.

War der Vorgänger in bösem Glauben, so hindert dies den Beginn des eigenen Erziehungsbefizes des Nachfolgers nicht.

Die Erziehung wird unterbrochen:<sup>15</sup>

1. durch Verlust des Besitzes während der Erziehungszeit: auch wenn der Erziehende durch einen unberechtigten Dritten verdrängt ist, tritt die Unterbrechung ein,<sup>16</sup>

2. durch Erhebung der Eigenthumsklage. Sie unterbricht die Erziehung, auch wenn sie nicht zum Ziele führt, vielmehr ange-

8) l. 11 D. de diversis temporalibus praeser. 44. 3. Folgerecht ist l. 24 § 1 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 40 D. de usurp. 41, 3. Ueber die hiergegen angeführte l. 13 § 4 D. de a. vel a. poss. vgl. oben Num. 6. Beginnen kann der Erziehungsbefiz während ruhender Erbschaft nicht, l. 45 § 1 D. eod. Sollte dies auch bezüglich des Erbschaftspflegers nach jetzigem Rechte gelten?

10) l. 2 § 18 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum bemerkt folgerecht: etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nactus non sit.

11) l. 20 D. de usurp. 41, 3, l. 6 § 2 D. pro emptore 41, 4.

12) l. 2 § 17 D. pro emptore 41, 4.

13) Die accessio possessionis entwickelte sich bei der longi temporis praescriptio l. un. C. de usuc. transform. 7, 31. Nach einem Reskripte von Severus und Karakalla sollte sie auch bei der usucapio im Falle eines Kaufes, d. h. wohl überhaupt onerosen Erwerbes, eintreten, § 13 J. de usuc. 2, 6. l. 2 § 20 D. pro emptore 41, 4. Justinian erst hat die Accession für die Erziehung allgemein gemacht.

14) arg. l. 15 § 1 D. de div. temp. praeser. 44, 3.

15) l. 2 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum: Usurpatio est usucapionis interruptio.

16) l. 5 D. de usurp. 41, 3.

brachtermaßen abgewiesen oder fallen gelassen wird. Unter Umständen wird die Klageerhebung durch eine Protestation ersetzt.

Diese Unterbrechung ist eine bloß relative. Sie kommt nur dem Kläger zu gute. Hat also ein Nichtberechtigter die Eigenthumsklage erhoben, so unterbricht dies die Ersizung zu Gunsten des Eigenthümers, welcher während der Ersizungszeit unthätig blieb.<sup>17</sup>

Erhält der frühere Besitzer den Besitz zurück, so beginnt eine neue Ersizung.<sup>18</sup> Gesah die Unterbrechung durch Klageerhebung oder gleichstehende Ereignisse, so ist nur eine außerordentliche Ersizung von dem Augenblicke an möglich, mit welchem die Unterbrechungsthatsache der Vergangenheit anheimfällt.<sup>19</sup>

Es giebt Umstände, welche das Ruhen der Ersizung bewirken, d. h. die Ersizung steht stille, so lange sich ihr Hindernisse entgegenstellen, läuft aber nach deren Beseitigung weiter.<sup>20</sup> Dies Ruhen tritt namentlich ein, wenn die Klage des Eigenthümers rechtlich gehemmt ist, z. B. im Falle des Verbauens von Materialien in ein Gebäude.<sup>21</sup>

In Folge der Ersizung erwirbt man Eigenthum in vollem Umfange.<sup>22</sup>

17) Hinsichtlich der Unterbrechung der Ersizung durch Klageerhebung war das Recht der alten *usucapio* und das der *longi temporis praescriptio* ein verschiedenes. Die bezüglichlichen Entscheidungen sind unverändert in das *corpus juris Justiniani* übergegangen. a) Die *usucapio* wurde durch die *Litiskonfestation* nicht unterbrochen; es bestand jedoch die *Prozeßobligation* des Beklagten, welcher während des *Obschwehens* des Prozesses ersah, die Sache gleichwohl dem Kläger zu restituiren, wenn dieser zur Zeit der *Litiskonfestation* Eigenthümer gewesen war, l. 17 § 1 in fine, l. 18, l. 20 und 21 D. de rei vind. 6, 1, l. 2 § 21 D. pro emptore 41, 4. b) Die *longi temporis praescriptio* wurde durch Klageerhebung unterbrochen, und zwar nicht bloß zu Gunsten des Klägers, sondern auch Dritter, da man ungestörten Besitz des Präskribenten zu dieser Ersizung forderte, l. 1 C. de praeser. longi temporis 7, 33, l. 4 C. quibus non obiciatur 7, 35, l. 10 C. de acquir. et ret. poss. 7, 32. Welches Recht ist nun für das *justinianische* Ersizungsrecht maßgebend? Es kann nicht zweifelhaft sein, daß nach *justinianischem* Rechte die Klageerhebung die Ersizung geradezu unterbricht, da dies nach l. 2 C. de annali exceptione 7, 40 in gewissen Fällen sogar durch *Protestation* geschieht, welche die Klageerhebung ersetzt. Andererseits ist aus der Aufnahme der Stellen über die *usucapio* zu folgern, daß die Unterbrechung durch Klageerhebung nur zu Gunsten des Klägers, nicht eines Dritten wirkt. Diese effektische Auffassung entspricht der Lage des Quellenmaterials und ist innerlich gerechtfertigt. Die Ansichten der neueren gehen übrigens sehr auseinander. Vgl. Wächter, *Erört.* Bd. 3 S. 99 ff., Stephan im *Archiv für civ. Praxis* Bd. 34 S. 180, C. Grueber, *Einfluß der Eigenthumsklage auf die Ersizung* 1875, *Windscheid* Bd. 1 § 180 Anm. 7, *Arndts* § 163 Anm. 2, *Brinz* Bd. 1 S. 600.

18) l. 15 § 2 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 4 D. pro emptore 41, 4.

19) *Oben* § 148 S. 341.

20) Vgl. oben § 147 S. 337 ff.

21) Siehe oben § 208.

22) Manche neuere Schriftsteller gehen davon aus, daß man mit einem Ganzen nicht zugleich dessen Bestandtheile als selbständige Sachen ersize. Auf Grund dieses

## § 222. Die außerordentliche Erfsizung.

Wer die Einrede der Klagenverjährung gegen den Eigenthümer in Folge 30- oder 40-jährigen Besizes einer Sache erlangt hat, ist befugt, diese Sache im Falle des Besizverlustes zu vindiciren, sofern er sie seiner Zeit redlich erlangt hat. So bestimmte Justinian im Jahre 528,<sup>1</sup> drei Jahre vor seiner Verordnung, welche *usucapio* und *longi temporis praescriptio* verschmolz.

Hiernach erlangt der Präskribent mit Ablauf der 30- oder 40-jährigen Verjährung Eigenthum. Die neueren bezeichnen solchen Erwerb als außerordentliche Erfsizung, und zwar vom dogmatischen Standpunkte aus mit Recht. Doch Justinian war diese Auffassung noch fremd. Ihm handelte es sich um eine Erweiterung der Wirkungen der Klagenverjährung. Daher sind für die Einzelheiten des Institutes nicht die Grundsätze der Erfsizung, sondern diejenigen der Klagenverjährung maßgebend.<sup>2</sup>

1. Der Lauf der außerordentlichen Erfsizung beginnt mit dem Augenblicke, in welchem die Nativität<sup>3</sup> der Eigenthumsklage eintritt.

Sie vollendet sich nach den Regeln der Klagenverjährung in 30 Jahren, ausnahmsweise in 40 Jahren. Da die Klagenverjährung den Ablauf des letzten Tages fordert, so gilt gleiches auch für die außerordentliche Erfsizung. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ferner schiebt auch die Unterbrechung der außerordentlichen Erfsizung in sich.

Sakes stellen sie das Eigenthum dessen, welcher ein Gebäude erjessen hat, an den nach der Erfsizung getrennten Baumaterialien in Frage. So u. a. Sintonis im Archiv für civ. Praxis Bd. 20 S. 86 und Stephan ebendasselbst Bd. 31 S. 381 und neuerdings Windscheid Bd. 1 § 175<sup>a</sup> Anm. 2. Aber diese Ansicht ist unhaltbar. Wenn ein Dritter unser Haus abträgt, so begründen wir die Vindicirung der von ihm getrennten und in Besitz genommenen Materialien damit, daß wir nachweisen, wir seien Eigenthümer des Hauses gewesen, dem er sie entnahm. Und dabei kann es keinen Unterschied machen, ob wir das Haus durch Erfsizung oder in anderer Weise erworben haben. Denn was von unserer Sache getrennt wird, gehört uns. Dies ist klares Eigenthümerrecht, l. 49 § 1 D. de rei vind. 6. 1. Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn einst fremde Baumaterialien in ein Grundstück verbaut wurden, so daß das Eigenthum an ihnen während der Verbindung ruhte, aber nach der Trennung wieder auflebte. Solche Materialien kann der ursprüngliche Eigenthümer in Folge des Auslebens seines Rechtes noch vindiciren. Dies ist besonderes Recht, l. 23 § 7 D. de rei vind. 6. 1. l. 7 § 11 D. de a. r. d. 41. 1. Vgl. Savigny, Besitz S. 265—268, 271—275.

1) l. 8 C. de praeser. XXX annorum 7. 39.

2) Unterholzner Bd. 2 § 177 und § 178 neigte sich der Ansicht zu, daß durch die l. un. C. de usuc. transformanda die praescriptio longissimi temporis ebenso wie die praescriptio longi temporis unter die Principien der Usucapion gestellt sei. Hiergegen erklärte sich mit Recht Triz in Lindes Zeitschrift Bd. 3 n. 23.

3) Vgl. oben § 146 S. 334 ff.

2. Der Präskribent muß den Besiß in gutem Glauben erworben haben. Einen Titel muß er nicht haben.<sup>4</sup>

Streitfrage ist, ob sich der gute Glaube bei der außerordentlichen Erfsizung auf einen unentschuldbaren Irrthum, insbesondere ob er sich auf Rechtsirrtum stützen kann. Die Frage ist nach dem besonderen Wesen des Institutes zu bejahen, trotzdem daß das Recht im allgemeinen nur entschuldbaren Irrthum beachtet. Es ist ein ungesunder und unerwünschter Zustand, daß der langjährige Besißer zwar durch Einrede geschützt ist, daß er aber rechtlos wird, sowie er den Besiß verliert. Dem wollte Justinian ein Ende machen. Nur dem unwürdigen sollte die Wohlthat nicht zu gute kommen. Wer aber unentschuldig irrt, ist um deswillen noch nicht unwürdig.<sup>5</sup>

3. Auch erfsizungsunfähige Sachen unterliegen der außerordentlichen Erfsizung.

Streitig ist dies für gestohlene und geraubte Sachen. Denn nach der P. G. D. Karls V. Art. 209 „soll an gestohlener und geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr eressen werden“. Hiernach wollen viele neuere Schriftsteller auch die außerordentliche Erfsizung ausschließen.<sup>6</sup> Allein ihre Ansicht hat keinen guten Grund. Sie setzt voraus, daß die Karolina unsere Verjährung bereits als eine Art der Erfsizung auffaßte, und dies ist nicht nachweisbar.<sup>7</sup> Immerdauernde Unverjährbarkeit des Rechtes an gestohlenen Sachen, z. B. des Gemäldes eines großen Künstlers, welches vor Jahrhunderten ge-

4) Wenige Schriftsteller sind anderer Meinung. So Brinz Bd. 1 S. 611; ihm ist „bona fides sine titulo ein undenkbares Ding“. Daher fordert er auch hier zur bona fides den Titel, ohne Stütze im Gesetzestexte, gegen eine allgemeine Praxis, gegen handgreifliches praktisches Bedürfnis. Denn im Laufe der Zeiten geht die Möglichkeit des Nachweises des ursprünglich vorhandenen Titels oft verloren. Kann daher alter Besiß den Titel nicht ersetzen, so sind lange bestehende Rechte gefährdet. — Der Titel kann bei der außerordentlichen Erfsizung nur so zur Sprache kommen, daß ihn der Gegner darthut und aus den sich anschließenden Umständen die mala fides nachzuweisen sucht, Wächter, bona fides S. 25.

5) Dieselbe Ansicht vertritt Wächter, die bona fides 1871, insbesondere S. 114, jedoch aus anderen Gründen. Neuere Litteratur über die Frage wird dort citirt. Gegen Wächter erklärte sich Brunß, das Wesen der bona fides 1872, vgl. auch Brunß im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 14.

6) Dieser Ansicht sind u. a. Bangerow Bd. 1 § 325 S. 615, Windscheid Bd. 1 § 183, so jedoch, daß nur der engere Begriff von Diebstahl nach der Karolina zu Grunde zu legen sei. Dagegen ist Arndts § 164 Anm. 4 mit Rücksicht auf die von jeher herrschende Meinung.

7) Die Glossatoren, deren Ansichten im sechszehnten Jahrhundert bestimmend waren, faßten die longissimi temporis praescriptio nicht als Erfsizung auf. Sie nahmen sogar an, daß die von Justinian eingeführte vindicatio utilis nur gegen Dritte, nicht aber gegen den Eigenthümer selbst gehe. So Glossen zu l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39; vgl. Landsberg, Glossa S. 210.

stohlen wurde und seither in gutgläubigem Besitze war, wäre auch unzweckmäßig.

Was des Privateigenthumes nicht fähig ist, kann auch durch außerordentliche Erziehung nicht erworben werden.

Desgleichen sind Objekte, bezüglich deren die Klagenverjährung nicht läuft, insbesondere Sachen der Unmündigen, nicht Gegenstand einer außerordentlichen Erziehung.

## VI. Die Endigung des Eigenthumsrechtes.

### § 223. Fälle der Beendigung des Eigenthumes.

1. Der Verlust des Eigenthumes für den einen fällt in der Regel mit dem Erwerbe des Eigenthumes für einen andern zusammen. Dann handelt es sich um die Circulation der Sachgüter. Ein derartiger Wechsel des Eigenthumes kann eintreten:

a) auf Grund des Willens des bisherigen Eigenthümers durch Tradition,

b) ohne solchen Willen als Konsequenz des Erwerbes des Eigenthumes durch einen andern, z. B. durch Erziehung, Einziehung, richterlichen Zuschlag in der Subhastation, wie auch in Folge der Geltendmachung einer Resolutivbedingung.

2. Das Eigenthum erlischt schlechthin mit dem Untergange der Sache. Es besteht jedoch an den Ueberresten, z. B. an dem Felle eines gefallenen Thieres, fort.<sup>1</sup>

Auch dadurch erlischt das Eigenthum, daß die Sache in einen herrenlosen Zustand kommt. Dies ist möglich:

a) in Folge einer Dereliction, d. h. Aufgabe des Besitzes in der Absicht, nicht mehr Eigenthümer zu sein,<sup>2 3</sup>

1) l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Celsus libro 18 digestorum: *Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi jus habeo.*

2) Die Dereliction wurde als Grund des Unterganges des Eigenthumes von den Römern nur allmählig und nur unter Widerstreben anerkannt. Denn ihre Tendenz war vielmehr festzuhalten und auf das äußerste auszubenten, was sie einmal hatten. Die Profulianer nahmen Eigenthumsverlust durch Dereliction daher nur an, wenn sich ein anderer in den Besitz gesetzt hatte, die Sabinianer aber entschlossen sich dazu, in der Dereliction schlangweg Eigenthumsverlust zu sehen. l. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7, l. 1 D. eod. Dereliction kam vorzugsweise vor und wurde zuerst anerkannt in Fällen, in welchen Lasten das Eigenthum beschwerten, die größer scheinen als dessen Vortheile. So ließ bereits Labeo Dereliction eines Grundstückes zu, um der Last der *servitus oneris ferendi* zu entgehen, l. 6 § 2 a. E. D. si serv. vind. 8, 5, siehe ferner l. 6 D. de damno infecto 39, 2. — Kann auch derelinquiren, wer nicht besitzt? Für die Regel wird man dies verneinen müssen. Denn es fehlt die Möglichkeit der Besitzaufgabe, welche die Form der Dereliction

b) in Folge gewisser Ereignisse, die ohne unseren Willen eintreten. Hauptfall<sup>4</sup> ist, daß wilde Thiere, die wir bisher zu eigen hatten, in ihre natürliche Freiheit zurückkehren. Man unterscheidet unter ihnen gefangene und gezähmte. Gefangene Thiere werden herrenlos, wenn sie entfliehen und außer den Gesichtskreis ihres Eigenthümers kommen,<sup>5</sup> gezähmte, wenn sie sich entfernt und die Gewohnheit der Rückkehr aufgegeben haben.<sup>6</sup>

ist. Hieraus erklärt sich möglicherweise l. 17 § 1 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Ulpianus libro 76 ad edictum: differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Bezieht man dies auf den nichtbesitzenden Eigenthümer, so hat es leidlichen Sinn. Neuere Schriftsteller fordern dagegen meist auf Grund dieser Stelle „faktische Trennung des Eigenthümers von der Sache“, so Brinz Bd. 1 S. 645. Wenn aber der Besitzer seine Absicht erklärt, nicht mehr haben zu wollen, z. B. eine gelesene Zeitung im Eisenbahnwagen neben sich hinlegt, so hört er auf Eigenthümer zu sein. Er hat den Besitz animo aufgegeben, desgleichen die Absicht des Eigenthumes. Was sollte noch weiter erforderlich sein!

3) Die Absicht des Derelinquirenden muß nicht bloß auf die Aufgabe des Besizes gerichtet sein, § 47 J. de rer. div. 2, 1 pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit. § 48 alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intellegendibus dominis cadunt.

4) Einen anderen Fall haben wir oben § 69 Anm. 11 kennen gelernt.

5) l. 3 § 2 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit, l. 5 pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio. Wenn freilich ein ausländisches Raubthier, z. B. ein Löwe, aus einem zoologischen Garten entspringen und außerhalb des Gesichtskreises der Verfolger gelangen sollte, so wäre das Eigenthum an ihm nicht verloren, denn ein Löwe kann in Deutschland nicht in die natürliche Freiheit gelangen.

6) l. 5 § 5 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum... in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint. Zu diese Klasse setzten die Römer die Tauben, so daß dieselben herrenlos wurden, wenn sie wegfliegen und die Gewohnheit der Rückkehr aufgaben. Dies ist nicht heutigen Rechtsens. In Schlägen gehaltene Tauben sind vielmehr Hausthiere, an welchen Eigenthum auch dann nicht erlischt, wenn sie sich verfliegen. Dagegen zählen Bienen, die in unseren Stöcken sind, zu den wilden Thieren. Das Eigenthum an den Bienen erlischt daher, wenn sie sich der Gewohnheit der Rückkehr ent schlagen. Ausfliegende junge Bienenschwärme gehören dem Eigenthümer des Mutterstockes, so lange er die Verfolgung fortsetzt.

Verlaufen sich Hausthiere dauernd, so verlieren wir zwar ihren Besitz, nicht aber das Eigenthum.<sup>7</sup>

### Drittes Kapitel.

## Die Klagen des Eigenthümers und des gutgläubigen Besitzers.

### I. Dingliche Klagen.

#### § 224. Die Eigenthumsklage.<sup>1</sup>

Ist der Besitz in Widerstreit zum Eigenthume getreten, so löst die Eigenthumsklage — die rei vindicatio — den Konflikt.<sup>2</sup> Sie bringt die Rechte des nichtbesitzenden Eigenthümers gegenüber dem besitzenden Nichteigenthümer zur Geltung. Und zwar siegt der Eigenthümer über den Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob derselbe gutgläubig oder bösgläubig besitzt.

Dennoch giebt der Besitz auch dem Eigenthume gegenüber eine nicht zu unterschätzende Position.

Vor allem muß der Kläger sein Eigenthum nachweisen. Mißlingt dieser Beweis, so bleibt der Beklagte im Besitze.<sup>3</sup>

Der Besitzer kann ferner die Sache auch der Eigenthumsklage gegenüber bis zum Erlasse gewisser Verwendungen zurückhalten.

In der klassischen Zeit konnte der Eigenthümer die Sache dem Besitzer mit der Eigenthumsklage überhaupt nicht gegen dessen Willen geradezu entwenden.

Die Vindikation lief nämlich zur Zeit des Formularprozesses wie jede andere Vermögensklage in eine Geldfcondemnation aus.<sup>4</sup> Zwar

7) l. 5 § 6 D. de a. r. d. 41, 1.

1) Tit. Dig. de rei vindicatione 6, 1. Tit. Cod. de r. v. 3. 32. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung giebt Weßell, der römische Vindikationsprozeß 1845.

2) Ueber die alte zweiseitige vindicatio vgl. oben § 132 Anm. 5 und § 171. Daß nähere gehört dem römischen Civilprozeße an.

3) l. 28 C. de r. v. 3, 32. Diocletianus: Res alienas possidens, licet justam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

4) Die Formel der rei vindicatio lautete etwa: si paret hominem q. d. a. ex jure quiritorium A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> esse neque is homo arbitrato tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituetur quanti

war sie arbitraria, d. h. der Richter legte dem Beklagten, falls sich die Klage als begründet erwies, die Restitution der vindicirten Sache durch einen Zwischenbescheid auf, aber dieser Befehl war nicht vollstreckbar.<sup>5</sup> Gehorchte ihm der Beklagte nicht, so war die Folge nur die, daß Kläger sein Geldinteresse bei der Restitution — die *litis aestimatio* — durch *juramentum in litem* einseitig feststellen konnte. Die *litis aestimatio* galt als Kaufpreis; das Eigenthum der vindicirten Sache ging für denselben auf den Beklagten über.<sup>6</sup> Der Besitzer konnte sich hiernach im Besitze der Sache behaupten, wenn er nur einen hohen Preis nicht scheute.

Das justinianische Recht hat diese den Besitzer schonenden Einrichtungen umgebildet. Der Restitutionsbefehl erhielt Vollstreckbarkeit.<sup>7</sup>

Gemeinrechtlich geht das Endurtheil geradezu auf Herausgabe der Sache.<sup>8</sup> Verurtheilung in Geld anstatt zur Herausgabe der Sache erfolgt nur für den Fall, daß die Vollstreckung in die Sache selbst thatsächlich unthunlich wird.

Während nach römischem Rechte der besitzende Eigenthümer keinerlei Eigenthumsklage hatte,<sup>9</sup> stehen derzeit dem Eigenthümer, auch wenn er

ea res erit, tantam pecuniam, iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna, s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 41 Cicero in Verrem II 2, 12 § 31, vgl. Gaj. Inst. IV § 37, 1. 1 § 1 D. de rei vind. 6, 1, Lenel, edictum perpetuum S. 145, siehe oben § 133.

5) Vgl. oben § 133 Anm. 3.

6) l. 46 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 10 ad Sabinum: Ejus rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit, l. 35 § 2, l. 63 D. eod., l. 7 § 1 D. de Publ. in rem a. 6, 2, l. 1, l. 3 D. pro emptore 41, 4.

7) l. 68 D. de r. v. 6, 1.

8) Schon nach der Auffassung der Glosse ist die Verurtheilung zur Herausgabe der vindicirten Sache nicht mehr Zwischenbescheid, sondern Endurtheil, gl. restituatur zu l. 68 D. cit. und die bei Landsberg, Glosse S. 284 citirten Stellen.

9) Der in § 2 I. de act. 4, 6 erwähnte „unus casus“ wird meist als Fall der Eigenthumsklage des besitzenden Eigenthümers verstanden. Man hat ihn eifrigt gesucht. Inessen besteht — nach Bangerow Bd. 1 § 332 — wenig Hoffnung der Einigung über die Lösung des Räthfels. Meist denkt man — schon die Glosse neget rem actoris esse zu § 2 I. de act. 4, 6, Landsberg, Glosse S. 274 — an eine Eigenthumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinirenden Naturalbesitzer. Doch dieser Fall wird praktisch nicht vorkommen, da es der ungeschickteste Weg wäre, wenn der Kläger gegen seinen Detentor mit der Eigenthumsklage vorginge, statt sein Recht gegen ihn possessoriisch oder mit persönlichen Klagen zu verfolgen. Daher sprechen auch die Pandekten, welche die nähere Ausführung enthalten sollen, von diesem Falle nicht. Andere Meinungen siehe bei Bangerow Bd. 1 § 332 S. 652, vgl. auch Ubbelohde, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 401. Betrachtet man die Institutionenstelle genau, so ergibt sich, daß der berichtigte „eine Fall“ der Eigenthumsklage — nicht existirt. Die §§ 1 und 2 cit. handeln nämlich von den dinglichen Klagen überhaupt. Sie besprechen zuerst die

im Besitze ist, Feststellungsklagen zu Gebote, durch welche er die Frage des Eigenthums zur richterlichen Anerkennung bringen kann, sofern er an deren alsbaldiger Feststellung ein rechtliches Interesse hat.<sup>10</sup> Dies ist z. B. dann der Fall, wenn ein Dritter unrechtmäßiger Weise im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen ist.

### § 225. Die Parteien bei der Eigenthumsklage.

1. Nur der Eigenthümer ist klageberechtigt. Cessionarien können zwar an Stelle des Eigenthümers klagen.<sup>1</sup> Sie haben aber nur die Ausübung fremden Rechtes in eigenem Interesse. Denn grundsätzlich ist die Eigenthumsklage Zubehör des Eigenthumsrechtes.<sup>2</sup>

Die *utilis rei vindicatio* von Nichteigenthümern, welche

Eigenthumsklage, dann die *actio confessoria* und schließen mit der *negatoria*. Hierüber äußert nun § 2 *istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero, qui possidet non est actio per quam neget rem actoris esse. sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes optinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.* Dies soll unseres Ermessens nur heißen: in dem einen Fall der dinglichen Klage, von dem vorher gesprochen war — nämlich der *actio negativa* —, kann auch der Besitzer klagen, wie die Pandekten näher darlegen, mit der Eigenthumsklage dagegen kann der Besitzer nicht klagen. Es ist nicht nothwendig, den „casus“ unter die „*controversiae rerum corporalium*“ zu stellen; er bildet vielmehr den Gegensatz zu denselben.

10) C.P.D. § 231, siehe oben § 134.

1) Die Cession der Vindikation erwähnen u. a. l. 21. l. 63 D. de rei vind. 6. l. 1. 25 § 8 D. locati 19. 2, l. 14 pr. D. de furtis 47. 2, es regelt sie l. 9 C. de her. vel act. vend. 4. 39. Die Natur dieser Cession hat Ihering, Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigenthümer in seinen Jahrbüchern Bd. 1 n. 3 untersucht. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 237 und die dort citirte Literatur.

2) Die Cession der dinglichen Klagen ist in vielen Beziehungen problematisch. Sie ist von der Cession der Forderungen in ihrer heutigen Gestalt wesentlich verschieden, denn diese begründet einen Uebergang des Rechtes selbst, nicht der bloßen Ausübung. Die dingliche Klage dagegen bleibt stets Ausfluß des zu Grunde liegenden dinglichen Rechtes und kann ohne dieses nur der Ausübung nach übertragen werden. Es hat jedoch keinen zureichenden Grund, wenn Ihering a. a. D. S. 113 eine Denunciation nur bei der Cession von Forderungen, nicht von dinglichen Klagen für anwendbar erachtet. Denn die Denunciation ist in der That, was Ihering in Abrede stellt, eine Konsequenz des Begriffes der Cession, nach welcher eben nur der Cessionar klageberechtigt sein soll. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 4 und dort citirte. Aber freilich kann die Wirkung der Denunciation der Cession der dinglichen Klage vereitelt werden, wenn der Besitzer, welchem denunciirt ist, den Besitz auf einen anderen überträgt, welcher die Denunciation nicht kennt. Bestritten ist, ob die Cession ihre Wirkung behält, wenn der Cedent selbst der Besitzer wird. Hierfür ist Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 5 gegen Ihering a. a. D. Und allerdings müssen die hierfür sprechenden Gründe materieller Gerechtigkeit schwerer in das Gewicht fallen, als bloß formelle Erwägungen. Die Klage erlischt regelrecht mit dem Uebergange des Rechtes des Cedenten, Ihering a. a. D. S. 112 und Windscheid Bd. 2 § 338 Anm. 8.

öfter erwähnt wird, ist nicht, wie viele vermeinen, eine Eigenthumsklage.<sup>3</sup>

Eine utilis vindicatio hat unter anderem der frühere Eigenthümer einer Tafel, welcher sie durch Bemalung seitens eines Dritten verlor, auf Herausgabe des Bildes, falls ihm kein Ersatz geleistet wird,<sup>4</sup> ferner der Schenker auf Rückgabe der unter Auflegung von Alimenten verschenkten Sache wegen Nichterfüllung der Auflage,<sup>5</sup> wie auch die Ehefrau zur Rückforderung der bei Auflösung der Ehe bei ihrem Ehegatten noch vorhandenen Totalobjekte.<sup>6</sup> Nicht weniger kann der schenkende Ehegatte die vom beschenkten Gatten für das geschenkte Geld erworbenen Objekte<sup>7</sup> und der Mündel die von seinem Vormunde mit Mündelgeld,<sup>8</sup> endlich der Soldat die mit seinem Gelde von Dritten angeschafften Objekte mit einer utilis vindicatio beanspruchen.<sup>9</sup>

Diese Klage soll dem Kläger Besitz und Eigenthum verschaffen, nicht aber Eigenthum zur Anerkennung bringen.<sup>10</sup> Es handelt sich also um ein dingliches Recht auf Ueberreignung einer Sache, allerdings eine singuläre Art dinglicher Berechtigung.<sup>11</sup>

3) Die rei vindicatio utilis hat zuerst eingehend Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 120 ff. behandelt. Seitdem wurde sie mehrfach Gegenstand der Erörterung, vgl. Kindervater in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 9.

4) Gaj. Inst. II § 78, § 34 J. de rer. div. 2, 1, vgl. auch l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

5) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54, siehe auch l. 15 C. de don. ante nupt. 5, 3.

6) l. 30 C. de jure dot. 5, 12.

7) l. 55 D. de don. i. v. et u. 24, 1, vgl. ferner l. 29 § 1 und l. 30 D. eod.

8) l. 2 D. quando ex facto 26, 9, l. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 324 — die dortige Ausführung halte ich nicht mehr fest, — Drey, die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings, München 1882.

9) l. 8 C. de rei vind. 3, 32.

10) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus: Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi.

11) Ihering a. a. D. gelangte zu dem Resultate, daß die utilis vindicatio eine auf Uebertragung des Eigenthumes gerichtete Klage sei, so daß sie bald die Uebertragung schlechthin, bald nur eventuell für den Fall beanspruche, daß der Beklagte nicht im Stande und bereit ist, eine Geldleistung zu beschaffen. Dies ergibt sich in der That aus den Quellen. Ihering nahm weiter an, daß diese Vindikation nur gegen den zur Eigenthumsübertragung persönlich verpflichteten Eigenthümer angestellt werden könne, daß es sich also nur um die Verstärkung einer persönlichen Klage handele. Diese Behauptung hat Ihering nicht bewiesen. Die rei vindicatio utilis tritt als dingliche Klage auf und muß also dingliche Kraft haben. Dies giebt Ihering insoweit zu, als er sie mit einem Aussonderungsrecht im Konkurse ausstattet. Man kann sie aber folgerecht dann auch gegen dritte Erwerber der Sache nicht verweigern. Da es sich jedoch um singuläre Billigkeit handelt, so mag man die Klage vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus, gegenüber

2. Beklagter ist der Besizer,<sup>12</sup> sowie sein gesetzlicher Vertreter, z. B. der Konkursverwalter, bezüglich der in der Masse befindlichen, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Objekte. Juristischer Besitz ist nicht erfordert. Der Detentor in fremdem Namen, z. B. der Depositar, Kommodatar, Miether, Mandatar, kann daher wie der Besizer verklagt werden, welcher durch ihn vertreten ist;<sup>13</sup> denn der Eigenthümer muß im Stande sein, jeden zu überwinden, der sich in Widerstreit mit seinem Rechte setzt und die Fähigkeit der Restitution hat.

Die Eigenthumsklage gegen den Detentor kann für diesen, wie für den juristischen Besizer, Härten und Gefahren im Gefolge haben. Denn dem Detentor wird ein Prozeß aufgebürdet, an welchem er kein oder doch nur ein geringes Interesse hat, während der an der Vertheidigung vorzugsweise interessirte Autor außer dem Streite bleibt. Oft wird auch nur der Besizer, nicht der Detentor die Beweisdokumente in den Händen haben und das Sachverhältniß genau kennen. Es wird aber den berechtigten Ansprüchen des Eigenthümers volles Genüge gethan, wenn der Detentor den Besizer an seiner Statt als Vertheidiger stellt. Hieraus rechtfertigt sich die *nominatio auctoris*, welche Konstantin bezüglich der Vindikation von Immobilien einführte, und die derzeit C.P.D. § 73 für alle Fälle gestattet und regelt, in welchen Jemand als Besizer einer Sache verklagt wird, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet.

Wenn derartige Beklagte nämlich vor der ersten Verhandlung zur Hauptsache ihrem Autor den Streit verkünden und ihn zur Erklärung laden, und außerdem ihren Autor — entweder schriftlich oder mündlich in der Verhandlung — dem Kläger benennen, so sind sie befugt, bis zur Abgabe der Erklärung und längstens bis zum Schluß des Termines, in welchem sich der benannte zu erklären hatte, die Einlassung in die Hauptsache zu verweigern.<sup>14</sup>

Dritten, welche das klägerische Recht beim Erwerbe nicht kannten, aus entgegen-  
gesetzten Gründen der Billigkeit verjagen.

12) Ueber den Zeitpunkt, in welchem der Beklagte besitzen muß, vgl. oben § 154 bei Anm. 9. — In Rom konnte der Kläger, wenn Beklagter den Besitz ableugnete, den Streit auf die Besitzfrage beschränken und erlangte dann, wenn er den Beklagten des Besitzes überführte, dessen Uebertragung. Deshalb meint die l. 80 D. de r. v. 6. 1 geradezu in *rem actionem pati non compellimur*, vgl. Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9 n. 2. Es handelt sich hierbei um eine Prozeßstrafe, welche durch die C.P.D. nicht aufgenommen ist, vgl. Seuffert im Archiv f. civ. Pr. Bd. 67 S. 333.

13) l. 9 D. de rei vind. 6. 1, wo Pegasus als Vertreter einer Gegenansicht genannt wird.

14) l. 2 C. ubi in rem actio 3. 19 und zu dieser Verordnung Wieding, der justinianische Libellprozeß S. 630. Vgl. über die Entwicklung des Institutes Kamegießer, die prozeßhindernde Einrede, ein Beitrag zur *nominatio auctoris* 1878.

Erkennt dann der benannte die Behauptung des Beklagten als richtig an, so kann er mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß an dessen Stelle übernehmen. Der Kläger hat hiergegen nur dann ein Widerspruchsrecht, wenn er selbständige Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht. Scheidet der Beklagte aus, so ist er nicht mehr Prozeßpartei, dennoch aber Prozeßinteressent. Denn die Entscheidung gegen seinen Autor wird auch gegen ihn rechtskräftig.

Folgt der benannte der Ladung nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.<sup>15</sup> Er kann auch den Prozeß fortführen.

Kommt der Kläger in Folge dessen in den Besitz der Streit Sache, so kann sie der Nominat gleichwohl noch vindiciren. Er hat nur die günstige Lage des Besitzers verloren. Das Erkenntniß gegen den Nominanten steht ihm nicht entgegen.<sup>16</sup>

Die Eigenthumsklage kann ferner gegen Nichtbesitzer wegen Dolus erhoben und durchgeführt werden, s. g. *ficta possessio*.

a) Wer nämlich vor dem Prozeßbeginn „*dolo desiit possidere*“, ist zu verurtheilen, wie wenn er besäße.<sup>17</sup> Es gehört hierher dolose Veräußerung und Vernichtung der Sache des Klägers vor dem Prozeßbeginne.<sup>18</sup> *Culpa lata* steht dem *dolus* gleich.<sup>19</sup>

15) Ob der Detentor seinem Autor gegenüber zur *laudatio auctoris* verpflichtet ist, hängt von dem Verhältnisse ab, in welchem er zu demselben steht. Dem Kläger gegenüber besteht keine Verpflichtung zur Nomination, sondern nur ein Recht. So jedenfalls nach C.P.D. § 73.

16) Das Urtheil, welches gegen den Detentor ergeht und die Abtretung des Besitzes auflegt, ist auch gegen dessen Autor vollstreckbar, wenn ihm der Detentor den Naturalbesitz einräumt. Aber die Vindikation bleibt demselben vorbehalten.

17) l. 131 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro 22 ad edictum: Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1. Dieser Rechtsatz wird in der l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1 von Paulus auf das S. C. Juventianum aus der Zeit Hadrians zurückgeführt, vgl. l. 20 § 6<sup>c</sup> D. de her. pet. 5, 3, l. 25 § 8 D. eod.; in der That beruht er aber auf älterer römischer Praxis. Denn Pomponius, Gajus, Julianus behandeln ihn als einen feststehenden und bilden ihn in die feineren Details hinein aus, l. 36 pr., l. 52, l. 70 D. de rei vind. 6, 1. Die Berufung auf das Senatusconsult durch Paulus geschah also nur, um die Praxis durch die Autorität eines Gesetzes weiter zu stützen. Vgl. Demelius, Exhibitionspflicht S. 185 ff. einerseits, Lenel, edictum S. 173 andererseits.

18) l. 9 pr. D. ad exhibendum 10, 4.

19) l. 9 § 4 D. ad exhibendum 10, 4. Demelius a. a. D. S. 190. Die Behauptung, daß der *malae fidei* possessor der Vindikation auch unterliege, wenn er den Besitz durch culpa vor der Klageerhebung verlor, ist, wie Windscheid Bd. 1 § 194 Anm. 13 mit Recht bemerkt, aus den Quellen nicht zu begründen. Diese machen den *malae fidei* possessor nur wegen Verschlechterung vor dem Prozeßbeginne verantwortlich, die durch seine Schuld geschah, l. 25 § 2. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3, l. 45 D. de rei vind. 6, 1. Anderer Ansicht Wächter, Crört. Heft S. 130; Bangerow Bd. 1 § 332 Anm. 2 n. III 1<sup>b</sup>; Savigny Bd. 6 S. 167; und von anderer Seite Brinz Bd. 1 S. 662 Anm. 13.

b) Wer *liti se optulit*, d. h. sich fälschlich, den Kläger täuschend, für den Besitzer ausgiebt und sich so auf den Prozeß einläßt, ist gleichfalls zu verurtheilen, wie wenn er besäße.<sup>20 21</sup>

Im Grunde handelt es sich um Deliktssklagen in Form einer Vindikation. Aber die Werthung ist eine eigenartige. Denn nicht der Schaden wird abgemessen, welchen der Dolus des Beklagten dem Kläger verursachte, vielmehr wird ihm der Sachwerth schlechthin zugesprochen, wenn es dem Beklagten nicht gelingt, die Sache vor dem Endurtheile herbeizuschaffen und sich durch deren Auslieferung zu befreien.<sup>22</sup> Demungeachtet bleibt dem Eigenthümer die Vindikation der Sache gegen den Besitzer, auch nachdem er deren Werth vom *fictus possessor* beigetrieben hat.<sup>23 24</sup>

Wer gutgläubig besaß, den Besitz aber vor der Klagerhebung verlor, unterliegt der Vindikation nicht. Hat er aber gegen Entgelt veräußert, so haftet er dem Eigenthümer persönlich bis zum Belaufe seiner Bereicherung, wenn die Sache nachher unterging und demzufolge nicht mehr vindicirt werden kann.<sup>25</sup>

20) Vorausgesetzt ist Einlassung auf die Klage, vgl. l. 25 D. de rei vind. 6. 1. Etwas anderes wird auch in l. 27 pr. D. eod. nicht gesagt; Wächter, Erört. Heft 3 S. 128. Anderer Ansicht ist Vangerow Bd. 1 § 332 III 1a.

21) Dieser Fall der Vindikation stellte sich erst in der Zeit Hadrians fest. Nach Celsus libro 4 Digestorum l. 45 D. de her. pet. 5, 3 gab nur einen Anspruch wegen Dolus auf das Interesse des Klägers: *et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfit non decipi*. Die Schwierigkeit der Abhängung war es wohl, was andere Juristen dazu bestimmte, die Vindikation zuzulassen, l. 13 § 13 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum... et Celsus libro quarto digestorum scribit *ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri*. Auf diesen Gang der Entwicklung hat Demelius die Exhibitionspflicht S. 191 ff. aufmerksam gemacht.

22) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3.

23) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3. l. 7 D. de r. v. 6, 1. l. 95 § 9 D. de solut. 46, 3. Der *fictus possessor*, welcher die *Litisästimation* leistet, kann die Cession der Klage des Eigenthümers gegen den wirklichen Besitzer nicht fordern, l. 69, l. 70 D. de rei vind. 6, 1.

24) Der Erbe ist nach den Grundsätzen der Deliktssklagen verhaftet, l. 52 D. de r. v. 6, 1.

25) Die Quellen reden bald von einer *condictio*, bald von einer *actio negotiorum gestorum directa*. Voraussetzungen und Umfang des Anspruches sind bestritten. Nicht wenige gewähren die Klage nur gegen redliche Besitzer ohne Titel. So Ihering, Abhandlungen S. 78; Wächter, Erörter. Heft 2 S. 98; Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 43; Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 16 S. 306. Wegen der Beschränkung auf untitulirte Besitzer erklärt sich Windscheid: zwei Fragen aus der Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung Leipziger Universitätsprogramme 1878 — wo S. 4 Anm. 1 sich weitere Litteratur findet — und Krüger im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 13. Die Quellenstellen gehen allerdings von Fällen untitulirten redlichen Besitzes aus, l. 23 D. de reb. cred. 12, 1, l. 48 D.

## § 226. Form und Inhalt der Vindikation.

1. Wer in Rom mit der Eigenthumsklage auftrat, mußte das vindicirte Object von vornherein individuell genau bezeichnen und damit das Verfahren auf eine ganz bestimmte Basis stellen.<sup>1</sup> Nur aus besonderen Gründen gewährte man Erleichterungen.<sup>2</sup> Eine solche bildete die altüberlieferte Vindikation einer Heerde. Sie enthob den Kläger der Nothwendigkeit, Zahl und Beschaffenheit der einzelnen Stücke von vornherein im einzelnen zu bezeichnen; die Ausmittlung dessen, was ihm gehörte, geschah dann im Laufe des Verfahrens.<sup>3</sup>

Auch im heutigen Prozesse muß der Kläger natürlich den Gegenstand, um den es sich handelt, von vornherein derart bezeichnen, daß darauf hin Vertheidigung und Verurtheilung möglich ist. Aber eine specielle Beschreibung des Objectes in der Klage ist nicht mehr schlechthin nöthig. Man kann z. B. ein Gut vindiciren vorbehaltlich der

de neg. gest. 3, 5, l. 30 pr. D. de a. e. v. 19, 1. Indessen besteht kein innerer Grund, die Klage hierauf zu beschränken. — Eine andere Frage ist, ob der Beklagte von dem Erlöse der Sache abziehen darf, was er seinerseits beim Erwerbe für sie gab. Auch dies verneint Windscheid a. a. D. S. 37, jedoch sicher mit Unrecht. Denn dann würde der frühere Besitzer über den Betrag seiner Bereicherung hinaus haften, vgl. Zimmermann a. a. D. S. 53, Krüger a. a. D. S. 388. Auch Verwendungen, und zwar selbst luxuriöse, die er auf die Sache machte, wird er abziehen dürfen; sie mindern gleichfalls seine Bereicherung.

1) l. 6 D. de rei vind. 6, 1.

2) Der Miteigenthümer mußte in der Regel die Größe der eingeklagten Quote in der Klage angeben; doch ließ man aus besonderen Gründen ausnahmsweise eine *vindicatio incertae partis* zu, l. 76 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

3) Ueber die *vindicatio gregis* vgl. l. 1 § 3, l. 2, l. 3 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 23 § 5 D. eod., l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 452; Erner, Tradition S. 216; Göppert, einheitliche und zusammengelegte Sachen S. 96, siehe auch oben § 68 Anm. 7. Viele Schriftsteller behaupten freilich, daß Heerden und andere Naturganze wie einheitliche Sachen Gegenstand des Eigenthumes seien, daß man daher eine Heerde als solche „unabhängig von dem rechtlichen Verhältnisse der einzelnen Stücke“ in Anspruch nehmen könne, so daß der Beklagte auch diejenigen Stücke, welche „als einzelne nicht im Eigenthume des Klägers ständen“, herausgeben müsse, nur nicht die ihm selbst gehörenden. So Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 6. Doch welchen inneren Grund hätte es, daß der Kläger, was ihm nicht gehört, dem besitzenden Beklagten entreißen könnte! Die Quellen wissen hiervon nichts. l. 2 D. h. t. „in restitutionem non veniunt aliena capita“. Siehe Dernburg, Pfandrecht S. 456; Erner a. a. D. — Auch die Ansicht von Erner, daß, wer den Beweis des Eigenthumes an der Mehrzahl der Stücke geführt habe, die Präsumtion des Eigenthumes der übrigen Stücke habe, ist nicht zu begründen. Die *vindicatio gregis* bezweckte Vindikation der einzelnen Stücke unter prozessualischer Erleichterung bezüglich der Angabe der Zahl und der Beschaffenheit des Heerdenviehes in der Klage. Nicht im Widerspruch steht l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2. Wer eine Heerde vindicirte und dieselbe, wenn auch nach Vermehrung durch andere Stücke, später nochmals vindicirt, fordert die früher eingeklagten Stücke nochmals, wenn auch vielleicht das zweite Mal zugleich mit anderen. Um deswillen steht ihm die *exceptio rei iudicatae* entgegen. Die nach dem ersten Prozesse hinzugekommenen Stücke besonders zu vindiciren, ist dagegen nicht verwehrt.

späteren Ermittlung der in ihm enthaltenen Grundstücke; nicht weniger kann man Sachgesammtheiten, z. B. ein Waarenlager, das Inventar eines Landgutes, der Art einklagen, daß zuerst das Recht des Klägers im allgemeinen festgestellt und dann erst über die einzelnen zugehörigen Stücke verhandelt wird.<sup>4</sup>

2. Der Kläger hat sein Eigenthum zu beweisen,<sup>5</sup> nicht weniger den Besitz des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung oder Dolus desselben, welcher ihn wie einen Besitzer verhaftet.<sup>6</sup>

Der Beweis des Eigenthumes geschieht durch Darlegung eines Erwerbstitels. Stützt sich der Kläger auf derivativen Erwerb, so hat er auch das Eigenthumsrecht seiner Rechtsvorfahren darzuthun.<sup>7</sup> Doch genügt äußerstenfalls der Nachweis des Besitzes während der Erfindungszeit.

3. Gegenstand der Klage und der Verurtheilung ist Anerkennung des Eigenthumes des Klägers durch den Richter.

Hieran schließt sich die Verurtheilung zur Herausgabe der Sache und ihres Zubehörtes,<sup>8 9</sup> außerdem aber auch zu Leistungen

4) Anders nach römischem Rechte, l. 3 § 1 D. de rei vind. vgl. auch l. 56 D. eod. — Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 8, 5. Auflage hält, entgegen seinen früheren Auflagen, eine vindikation von Sachgesammtheiten, die nicht Naturganze sind, für unzulässig. Denn „die Quellenzeugnisse reichen über die Heerden nicht hinaus“. Wer, wie wir, die Frage als eine prozessualische betrachtet, kann den römischen Prozeßvorschriften keine praktische Bedeutung beilegen.

5) l. 9 D. de rei vind. 6, 1.

6) l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1.

7) Dies ist Streitfrage. Die hier vertheidigte Ansicht war schon zur Zeit der Glossatoren herrschend. Aber bereits damals gab es Dissidenten, vgl. Landsberg, Glossa S. 269. Für die strengere Auffassung sind u. a. Glück Bd. 8 S. 156, Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 1, Windscheid Bd. 1 § 196 Anm. 3. Eine laxere Auffassung, wonach der Nachweis des Eigenthumes der Rechtsvorgänger auch bei derivativem Erwerbe nicht nöthig sein soll, vertritt u. a. Thibaut im Archiv für civ. Praxis Bd. 6 n. 15 und Brinz Bd. 1 § 168. Brinz findet es natürlicher, gerächter und der überhaupt auf Glaubhaftigkeit, nicht Evidenz angewiesenen Theorie des Beweises entsprechender, den Kläger, der ein Eigenthumserwerbsgeschäft nachweise, insofern als Eigenthümer zu erachten, als Beklagter nicht ebensoweit für sich oder das Nichteigenthum des Gegners erhärtet. Aber ein Eigenthumserwerbsgeschäft ist leicht herzustellen und geht oft unter bedenkliden Umständen vor sich, kann daher Eigenthum allein nicht darthun. Auch ist nicht zu vergessen, daß jede Erleidterung, die wir dem vindikanten zugestehen, den Besitzer beschwert. — Sind die Voraussetzungen der actio Publiciana vorhanden, so steigt der Kläger als publicianisch berechtigter, sofern sich seine vindikation, was in der Regel der Fall sein wird, als actio Publiciana auffassen läßt. Vgl. unten § 223 am Ende. Manche verlangen freilich ausdrückliche Annulation.

8) Vgl. l. 246 § 1 D. de V. S. 50, 16. Es sind auch die Pertinenzien — oben § 77 — herauszugeben, sofern sie nicht dem Beklagten gehören. Doch heben dies die Quellen nicht speciell hervor.

9) Was den Ort der Restitution anlangt, so hat der redliche Besitzer bewegliche Sachen zu restituiren, wo sie sich befinden; doch kann der Kläger ihre Restitution am Klageorte auf seine Gefahr und Kosten fordern. Der unredliche Besitzer, welcher

persönlicher Natur. Dabei greift der Unterschied zwischen redlichen und unredlichen Besitzern ein.

a) Der redliche Besitzer ist für die Zeit vor der Klageerhebung nicht verantwortlich.<sup>10</sup> Von der Klageerhebung an steht er für Verschuldung ein.<sup>11</sup>

Der unredliche Besitzer dagegen ist wegen Nachlässigkeit auch verantwortlich, wenn sie sich vor dem Prozeßbeginne ereignete. Vom Prozeßbeginne an steht er sogar für Zufall ein, es sei denn, daß dieser auch den Kläger nachweisbar getroffen hätte, wenn die Sache zur Zeit des Prozeßbeginnes herausgegeben worden wäre.<sup>12</sup>

b) Der redliche Besitzer hat die zur Zeit der Klageerhebung bei ihm vorhandenen Früchte zu restituiren,<sup>13</sup> ferner zu erstatten, was er nach der Klageerhebung aus der Sache gewonnen hat und aus ihr als guter Hausvater hätte gewinnen können und sollen.<sup>14</sup>

Der unredliche Besitzer hat allen Gewinn herauszugeben, den er aus der Sache vor oder nach der Klageerhebung gezogen hat, ferner was er vor dem Prozeßbeginne nachlässigerweise aus der Sache zu ziehen versäumte. Nach dem Prozeßbeginne hat er zu ersetzen, was der Eigentümer hätte ziehen können, selbst wenn der Besitzer persönlich nicht im Stande war, derartigen Gewinn zu machen.<sup>15</sup>

4. Das Recht des Klägers, sein Interesse einseitig durch jura-

die Sache von dem Orte wegbrachte, an dem er den Besitz überkam, hat sie dorthin auf seine Kosten zurückzuliefern, l. 10, l. 11, l. 12 D. de rei vind. 6, 1.

10) Vgl. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum... nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi rem suam neglexit, nulli querellae subjectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.

11) l. 21, l. 36 § 1, l. 45 D. de rei vind. 6, 1, siehe oben § 154 Anm. 11.

12) Siehe oben § 154 Anm. 11 bis 13.

13) l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Vgl. oben § 205.

14) § 2 J. de officio iudicis 4, 17... si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. Vgl. R.G. Bd. 3 S. 202.

15) l. 62 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum: Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fructus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. quam sententiam Julianus quoque probat. Vgl. l. 4 C. unde vi 8, 4. Savigny Bd. 6 § 217 behauptet, der bösgläubige Besitzer habe nur die Früchte zu ersetzen, wegen deren Vernachlässigung ihn ein Vorwurf treffe. — Vgl. hiergegen Wächter, Erört. Heft 3 S. 133, Wangerow Bd. 1 § 333 II 1c, Windscheid Bd. 1 § 124 Anm. 6. Allerdings äußern einige Stellen, der malae fidei possessor hafte für das, was er „percepit aut percipere poterat“, so namentlich l. 5 C. de rei vind. 3, 32. Dabei ist aber an Fälle gedacht, in denen der Kläger nicht mehr aus der Sache hatte ziehen können als der Beklagte. Konnte der Kläger höheren Gewinn erzielen als der Beklagte, so hat dieser den Ersatz um deswillen zu leisten, weil ihn die Schuld an dem klägerischen Verlust dadurch trifft, daß er die Sache nicht rechtzeitig herausgab.

mentum in litem zu taxiren, wenn der Beklagte die Sache ungehorsamer Weise nicht herausgibt,<sup>16</sup> besteht derzeit in römischer Weise nicht mehr. Vielmehr unterliegt es dem Ermessen des Richters, ob der Beweisführer zu einer einseitigen eidlichen Taxation seines Interesses zu verstaten ist.<sup>17</sup>

### § 227. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation.

Nicht selten ist der Besitzer zur Zurückhaltung der vindicirten Sache befugt.

1. Dies ist der Fall, wenn ihm ein dingliches Recht auf Besitz oder Innehabung, z. B. Faustpfandrecht oder Nießbrauch, zusteht,<sup>1</sup> ferner wenn ihm eine nicht willkürlich widerrufbare Concession des Besitzes seitens des Eigenthümers ertheilt ist, z. B. auf Grund eines suspensiv bedingten Veräußerungsgeschäftes für die Zeit des Objchwebens der Bedingung.<sup>2</sup>

Nach heutigem Rechte unterliegt auch der Miether und Pächter, solange er kontraktgemäß in der Miethsache ist, der Vindikation des Vermiethers nicht.<sup>3</sup>

2. Der Besitzer hat weiter ein Retentionsrecht wegen Verwendungen<sup>4</sup> bis zu deren Erstattung auf Grund einer exceptio doli.<sup>5</sup>

Verwendungen sind entweder nothwendige oder nützliche oder Luxusausgaben.

16) l. 2, l. 5 pr. D. de in litem jurando 12. 3.

17) C.P.D. § 260.

1) Nach der nov. 18 cap. 10 durfte sich der Beklagte, welcher das Eigenthumsrecht des Klägers bestritten und diesen hierdurch zum Beweise genöthigt hatte, nicht hinterher in demselben Prozesse auf ein vom Kläger herkommendes dingliches Recht, z. B. ein Pfandrecht, berufen. Er mußte vielmehr die Sache herausgeben und sein angebliches dingliches Recht klagend verfolgen, Vindischeid Bd. 1 § 197 Anm. 1. Diese prozessrechtliche Vorschrift ist durch das Einföhrungsgezet zur C.P.D. § 14 außer Kraft gesetzt. Der Richter kann jedoch nach seinem Ermessen ein Theilurtheil über den Klageanspruch fällen.

2) l. 7 § 3 a. C. D. de juro dotium 23. 3.

3) Vgl. Ziebarth, die Obligation und Realrefekution S. 40. Der Satz entspricht freilich dem reinen römischen Rechte nicht.

4) W. Sell in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 8 und 9; Leist, civil. Studien Heft 2 S. 11 ff.; Pernice, Labes Bd. 2 S. 122, 175. — Die Impensenansprüche des Besitzers einer Erbschaft wurden im entwickelten römischen Rechte anders gestaltet, als die des Besitzers einer einzelnen Sache. — Verwendungen müssen nicht nothwendig körperliche Veränderungen der Sache bewirken; auch Vermessungen, Pläne, Kostenschläge können hierher gehören, Leist, Studien Heft 2 S. 25.

5) l. 48 D. de rei vind. 6. 1, abgedruckt unten Anm. 13. Es ergibt sich hieraus, daß diese Gegenansprüche nicht vor der Kaiserzeit Anerkennung fanden.

a) *Nothwendige* — *necessariae* — dienen der Erhaltung der Sache, z. B. Kosten der Wiederherstellung von Gebäuden und von Dämmen, sowie Ausführung nothwendiger Dämme und unentbehrlicher neuer Gebäude, Arzneikosten für Thiere.<sup>6</sup>

b) *Nützliche* — *utiles* — oder *Meliorationen* steigern die Rente<sup>7</sup> oder den Verkaufswerth der Sache, z. B. durch Erbauung von Miethshäusern.<sup>8</sup>

c) *Luxusaussgaben* — *voluptuariae* — haben keinen wirthlichen Nutzen, wenn sie auch Annehmlichkeiten gewähren.<sup>9</sup>

Nothwendige Verwendungen sind dem unredlichen wie dem redlichen Besitzer zu ersetzen.<sup>10</sup>

Erstattung nützlicher Auslagen kann der redliche Besitzer in der Regel fordern, soweit sie den Werth der Sache noch zur Zeit ihrer Herausgabe vermehren, jedoch nie über den aufgewendeten Betrag hinaus.<sup>11</sup>

Bezahlung von Luxusaussgaben kann auch der redliche Besitzer dem Eigenthümer nicht ansinnen.

Verwendungen, für die er keinen Ersatz erhält, darf jeder Besitzer wegnehmen, sofern er die Sache wieder in den früheren Stand versetzt — *jus tollendi*. Voraussetzung ist, daß die Wegnahme nicht ohne pekuniären Nutzen für ihn ist.<sup>12</sup>

6) l. 1—4 D. de impensis in res dotales 25, 1.

7) Ulp. fragm. VI § 16, l. 5 § 3, l. 6 D. de impensis 25, 1.

8) l. 10 D. de impensis 25, 1, l. 79 § 1 D. de V. S. 50, 16.

9) l. 7 D. de impensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

10) Der Dieb hat keinerlei Ersatzansprüche, l. 13 D. de cond. furtiva 13, 1, l. 1 C. de infant. expos. 8, 51. Andere bösgläubige Besitzer erhielten sie für nothwendige Verwendungen durch l. 5 C. de rei vind. 3, 32 von Gordian, vgl. übrigenß l. 38 D. de her. pet. 5, 3.

11) Celsus libro 3 digestorum l. 38 D. de rei vind. 6, 1. In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet... finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est etsi plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

12) l. 37 D. de rei vind. 6, 1 und die oben Anm. 11 abgedruckte l. 38 D. eod.

Der redliche Besitzer muß sich den ihm zugefallenen Fruchtfrüchten auf seine Forderungen wegen Verwendungen anrechnen lassen.<sup>13</sup>

Kosten der Fruchtbestellung mindern den Fruchttertrag. Sie fallen daher stets dem zur Last, welcher die Früchte zu beanspruchen hat.<sup>14</sup>

In der Regel kann der Rechtsnachfolger auch diejenigen Verwendungen in Rechnung stellen, welche seine Rechtsvorfahren auf den Klagegegenstand machten, da er sie von diesen gewissermaßen mit erworben hat.

Verwendungen auf die fremde Sache kann man nur im Wege der Einrede, nicht aber mittelst selbständiger Klage geltend machen.<sup>15</sup>

### § 228. Die publicianische Klage.<sup>1</sup>

Die publicianische Klage soll redlichen titulirten Erwerbem den Besitz im Falle des Verlustes zurückverschaffen. Sie ist der Eigenthumsklage nachgebildet. Doch greift sie nicht absolut, wie diese, jedermann gegenüber durch, führt vielmehr nur gegenüber minderberechtigten Besitzern zum Siege. Es liegt ihr der Gedanke zu Grunde, daß der gutgläubige titulirte Erwerber, auch wenn er nicht Eigenthümer wird, dennoch ein dingliches Recht von relativer Kraft bezüglich der Sache hat.<sup>2</sup>

Die Bildung der publicianischen Klage wurde durch eine Fiktion vermittelt. Man fingirte nämlich, daß der Kläger während der vollen Ersetzungzeit besessen habe. Wäre er unter dieser Unterstellung auf Grund des Vorhandenseins der anderen Voraussetzungen der Ersetzung

13) l. 48 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 2 responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

14) l. 46 D. de usuris 22, 1, l. 7 pr. D. soluto matrimonio 24, 3, l. 3 § 1. l. 16 D. de in pensis 25, 1, l. 1 C. de fructibus 7, 51, l. 6 § 3 D. de operis serv. 7, 7.

15) l. 48 D. de rei vind. 6, 1 — oben Anm. 13 —, l. 33 D. de cond. indeb. 12, 6, l. 14 D. de doli mali exc. 44, 4, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3 — anders in l. 5 § 2 D. de in pensis 25, 1. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 422 Anm. 7.

1) Tit. Dig. de Publiciana in rem actione 6, 2. Deurer, über den Schutz des relativ besseren Rechtes in Iherings Jahrb. Bd. 1 n. 5; Schulm. über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio 1873; Guschke, das Recht der Publicianischen Klage 1874; Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes 1878 S. 1 ff. und dessen edictum perpetuum S. 129.

2) Vgl. oben § 194.

Eigenthümer geworden, so sollte er wie ein Eigenthümer behandelt werden.<sup>3</sup> Die Beziehung auf die Ersetzung gab dem Anspruche des gutgläubigen Erwerbers Form und Gestalt. Aber sie legte seiner Entwicklung auch Fesseln an und brachte etwas fremdes in das Institut.

Die Voraussetzungen der Klage sind folgende:

1. Ein Erwerbstitel seitens des Klägers. Vom Kaufe ging man aus.<sup>4</sup> Andere Eigenthumserwerbsgründe wurden gleichgestellt.<sup>5</sup> Auch bloße Putativtitel müssen wie bei der Ersetzung genügen.<sup>6</sup>

2. Besitzerwerb und Besitzverlust.

In gewissen Fällen gab man publicianische Klagen Berechtigten, die niemals selbst im Besitze waren.<sup>7</sup>

3) Die Klageformel lautete: *si quem hominem A<sup>s</sup> A<sup>o</sup> emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure quiritium esse oporteret, si is homo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam c. s. n. p. a. Gaj. Inst. IV § 36. Lenel, edictum S. 131. Vgl. § 4 J. de act. 4, 6.*

4) Vgl. die oben § 194 Anm. 7 angeführten Ediktsworte und die in Anm. 3 enthaltene Klageformel. Nach der Regulirung des Kaufpreises wurde nicht gefragt, l. 8 D. de Publ. in rem actione 6, 2.

5) l. 3 § 1, l. 13 pr. § 1 D. h. t. 6, 2.

6) l. 5 D. h. t. 6, 2. Ulpian erachtet in l. 7 § 2 D. h. t. 6, 2 Kauf von einem Wahnsinnigen für genügend, Paulus verwirft in der l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4 die Publiciana auf Grund eines solchen Kaufes. Vom Standpunkte der justinianischen Kompilation läßt sich die Antinomie durch die Annahme lösen, daß die letztere Stelle dem Käufer die actio Publiciana nur gegen seinen Autor versage, weil er wegen der Richtigkeit des Kaufgeschäftes der exceptio domini desselben keine replicatio rei venditae et traditae entgegenstellen könne. So schon die Glosse ergo zu l. 7 § 2 D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 176 — und viele neuere, z. B. Rongerow Bd. 1 § 335 S. 667, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 5; siehe dort weitere Literatur.

7) Das publicianische Edikt und die Formel der publicianischen Klage forderten Tradition an den Kläger, und die römische Jurisprudenz bezeichnet als regelmäßige Klagebedingung „Besitzverlust“, Gaj. Inst. IV § 36, § 4 J. de act. 4, 6, l. 6, l. 9 § 6, l. 12 § 7, l. 13 pr. D. h. t. 6, 2. Dennoch erachtet die herrschende Meinung seit der Glosse *sunt et aliae* zu l. 3 pr. D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 325 — Besitzerwerb und Besitzverlust nicht als wesentliche Voraussetzung. Den schärfsten Ausdruck hat der herrschenden Meinung wohl Windscheid Bd. 1 § 199 Ziff. 2 gegeben, „daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei,“ lehrt er, „ist nicht nothwendig“, und er fügt erläuternd hinzu: „Besitzerwerb ist Erforderniß des dem redlichen Erwerber zu gewährenden Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbsthatsache ist, auf welche er sich stützt.“ Hiernach gäbe namentlich der Titel des Legates die publicianische Klage selbst dann, wenn der Legatar, dem der Nichteigenthümer vermachte, nie im Besitze gewesen wäre. Doch schärfere Prüfung zeigt, daß dies weder mit den Grundprincipien des Rechtes noch auch trotz täuschenden Scheines mit den Quellen vereinbar ist. Man denke: A. ist nicht ganz 30 Jahre im redlichen Besitze eines Grundstückes, ohne einen Titel nachweisen zu können, B., welcher weder Besitz, noch Titel, noch Redlichkeit hatte, aber Ansprüche auf das Grundstück erhob, vermachte es schließlich seinem Sohne C., welcher an die Ansprüche seines Erblassers glaubt. Kann nun C. auf Grund dieses Titels den A. mit der actio Publiciana aus dem Besitze setzen? Dies wäre sicher irrational. Man mißversteht die Quellen, wenn man derartiges aus ihnen folgert, vgl. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes S. 36. a) Die

3. Redlichkeit zur Zeit des Kaufes und des Besitzerwerbes.<sup>8</sup> Bei Titeln anderer Art muß Redlichkeit zur Zeit des Besitzerwerbes genügen.<sup>9</sup>

Da die Erziehung nach kanonischem Rechte zur Erziehung Redlichkeit während des ganzen Laufes der Erziehungszeit fordert, so verlangen manche Schriftsteller auch für die publicianische Klage Fortdauer des redlichen Besitzes. Dem ist nicht beizutreten. Die Beziehungen der publicianischen Klage zur Erziehung sind vorzugsweise historische, so daß die Weiterentwicklung der Erziehung keineswegs unmittelbar auch eine Veränderung der publicianischen Klage nach sich ziehen muß.<sup>10</sup>

4. Die Sache, um die es sich handelt, muß erziehungsfähig sein.<sup>11</sup>

Dies ist Folge der Anlehnung der Klage an die Erziehung. Innere Gründe sprechen für eine derartige Beschränkung der publicianischen Klage freilich nicht.<sup>12</sup>

Die publicianische Klage greift in der Regel gegenüber dem Eigenthümer nicht durch. Diesem steht vielmehr die exceptio

Hauptstütze der herrschenden Lehre ist 1. 1 §§ 1 und 2 D. de Publiciana actione 6. 2. Ulpianus libro 16 ad edictum: Merito praetor ait „nondum usucaptum“: nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam. sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem. cum satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum. Gewöhnlich liest man aus diesem Passus heraus, „Legat“ stehe ohne Besitzübertragung der Tradition gleich. Doch nicht von der Tradition handelt es sich hier, sondern von den Ediktsworten „nondum usucaptum“. Nichts anderes bemerkt Ulpian, als: wie der Kläger nicht auf die Publiciana verwiesen ist, wenn er usucapirt hat, so ist ihm diese auch nicht mehr schlechthin nothwendig, wenn er durch Legat Eigenthümer geworden ist, Lenel a. a. O. — Daß Legat und mortis causa donationes vom Nichteigenthümer die Publiciana nur amissa possessione erzeugen, deutet 1. 2 D. h. t. an. b) Nach 1. 7 D. h. t. begründet die Adjudikation die Publiciana: des Besitzerwerbes wird hierbei nicht gedacht. Dies beweist aber sehr wenig. Es handelt sich um die Untersuchung, welche causae justae seien, und es wird die Adjudikation hierher gerechnet; die sämtlichen Requisite der Publiciana daneben aufzuführen, konnte dem Juristen nicht in den Sinn kommen. c) Eine Publiciana ohne vorgängigen juristischen Besitz findet sich im Specialfalle der 1. 15 D. h. t., vgl. 1. 9 § 6 D. eod. d) Die Publiciana des Universalideicommissars, dem ex S. C. Trebelliano restituit ist, ist besonderer Art. Daß sie Eigenthum oder publicianischen Besitz des Erblassers voraussetzt, ist nicht zu bezweifeln, 1. 12 § 1. 1. 7 § 12 D. h. t.

8) Das Edikt verlangte bona fides zur Zeit des Kaufes, 1. 7 § 11 D. h. t. die Interpretation auch Redlichkeit zur Zeit der Tradition, 1. 7 §§ 14 ff. D. h. t.

9) Nach römischem Rechte schadet mala fides superveniens nicht, 1. 7 § 12 D. h. t. Ueber die 1. 11 § 3 D. h. t. siehe Vangerow Bd. 1 § 335 1d.

10) Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid Bd. 1 § 199, die hier vertheidigte Vangerow Bd. 1 § 199 II 1d, Brinz Bd. 1 S. 721.

11) 1. 9 § 5 D. h. t., siehe ferner 1. 12 § 4 D. h. t. Die 1. 12 § 2 D. h. t. spricht von der Publiciana des Emphyteuta.

12) Daher ist diese Beschränkung Streitfrage, aber freilich vom Standpunkte der justinianischen Legislation aus kaum bestreitbar. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II 1b, aber auch Brinz Bd. 1 S. 716.

dominii zur Seite.<sup>13</sup> Es giebt jedoch Fälle, in welchen diese Einrede durch eine Replikation überwunden werden kann.<sup>14</sup>

Auch gegenüber publicianischen Besitzern kann die publicianische Klage nur dann mit Erfolg durchgesetzt werden, wenn Kläger und Beklagter von demselben Autor erworben haben und wenn dem Kläger zuerst tradirt wurde.<sup>15</sup>

Die publicianische Klage bezweckt Anerkennung des besseren Rechtes des Klägers und Verurtheilung des Beklagten in alles, was derselbe bei der Eigenthumsklage zu leisten hätte. Andererseits können der publicianischen Klage dieselben Gegenansprüche wie der Eigenthumsklage entgegengesetzt werden.<sup>16</sup>

Die publicianische Klage kann auch dem Eigenthümer der Sache dienen, indem er sich auf seinen redlichen Erwerb stützt, ohne dessen

13) l. 16, l. 17 D. h. t. 6, 2.

14) Vgl. oben § 216 über die replicatio rei venditae et traditae. Noch andere Replikten sind zulässig z. B. die replicatio rei iudicatae. Ein Fall, in welchem der Beklagte mit der exceptio domini nicht durchdrang, findet sich in der l. 57 D. mandati 17, 1; hier erhielt der Sklavenhändler Restitution gegen die Erziehung seiner Sklaven wegen Abwesenheit. Ueber die vielbesprochene Stelle vgl. Wangerow Bd. 1 § 335 II 2<sup>a</sup>, Brinz Bd. 1 S. 722.

15) Bezüglich des Falles, daß Kläger und Beklagter von verschiedenen Nichteigenthümern publicianischen Besitz erhielten, waren die römischen Juristen nicht einig. Nach der einen Ansicht geht auch hier der publicianisch Berechtigte, welcher zuerst den Besitz erhielt, vor. Neratius libro 3 membranarum l. 31 § 2 D. de a. e. v. 19, 1: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est. Neratius faßt die Stellung des publicianischen Erwerbers bereits als ein Recht an der Sache auf und zog hieraus den Schluß, daß dem älteren Rechte, d. h. dem durch die frühere Tradition begründeten, der Vorzug zu geben sei. Julian und Ulpian aber vertraten die entgegengesetzte Auffassung. Ulpianus libro 16 ad edictum, l. 9 § 4 D. h. t. 6, 2: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est an is qui tantum emit — d. h. welcher nur zuerst gekauft hat. — Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerit, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis, quae sententia vera est. Diese letztere Ansicht theilte Paulus libro 14 ad Plautiam l. 14 D. qui potiores 20, 4: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignorerit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. Sie ist also diejenige der späteren Jurisprudenz, welche überhaupt vorzugsweise Julian folgte, und diejenige der justinianischen Compilation. Besonders zweifelhaft ist die Frage, wenn die beiden Prätendenten gegen einen schlechteren Besitzer gleichzeitig mit der Publicianischen Klage auftreten. Savigny Bd. 7 S. 308 not. m giebt hier dem älteren Erwerber den Vorzug. Folgerecht ist dies nicht. Vielmehr muß die Prävention der Klage entscheiden, wenn die Klagen beider Prätendenten in einem Verfahren behandelt werden. Sind die Klagen unabhängig von einander angestellt, so hat die Oberhand, wer zuerst die Execution durchsetzt. Vgl. Wangerow Bd. 1 § 335 II 2<sup>b</sup>.

16) l. 7 § 8 D. h. t., vgl. Gaj. Inst. IV § 36.

Rechtmäßigkeit darzuthun.<sup>17</sup> Einem Beklagten gegenüber, der ihm publicianisches Recht entgegenstellt, kann aber ein solcher Kläger regelrecht nur obsiegen, wenn er auf sein Eigenthumsrecht zurückgreift.

## VI. Persönliche Klagen.

### § 229. a) Die Grenzscheidungsklage.

Der Eigenthümer hat zum Schutze seines Eigenthumes außer den dinglichen zahlreiche persönliche Klagen theils gegen Nachbarn, theils gegen andere, die seine Sache bedrohen oder antaisten.

Aus dem Nachbarverhältniß entspringt die Grenzscheidungsklage — *actio finium regundorum*.<sup>1 2</sup> Sie nimmt den Landstrich bis zur behaupteten Grenze als Eigenthum des Klägers in Anspruch und sieht hiernach an Stelle der *Vindication*.<sup>3</sup> Aber ihr Hauptzweck ist der

17) Schulin, über einige Anwendungsfälle der *Publiciana in rem actio* 1873 führt aus, die *Publicianische* Klage beruhe nur auf Thatfachen, nicht auf einem Rechte. Da nun Thatfachen durch später eintretende Thatfachen nicht ungeschehen gemacht werden könnten, so bleibe die *actio Publiciana* für denjenigen, für welchen sie einmal begründet sei, auf ewige Zeiten zuständig, unabhängig von den Rechtsveränderungen, die inzwischen in Bezug auf die Sache vorgehen. Daher könne namentlich auch der gewesene Eigenthümer die *actio Publiciana* gegen einen unberechtigten Bestizer anstellen; dieser sei nicht befugt, ihm den Verlust des Eigenthumsrechtes vertheidigungsweise entgegenzustellen. Diese Auffassungen sind unhaltbar. Auch der *actio Publiciana* liegt eine Rechtsbeziehung zu Grunde; hört diese auf, so erlischt das Klagerrecht. Wie sollte auch gewesenes Eigenthum gegenwärtigen Besitz überwinden! ein todtcs das lebendige! Vgl. Jenz in Ihering's Jahrbüchern Bd. 14 n. 4. Huschke a. a. D. S. 29 ff., Brinz Bd. 1 S. 715.

1) Tit. Dig. finium regundorum 10, 1. Puchta, kleine civilistische Schriften n. 21; Wiederhold in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 3; Sternberg, ebendasselbst Bd. 17 n. 13; Hoffmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 31 n. 16 und Bd. 35 n. 10.

2) Ueber die Geschichte der *actio finium regundorum* haben eingehende Untersuchungen angestellt: Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 n. 7 und in den Schriften der römischen Feldmesser Bd. 2 S. 433, sowie Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 134; vgl. auch Beller, Aktionen Bd. 1 S. 235. — Das altrömische Recht unterschied den Streit *de fine* und *de loco*. Ein Streit „*de fine*“ lag vor, wenn es sich höchstens um die Breite von 5 Fuß, „*de loco*“, wenn es sich um eine größere Fläche handelte. Die *actio finium regundorum* betraf ursprünglich — darin hat Karlowa offenbar Recht — nur einen Streit um den *finis*, d. h. um eine Breite von höchstens 5 Fuß. Der Streit um größere Flächen war daher ursprünglich im Wege der *Vindication* auszukämpfen. Dies bezeugt bestimmt Frontinus *de controu. agrorum* I 44. 4. Aber schon in der klassischen Kaiserzeit hielt man dies sicher nicht fest, gab vielmehr auch wegen des *locus* Grenzscheidungsklagen, vgl. l. 60 D. de V. S. 50, 10. Ulpianus libro 69 ad edictum: *Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi . . . locus latere potest, quatenus determinetur et definiatur*, l. 4 pr., l. 7, l. 8 pr. D. fin. reg. 10, 1. Vieles ist in der geschichtlichen Entwicklung aufgefklärt.

3) l. 1 D. finium regundorum 10, 1. Paulus libro 23 ad edictum: *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*.

Grenzfrieden unter den Nachbarn. Sie hat also eine persönliche Richtung und ist *actio in personam*.<sup>4</sup> Nach diesem Zwecke bestimmt sich das einzelne.

1. Die Klage setzt einen Grenzstreit voraus. Der ruhige Besitz der Grenze muß thatsächlich oder wörtlich in Frage gestellt sein.<sup>4</sup>

Sind die Nachbargrundstücke mit Gebäuden besetzt, die durch Grenzmauern geschieden sind, so findet die Grenzscheidungsklage nicht statt. Denn die Grenzmauer stellt eine feste Grenze und deren sicheren Besitz her. Eine etwaige Rektifikation ist mittels der Eigenthumsklage zu bewirken.<sup>5</sup>

Zwischen Besitzungen, die ein öffentlicher Fluß oder ein öffentlicher Weg scheidet, ist die Grenzscheidungsklage nicht zulässig, weil jene nicht an einander grenzen.<sup>6</sup> Herüberdrängen des Weges auf das Nachbargrundstück berechtigt aber den benachtheiligten Nachbarn, Schadensersatz — mit der *actio viae rejectae* — zu fordern.<sup>7</sup>

2. Legitimirt zur Erhebung der Grenzscheidungsklage ist der Eigenthümer eines der zusammengrenzenden Grundstücke, mag er nun im Besitze des Grenzstreifens sein oder nicht. Denn auch der besitzende Eigenthümer ist an der Sicherung der Grenze interessirt. Richtiger Beklagter ist der Eigenthümer des Nachbargrundstückes. Miteigenthümer müssen zusammen klagen,<sup>8</sup> zusammen verklagt werden, da sonst die Sicherung der Grenze nicht zu erreichen ist. Die Entscheidung unter den Eigenthümern macht Rechtskraft für und gegen dinglich Berechtigte, auch wenn diese am Prozesse nicht Theil nahmen, es sei denn Kollusion nachweisbar; denn die Sentenz wird für und gegen das Grundstück gefällt.<sup>9</sup>

Auch dinglich Berechtigte, insbesondere der Superficiar, Emphyteuta, Nutznießer können den Umfang ihres Rechtes durch die Grenz-

4) l. 1 D. h. t. 10, 1.

5) Für die Regel werden *praedia rustica*, d. h. gebäudeleere Plätze gefordert, l. 2 pr., l. 4 § 10 D. h. t. Daß aber die Grenzscheidungsklage auch stattfindet, wenn jemand mit einem Gebäude die Grenze des ländlichen Nachbargrundstückes überschreitet, besagt l. 2 pr. D. cit. ausdrücklich. Aus der l. 4 § 10 D. cit. geht hervor, daß man die Grenzscheidungsklage nur ausschloß, wo Gebäude durch Grenzmauern begrenzt sind. Vgl. Buchta a. a. O. S. 350.

6) l. 4 § 11, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 1.

7) l. 3 pr. D. de via publica 43, 11.

8) arg. l. 4 § 7 D. h. t.

9) l. 4 § 5 D. h. t. 10, 1 „magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur“. Doch ist klar, daß die Entscheidung den dinglich Berechtigten nicht präjudicirt, wenn sie auf Rechtsgeschäften beruht, welche die Eigenthümer nach Begründung des dinglichen Rechtes, z. B. des Pfandrechtes, abgeschlossen und durch welche sie einen Theil des Grenzlandes abtraten. Vgl. l. 21 D. quae in fraudem 42, 8.

scheidungsklage feststellen lassen.<sup>10</sup> Aber die Entscheidung in diesem Prozesse kann dem Eigenthümer weder nützen noch schaden.<sup>11</sup>

Nedlichen Besitzern ist die Klage gleichfalls zu gewähren, und Besitzer jeder Art können verklagt werden.<sup>12</sup> Auch derartige Prozesse erstrecken ihre Rechtskraft nicht über die Prozeßparteien.

3. Die Grenzscheidungsklage ist *actio duplex*.<sup>13</sup> Der Richter hat daher nicht bloß unbegründete Anträge des Klägers abzuweisen; vielmehr muß er den vom Beklagten behaupteten Grenzzug, wenn er ihn richtig findet, anerkennen. Denn die Beseitigung der Unsicherheit der Grenze liegt in allgemeinem Interesse.

4. Für die Festsetzung der Grenze ist in erster Linie das Eigenthum maßgebend; dasselbe kann sich auf außerordentliche Erziehung stützen.<sup>14</sup> In zweiter Linie entscheidet ruhiger Besitz.<sup>15</sup> Bestand auch solcher nicht, so ist der streitige Grenzstreifen wie gemeinsames Land zu behandeln und unter die Nachbarn zu theilen.<sup>16</sup>

Die ermittelte bisherige Grenze kann un Zweckmäßig sein. Sie wird z. B. durch einen Bach gebildet, der seinen Lauf regelmäßig verändert. Dann ist der Richter befugt, eine neue, zweckmäßigere Grenze zu ziehen,<sup>17</sup> um den Frieden unter den Nachbarn dauernd herzustellen. Natürlich ist der Nachbar, welchem hierbei Land entzogen wird, zu entschädigen.

5. Das Erkenntniß über die Grenzscheidungsklage hat die Grenze festzustellen. Es hat ferner anzuordnen, daß sie äußerlich markirt werde.<sup>18</sup> Natürlich fällt dies weg, wenn bereits Grenzzeichen stehen, welche das Erkenntniß gegenüber Bestreitung als die richtigen anerkennen.

10) l. 4 § 9 D. h. t. 10, 1.

11) Anderer Ansicht Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 397, weil die Grenze nichts relatives, nur zwischen Personen bestehendes, sondern eine für alle geltende Eigenschaft des Grundstückes sei. So auch Prinz Bd. 1 § 177. Aber die dinglich Berechtigten können nur als legitimirt gelten, über die Grenze ihres Rechtes, nicht über die des Grundstückes zu streiten.

12) Die Quellen sprechen sich freilich über diese Fragen nicht aus.

13) l. 37 § 1 D. de obl. et. act. 44, 7.

14) Vgl. oben § 220 Anm. d. Hat Kläger die streitige Fläche früher vindicirt und wurde er abgewiesen, so steht ihm die Einrede rechtskräftiger Entscheidung in der Grenzscheidungsklage insoweit entgegen, als er sich auf Eigenthum stützt.

15) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen, l. 2 D. uti possidetis 43, 17. Daher haben die alten Grenzzeichen Gewicht, l. 11 D. h. t., die in der Regel den Besitz darthun.

16) l. 2 § 1 D. h. t. 10, 1.

17) § 6 J. de officio iudicis 4, 17.

18) l. 8 pr. D. h. t. 10, 1. Besteht kein eigentlicher Grenzstreit, sind aber die

Auch Geldansprüche können geltend gemacht werden, namentlich wegen der seit dem Prozeßbeginne von unserem Grenzstücke gewonnenen Früchte. Ersatz der vom bösgläubigen Nachbarn vor dem Prozesse gezogenen Früchte ist in besonderem Verfahren zu fordern.

§ 230. b) Cautio damni infecti.<sup>1</sup>

Es giebt Fälle, in denen man sich gegen drohenden Schaden, für den man sonst Ersatz nicht erhalten würde, durch cautio damni infecti sichern kann.<sup>2</sup>

Diese Fälle ordnen sich zwei Hauptkategorien unter. Kautio kann nämlich gefordert werden: einmal wegen Anlagen, die im Nachbargrundstücke bereits bestehen, und zweitens wegen Unternehmungen, die in einem Grundstücke beabsichtigt sind.

Der Anspruch auf Kautio ist ein subsidiäres Rechtsmittel.<sup>3</sup>

1. Der Hauptfall des Schutzes wegen bereits bestehender Anlagen ist die Kautio wegen drohenden Einsturzes von Nachbargebäuden.<sup>4</sup> Sie kann aber auch gegenüber anderen baufälligen Anlagen, z. B. Dämmen, Terrassen, sowie gegen das Ueberstürzen schadhafter Bäume gefordert werden.<sup>5</sup>

Die Kautio ist nicht für den Fall bestimmt, in welchem den Nachbar eine Schuld trifft; sie greift auch nicht ein, wo der Schaden in reinem Zufall seinen Grund hat. Es handelt sich um ein mittleres.

Ist der Nachbar nämlich in Schuld, so haftet er ohne weiteres auf vollen Ersatz des Schadens nach der lex Aquilia. So namentlich dann, wenn ein Gebäude mit seinem Wissen und Willen den Kunstregeln zuwider auf seinem Grundstücke errichtet wurde, so daß es das Nachbargrundstück durch Einsturz beschädigt.

Grenzzeichen, z. B. durch eine Uberschwemmung oder durch Alter, schadhast geworden, und einigen sich die Parteien über deren Herstellung nicht, so kann jeder Theil eine gerichtliche Anordnung über deren Erneuerung auf gemeinsame Kosten verlangen. Dies ergibt die Natur der Sache und entspricht der Praxis. Wiederhold a. a. D. Bd. 13 S. 44 steht mit Unrecht in solchem Verfahren das Wesen der römischen actio finium regundorum; dagegen Sternberg a. a. D.

1) Tit. Dig. de damno infecto 39, 2. Eine erschöpfende Monographie lieferte Burdhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 zweiter Theil 1875. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die ältere Litteratur.

2) Das Edikt siehe in l. 7 pr. D. h. t. 39, 2 und bei Lenel, edictum S. 299.

3) l. 18 § 9, l. 32 D. h. t. 39, 2; Burdhard a. a. D. S. 251 ff.

4) l. 7 §§ 1 und 2 D. h. t.; Burdhard a. a. D. S. 34.

5) l. 24 § 9 D. h. t. 39, 2.

Ist andererseits ein Schaden durch bloßen Zufall entstanden, z. B. durch ein Erdbeben, welches Häuser niederstürzt, oder durch einen Orkan, welcher Bäume umwirft, so ist dies ein Unglück, für welches dem Beschädigten niemand aufkommt, selbst dann nicht, wenn ihm eine *cautio damni infecti* gestellt wäre.<sup>6</sup>

Die Kautio giebt Schutz in Fällen, in welchen der Schaden durch zweckentsprechendes Thun oder angemessenes Unterlassen des Nachbarn verhütet werden kann.<sup>7</sup>

Sie sichert nur gegen Gefährdungen durch Anlagen. Es macht aber keinen Unterschied, ob der Schaden in fehlerhaftem Baugrund oder in schadhafem Bau seine Ursache hat.<sup>8</sup>

Ein direkter Zwang zur Leistung der Kautio findet nicht statt. Dem Kautionspflichtigen ist nur die Alternative gestellt „*cavere*“ oder „*carere*“, d. h. er hat entweder die Kautio zu leisten oder er verliert sein Grundstück.<sup>9</sup>

2. Die Kautio hat ferner zu stellen, wer eine Thätigkeit — *opus* — beabsichtigt, zu der er an sich berechtigt ist, die aber dem Grundstück eines anderen ungerechtfertigten Schaden bringen kann.<sup>10</sup>

Sie hat unter anderem zu leisten, wer den Eintritt in ein fremdes Grundstück beansprucht, um ihm gehörige Objekte von dort wegzunehmen, z. B. durch Ueberschwemmung übergeführte oder übergefallene Erde,<sup>11</sup> ferner wenn man auf seinem Grundstück oder auf

6) 1. 24 §§ 3, 4 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum: *Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod iniuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam.* vgl. l. 24 § 9 eod.

7) l. 24 § 8 D. h. t. 39, 2. Cassius quoque scribit, quod contra ea damnum datum est, cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere.

8) Kautio kann nicht gefordert werden, wenn nicht sowohl eine Anlage als das Grundstück selbst nach seiner natürlichen Bodenbeschaffenheit Schaden droht, z. B. einen Erdrutsch in Aussicht stellt, l. 24 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 81 ad edictum . . . *vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accideas extrinsecus infirmiores eas facit: denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est.* — Nicht im Widerspruche steht l. 38 § 1 D. h. t., wo ein Gegensatz zwischen „*agri*“ und „*aedificii*“ vitium gemacht wird. Denn hierbei kann sehr wohl an Dämme, Terrassen, Bäume gedacht sein. So Burdhard a. a. D. S. 146 ff., dagegen freilich Brinz Bd. 1 S. 672.

9) l. 9 pr. D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum . . . *unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit.*

10) Man spricht hier von vitium operis im Gegensatz zum vitium aedium. vgl. l. 19 § 1 D. h. t. 39, 2.

11) l. 9 § 1, l. 15 D. ad exhibendum 10, 4.

öffentlichem Boden Anlagen beabsichtigt, die einen anderen bedrohen,<sup>12</sup> z. B. Steinbrüche, die dessen Grundstück unterhöhlen und hierdurch dessen Einsturz herbeiführen können.<sup>13</sup>

Die Alternative, in welche der Kautionspflichtige hier kommt, ist Unterlassen der Unternehmung oder Kaution. Sie wird durch Verbot der Unternehmung bis zur Leistung der Kaution gesetzt. Und zwar genügt Privatverbot, wenn etwas innerhalb des Grundstückes des Verbietenden vorgenommen werden soll, sonst bedarf es gerichtlichen Verbotes.

### § 231. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen.

Die Kaution wegen Gefährdung durch bestehende Anlagen ist besonders zu betrachten.

1. Wer ist berechtigt, die Kaution zu fordern? In erster Linie der Eigenthümer des bedrohten Grundstückes,<sup>1</sup> außerdem dinglich Berechtigte, insbesondere Superficiare, Nießbraucher,<sup>2</sup> Pfandgläubiger,<sup>3</sup> endlich auch andere Personen, auf deren Gefahr die Sache steht.<sup>4</sup> Es ist das Recht auf die Kaution folgerecht auch gutgläubigen Besitzern des Grundstückes nicht zu versagen.<sup>5</sup>

12) Vgl. l. 3 § 11 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 38 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 1 § 14 D. de cloacis 43, 23.

13) In der Regel freilich ist es gestattet, auf dem eigenen Grundstücke frei zu schalten, auch wenn hieraus einem Nachbargrundstücke Nachtheil erwächst; vgl. oben § 199 Anm. 2. Aber dies gilt — auch abgesehen von Immissionen — nicht unbeschränkt. Gegen Handlungen außergewöhnlicher Art, welche die Integrität eines Nachbargrundstückes mit besonderen Gefahren bedrohen, kann sich der Nachbar durch cautio schützen, l. 24 § 12 D. h. t. 39, 2 . . . si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Vgl. Burchard a. a. D. S. 52.

14) Vgl. Burchard a. a. D. S. 526.

1) Vgl. Burchard a. a. D. S. 275.

2) l. 13 § 8 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. l. 39 § 2 D. eod.

3) l. 11 D. h. t. 39, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 392.

4) l. 18 pr. D. h. t. 39, 2. Paulus libro 48 ad edictum: Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est. Vgl. über einen Fall, in welchem der Käufer bereits vor der Tradition aus diesem Grunde ein Recht auf Kaution hat, l. 38 pr. D. h. t. — Auch Miether und Bewohner des bedrohten Hauses haben ein Recht auf Kaution wegen ihrer eingebrachten Mobilien, l. 13 § 5 D. h. t. 39, 2. Ceterum — sagt Ulpianus libro 53 ad edictum l. 13 § 4 D. h. t. 39, 2. — neque ei qui in meo deambulet, neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, cavere debet.

5) Allerdings spricht sich für das Gegentheil Ulpianus libro 53 ad edictum unter Berufung auf Marcellus aus, l. 13 § 9 D. h. t.: Sed ei, qui bona fide a

Der Beklagte hat die Kaution zu leisten, ohne daß vorher bewiesen werden muß, daß Kläger zu ihrer Forderung legitimirt ist.<sup>6</sup> Der Kläger hatte nach römischem Rechte nur seine Angaben durch ein *juramentum calumniae* zu erhärten. Dies ist dem heutigen Prozesse fremd. An Stelle dessen hat er derzeit dem Gerichte seine Legitimation glaubhaft zu machen.

Erst wenn der Zusammensturz der Anlage erfolgt ist, muß, wer Ansprüche aus der ihm gestellten Kaution geltend machen will, im Streitfalle nachweisen, daß er rechtlich legitimirt war, die Leistung der Kaution zu beanspruchen.

2. Wer ist verpflichtet, die Kaution zu leisten? Kautionspflichtig ist der Eigenthümer der schadendrohenden Anlage. Der Eigenthümer leistet die Kaution in eigenem Namen, und zwar durch einfaches Versprechen — *nuda repromissio*.<sup>7</sup> Wie der Eigenthümer wird der gutgläubige Besitzer behandelt.<sup>8</sup>

Die Kaution müssen ferner leisten, um sich ihr Recht zu erhalten, dinglich Berechtigte, insbesondere *Superficiare*, Nießbraucher, Pfandgläubiger, sofern sie Kenntniß vom Verlangen der Kaution haben. Sie gelten aber als für den Eigenthümer promittirend und haben daher Bürgschaft — *satisdatio* — zu stellen.<sup>9</sup>

3. Das Versprechen geht auf Erjaß des vollen Interesses des Stipulanten für den Fall des Einsturzes.<sup>10</sup>

Die Kaution ist für eine richterlich festzustellende Zeit zu versprechen. Je nach Umständen ist die Zeit später zu verlängern.<sup>11</sup>

4. Die Kaution wurde in Rom nicht direkt erzwungen, auch wenn der Prätor den Beklagten als kautionspflichtig erkannte.

Vielmehr ertheilte der Prätor dem Bedrohten, welchem die Kaution nicht gestellt wurde, eine Einweisung in das schadendrohende Grund-

non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait und ebenso l. 11 D. eod. Aber nach dem in Anm. 4 citirten l. 18 pr. D. h. t. Satz von Paulus ist auch dem gutgläubigen Erwerber der Kautionsanspruch nicht zu versagen. So Burdhard a. a. O. S. 306; Windscheid Bd. 7 § 459 Anm. 3. Anderer Ansicht Rengerow Bd. 3 § 678 S. 553.

6) l. 13 § 3 D. h. t. 39, 2.

7) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10 D. h. t. 39, 2. Miteigenthümer sind nach ihren Eigenthümtheiten verpflichtet, l. 40 § 3, l. 27 D. h. t. 39, 2.

8) l. 13 pr. D. h. t. 39, 2.

9) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10, l. 19 pr., l. 22 D. h. t. 39, 2.

10) l. 28, l. 29, l. 37 D. h. t.

11) l. 4 pr., l. 13 § 15, l. 14, l. 15 pr. § 1 D. h. t. 39, 2.

stück — s. g. *missio ex primo decreto*.<sup>12</sup> Dieselbe gewährte Detention, Obhut, prätorisches Pfandrecht und das Recht der Reparatur des schadendrohenden Grundstückes.<sup>13</sup> Schließlich übermies der Prätor dem Eingewiesenen, der keine Kaution und keinen Ersatz der Reparaturkosten erhielt, durch s. g. *missio ex secundo decreto* das Eigenthum der schadendrohenden Sache.<sup>14 15</sup>

Dies Verfahren läßt sich nach heutigem Prozeßrechte der Art in das Werk setzen, daß man den Nachbar auf Leistung der Kaution bei Vermeidung der Einweisung des Klägers in das Nachbarhaus verklagt und verurtheilt und bei Nichtleistung der Kaution den Sieger durch den Gerichtsvollzieher in die Detention der schadendrohenden Sache einsetzt.<sup>16 17</sup>

Sedoch klagt und verurtheilt man in der Praxis meist einfach auf Stellung der Kaution — der Beklagte kann die Verurtheilung durch Ueberlassung der schadendrohenden Sache an den Kläger abwenden. Dies entspricht freilich den römischen Rechtsätzen nur approximativ.

12) Die bezüglichlichen Ediktsworte lauteten l. 7 pr. D. h. t. 39, 2: *Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo.*

13) l. 15 § 30 D. h. t. 39, 2. *Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare 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.*

14) Nach klassischem Rechte erhielt der *ex secundo decreto* immittirte nur Erfindungsbesitz, l. 5 pr., l. 12, l. 15 §§ 16, 26, 27, l. 18 § 15 D. h. t. 39, 2. Er hatte indessen die Rechte des Eigenthümers, das „*possidere jure domini*“, l. 7 § 1 D. de usufructu 7, 1, l. 15 § 33 D. h. t. 39, 2. — und ist nach justinianischem Rechte geradezu als Eigenthümer zu bezeichnen.

15) Die Rechte dinglich Berechtigter gehen unter, wenn sie die Kaution nicht stellen, obgleich sie Kenntniß vom Begehren der Kaution gegenüber dem Eigenthümer hatten. Hat der Nachbar den Emphyteuta zur Kautionsstellung aufgefordert, nicht aber den Grundeigenthümer, so erfolgt Einweisung und Uebertragung des emphyteutischen Rechtes. Die l. 15 § 26 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Emphyteuta aus, der Superficiar ist gleichzustellen, da auch er eine eigenthumsähnliche Stelle hat. Es ist aber unzulässig, daß der bedrohte unter Uebergehung des Grundeigenthümers andere dinglich Berechtigte, insbesondere den Nießbraucher oder Pfandgläubiger, zur Kautionsstellung auffordert und, wenn diese sie verweigern, Einweisung in die schadendrohende Sache und Uebertragung ihres Rechtes erlangt, wie dies allerdings Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 27 annimmt. Soll dies etwa auch gegenüber einem Hypothekar gelten? vgl. Burchard S. 344.

16) Man streitet darüber, in welchem Maße die römischen Bestimmungen anwendbar sind. Für eine möglichst treue Nachbildung streitet Burchard a. a. D. S. 641. Aber die Weise des Verfahrens, die er S. 662 entwickelt, ist prozessualisch nicht haltbar, denn Urtheil und Vollstreckungsverfahren müssen in Uebereinstimmung stehen.

17) C.P.D. § 771 Abs. 1. Im Wege der einstweiligen Verfügung kann eine derartige Einweisung behufs Vornahme der Reparaturen schon vorher geschehen.

5. Stürzt das schadendrohende Gebäude nach der Erhebung der Klage auf Kautionsstellung während Obeschwebens des Prozesses ein, so hat der Beklagte schlechthin Schadensersatz zu leisten.<sup>18</sup> Stürzt es vorher ein, so kann der Beschädigte nur das herübergefallene bis zum Ersatze seines Schadens retiniren.<sup>19</sup>

§ 232. c) Actio aquae pluviae arcendae.<sup>1</sup>

Bezüglich des Abflusses des Regenwassers kann der einzelne Grundbesitzer auf seinem Grundstücke nicht frei schalten. Wäre jedem gestattet, beliebig Dämme aufzuschütten oder Gräben zu ziehen, um einseitig die Interessen seines Grundstückes zu fördern, so würde die Folge oft Versumpfung oder Ruin der Nachbargrundstücke sein, ja es könnte durch Versumpfung die ganze Gegend verpestet werden. Dies zu verhüten lag den Römern in Latium besonders nahe, da dieses nur durch intensiven Anbau und Regelung der Wasserläufe kulturfähig war.<sup>2</sup>

Die Norm für den Abfluß des Regenwassers giebt: die natürliche Lage der Feldgrundstücke, ferner das Ortsrecht — *lex* — und die unvordenkliche Zeit, welche künstliche Anlagen sanktionirt.<sup>3</sup>

Zur Abwehr des durch Regenwasser Feldgrundstücken<sup>4</sup> in Folge

18) l. 15 § 28 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Fall aus, daß der praetor de danda stipulatione deliberat. Dies ist, so wie im Texte geschah, auf das heutige Verfahren zu übertragen.

19) l. 7 § 2, l. 8, l. 9 pr. D. h. t. 39, 2.

1) Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3. Burchard bei Glüd. Serie der Bücher 39 und 40 dritter Theil. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die bisherige Litteratur.

2) Schon die 12 Tafeln trafen Bestimmungen „si aqua pluvia nocet“. l. 21 pr. D. de statuliberis 40, 7, vgl. Cic. Topica 9, 39, l. 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Burchard a. a. D. S. 49.

3) l. 2 pr. D. h. t. 39, 3. Paulus libro 49 ad edictum: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, *lex, natura loci, vetustas*: quae semper pro lege habetur minuendarum scilicet litium causa, l. 1 § 23 D. eod. Die *lex* war im Sinne des römischen Rechtes die bei Gründung der Kolonie getroffene Anordnung, vgl. Burchard a. a. D. S. 355. In Deutschland stehen an Stelle dessen lokale Gewohnheiten. Ferner sind die bei Separationen seitens der Auseinandersetzungsbehörden in Bezug auf den Wasserabfluß getroffenen Anordnungen gleichzustellen.

4) l. 1 §§ 17, 20 D. h. t. 39, 3. Burchard a. a. D. S. 258, vgl. auch Burchard S. 275 ff. Regen Anlagen in publico, d. h. in Grundstücken des Staates, wurde in Rom die *a. aquae pluviae* nicht gegeben, l. 3 § 3, l. 18 pr. D. h. t. Burchard S. 200. Dies ist nicht heutigen Rechtsens, denn der Staat ist derzeit wie Private bezüglich seines Eigenthumes verflagbar.

normwidriger Anlagen drohenden Schadens dient die actio aquae pluviae arcendae.<sup>5</sup> Sie hat eine doppelte Richtung:

a) Sie schützt den Eigenthümer des niedriger belegenen Grundstückes. Er tritt mit ihr Anlagen entgegen, welche den Abfluß des Regenwassers vom höher gelegenen Grundstücke zu seinem Nachtheile verändern, mögen sie nun den Abfluß steigern oder ihn concentriren oder ihn verbreitern.<sup>6</sup> Die Abwehr des vom höher gelegenen Grundstücke herabfließenden Regenwassers gab der Klage den Namen.<sup>7</sup>

Schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechtes, wie sie sich im Laufe der Zeit entwickelten, hat der Nachbar außerordentliche Immissionen von Wasser nicht zu dulden und hat gegen sie die actio negatoria. Die actio aquae pluviae arcendae hat aber den Vorzug, daß sie nicht bloß Immissionen entgegentritt, sondern auch die Drohung der Immission beseitigt.

b) Die Klage schützt weiter den Eigenthümer des höher belegenen Grundstückes. Sie nöthigt den Eigenthümer des niedriger belegenen, das Regenwasser in herkömmlicher Weise aufzunehmen, hindert ihn also, sich gegen dasselbe durch Dämme oder in anderer Weise zu decken. Dies gilt wie für wild abfließendes Tagewasser, so für Wasserläufe in festen Gerinnen.

Die Pflicht der Aufnahme des vom höher gelegenen Grundstücke ablaufenden Wassers bildet eine Art gesetzlicher Servitut zu Gunsten desselben.<sup>8</sup>

Es besteht aber nur eine Pflicht des niedriger belegenen Grundstückes zur Aufnahme des Wassers, kein Recht auf die Zulassung.<sup>9</sup>

5) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur: totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est. id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.

6) Anders wenn eine Servitut eingeräumt ist, wonach der Nachbar das Regenwasser vom Nachbargrundstücke über das normale Maß hinaus aufnehmen oder sich gegen dasselbe decken darf, l. 2 § 10 D. h. t. 39, 3, l. 29 D. de serv. pr. r. 8, 3. Eine einseitige Verstattung, die nicht als Servitut gemeint ist, bindet die Singularsuccession des Verstattenden nicht, l. 19, l. 20 D. h. t.; vgl. Burdhard a. a. D. S. 346.

7) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3, abgedruckt oben Anm. 5, l. 1 § 10 D. eod.

8) l. 1 § 23, l. 2 D. h. t. 39, 3.

9) l. 1 §§ 11, 21 D. h. t. 39, 3. Besteht jedoch ein Graben seit unvordenklicher Zeit, der uns Wasser zuleitet, so schützt die Unvordenklichkeit den Wassergenuß, l. 6, l. 7 C. de servit. 3, 34. Burdhard a. a. D. S. 248.

Daß einzelne der Klage ist folgendes:

1. Ursprünglich forderte sie ein Menschenwerk — *opus manufactum* —, sei dies nun eine Neuanlage<sup>10</sup> oder Beseitigung einer statutarischen oder unvordenklichen Anlage.<sup>11</sup> Gewöhnliche der Fruchtgewinnung dienende Arbeiten und Vorrichtungen sind aber frei.<sup>12</sup>

Eine wichtige, aber natürliche Erweiterung war es, daß man die Klage auch gegen Veränderungen des Bodens gab, die nicht durch Menschenhand erfolgten, z. B. im Falle der Verschlammung der Abzugsgräben, Aushöhlung des Bodens durch Wasserstürze.<sup>13</sup>

2. Die Klage dient auch in den Fällen, in welchen das Regenwasser vermischt mit anderem Wasser, also Quell-, Sumpf-, Flußwasser dahinfließt.<sup>14</sup>

3. Die Klage bezweckt Wiederherstellung des früheren Bodenzustandes — *Restitution* — und damit Abwendung des dem Kläger drohenden Schadens.

Nur Ersatz des nach dem Prozeßbeginne entstandenen Schadens kann mit dieser Klage in Anspruch genommen werden.<sup>15</sup>

4. Klageberechtigt ist der Eigenthümer des bedrohten Grundstückes zur Zeit des Prozeßbeginnes im Namen des Grundstückes,<sup>16</sup> desgleichen der gutgläubige Besitzer,<sup>17</sup> der *Emphyteuta*,<sup>18</sup> der Nieß-

10) Es gehören hierher Aufhäufung, Aushöhlung, Planirung des Bodens, l. 3 § 2 D. h. t. 39, 3, bauliche Anlagen, l. 4 pr. D. eod., auch bewegliche Anlagen, z. B. Aufhäufung von Steinen, Burchard a. a. D. S. 191. Es ist also nichts wesentliches, daß dem Grundstücke selbst eine andere Gestalt gegeben wird.

11) l. 1 § 21 D. h. t. 39, 3.

12) l. 1 §§ 3--9, 15 D. h. t. 39, 3. Vgl. über das *opus agri colendi causa factum* Burchard a. a. D. S. 377.

13) l. 2 §§ 1, 2, 4, 5, 6, 7, l. 14 § 1 D. h. t. 39, 3 Burchard a. a. D. S. 573.

14) l. 1 pr. D. h. t. 39, 3.

15) l. 6 § 6 D. h. t. 39, 3. *Ulpianus libro 53 ad edictum: Officium autem iudicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debet, damnum non sarciet; vgl. l. 11 §§ 3 und 4 D. eod., Burchard a. a. D. S. 445. Ob man für den früheren Schaden Ersatz fordern kann, ist danach zu beurtheilen, ob die Voraussetzungen des *interdictum quod vi aut clam* — l. 14 D. h. t. — vorliegen, oder eine *cautio damni infecti* gestellt ist oder andere Rechtsmittel offen stehen. Eine Verbindung der Ansprüche ist im heutigen Prozesse nicht unzulässig, Windscheid Bd. 2 § 173 Anm. 14; Budde, *Entsch. des D.N.G. zu Kostoc* Bd. 7, 52.*

16) l. 6 § 4 D. h. t. 39, 3. Im Falle des Wechsels des Eigenthumes zwischen der Errichtung des Werkes und der Klageerhebung ist nicht der frühere, sondern der gegenwärtige Eigenthümer klageberechtigt.

17) Besondere Quellenzeugnisse hiefür finden sich freilich nicht.

18) l. 5 § 2 D. arbor. furtim caes. 47, 7.

braucher,<sup>19</sup> wohl auch der Pfandgläubiger.<sup>20</sup> Im Falle des Miteigenthums ist jeder der Theilnehmer selbständig zur Klage legitimirt.<sup>21</sup>

Die Person des Beklagten bestimmt sich durch das Eigenthum an dem Grundstücke, in welchem sich die schädliche Anlage befindet.<sup>22</sup> Aber auch gegen den Usufruktuar, welcher die Anlage machte, wurde die Klage zugestanden.<sup>23</sup> Auch der Emphyteuta<sup>24</sup> und selbst ein bloßer Besizer muß für passiv legitimirt gelten. Jeder der Miteigenthümer des Grundstückes kann belangt werden.<sup>25</sup>

Es macht einen erheblichen Unterschied bezüglich des Umfanges der Verurtheilung, ob der Beklagte der Urheber der schädlichen Anlage ist, oder ob dies nicht der Fall ist. Im ersteren Falle ist die Anlage auf Kosten des Beklagten, im zweiten auf Kosten des Klägers zu beseitigen, so daß der Beklagte in diesem Falle die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur zu dulden hat.<sup>26</sup>

#### § 233. d) Die operis novi nuntiatio.<sup>1</sup>

Ein Bau, gegen den wir ein Verbotungsrecht haben, der aber unternommen und vollendet wird, ehe es gelingt, unser Recht zu rechts-

19) In l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3 spricht Ulpian dem Usufruktuar die Klage ab. Aber Pomponius giebt ihm doch in der l. 22 pr. D. eod. eine „utilis“ aquae pluviae arcendae actio. — Auch dem Wegeberechtigten gewährt l. 25 D. eod. Julianus libro ex Minicio die Klage „fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur“.

20) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 391; dagegen Burchard a. a. D. S. 399.

21) l. 6 §§ 1—3, l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3. Ubbelohde, untheilbare Obligationen S. 196 ff.

22) l. 4 pr. § 2, l. 18 pr., l. 22 D. h. t. 39, 3.

23) Anders Ulpian in l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3; dagegen aber l. 22 § 2 D. h. t.

24) l. 23 § 1 D. h. t. 39, 3.

25) l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3.

26) l. 6 § 7 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. Vgl. weiter l. 7 D. eod.

1) Tit. Dig. de operis novi nuntiatione 39, 1, de remissionibus 43, 25, l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 (früher: l. un. C. de novi operis nuntiatione 8, 11). Die Hauptwerke sind von Stölzel, die Lehre von der operis novi nuntiatione und dem interdictum quod vi aut clam 1865 und von Burchard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Theil 1; dazu Brinz in der Münchener Vierteljahrsschrift Bd. 17 S. 244 ff. Stölzel giebt S. 5 eine umfassende Aufzählung der früheren Litteratur, siehe ferner über die Litteratur Burchard S. 1 Anm. 1. Unter den Abhandlungen sind hervorzuheben: G. Haffe im rheinischen Museum Bd. 3 S. 579 ff.; Franke im Archiv für civ. Praxis Bd. 72 n. 14 § 4; Karlowa, Beiträge zum römischen Civilprozeß Abh. 2 S. 19 ff.; Schmidt von Plmenau in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 2; Stölzel in Zherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 6.

kräftiger gerichtlicher Anerkennung zu bringen, kann uns in der Zwischenzeit erhebliche Nachtheile verursachen. Er verdunkelt z. B. unsere Fenster und macht unsere Wohnungen unbrauchbar, so daß gute und zuverlässige Miether ausziehen, oder er nimmt uns längere Zeit die Aussicht und damit Lebensannehmlichkeit, oder endlich er stürzt ein und beschädigt Objekte und Personen. Ob für dies alles vom Bauenden später Ersatz zu erlangen ist, steht dahin.

Um sich zu schützen, auch ehe das jus prohibendi liquid gestellt war, kannten die Römer ein privates Bauverbot: operis novi nuntiatio, welches dem unternommenen Bau Stillstand gebot. Die Nuntiation belegte den Bau der Art mit einem Banne, daß das trotzdem gebaute wieder zerstört wurde, ohne Rücksicht darauf, ob der Bau materiell mit Recht oder Unrecht in das Werk gesetzt wurde.<sup>2</sup>

Gemeinrechtlich sind einstweilige gerichtliche Verfügungen an die Stelle der römischen Nuntiation getreten. Doch halten viele die römische Nuntiation noch für praktisch. Daher sind die Grundzüge des eigenartigen Institutes hier darzustellen.

1. Zur formellen Gültigkeit der Nuntiation wird folgendes gefordert:

a) Es muß ein Bau unternommen, aber noch nicht beendet sein. Denn nur gegen künftige, nicht aber gegen vollendete Bauwerke richtet sich das Bauverbot.<sup>3</sup> Und zwar muß es sich um die Errichtung oder die Erweiterung oder das Niederreißen eines Baues handeln, der mit dem Boden verbunden ist. Reparaturen, sowie Veränderungen im inneren, welche die äußere Gestalt des Bauwerkes nicht wesentlich ändern, begründen das Bauverbot nicht.<sup>4</sup>

b) Das Bauverbot muß dem Baue gegenüber — *in re praesenti* — erfolgen, dem es Stillstand gebietet.<sup>5</sup> Ungültig ist es, wenn es dem Bauherrn an anderen Orten zugestellt wird.<sup>6</sup> Es kann beim Baue gültig jedem gegenüber ausgesprochen werden, welcher für den Bau da ist oder dem Hausstande des Bauherrn angehört, also nicht bloß dem Bauherrn selbst, sondern auch Maurern, Zimmerleuten, ferner der Frau, dem Dienstpersonal des Bauherrn. Diese Personen müssen

2) l. 1 pr. D. h. t. 39, 1.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 1.

4) l. 1 §§ 11, 12, 13 D. h. t. 39, 1. Es kommt nichts darauf an, ob das Gebäude in der Stadt oder auf dem Lande errichtet werden soll, l. 1 § 14 D. h. t. 39, 1.

5) l. 5 § 3 D. h. t. 39, 1. Es muß, wie Haffe S. 588 bemerkt, jemand zugegen sein, „durch dessen Ohren gleichsam das Werk selbst das Verbot vernimmt.“

6) l. 5 § 4 D. h. t. 39, 1, l. 10 D. eod.

im Stande sein, das Verbot dem Bauherrn zu melden. Ob dies aber geschah, ob er Kenntniß von dem Verbote erhielt, kommt nicht in Betracht.<sup>7</sup> Das Bauverbot bindet auch, wenn der Bauherr abwesend, geisteskrank oder ein Kind ist und es nicht zur Kunde seines Vormundes kommt.<sup>8</sup>

c) Die Nuntiation ist nur gültig, wenn sie von dem zu ihrer Einlegung legitimirten geschah. In dieser Hinsicht ist der Grund und Zweck wichtig, welchen man mit dem Bauverbot verfolgt. Er kann ein dreifacher sein.<sup>9</sup>

Vor allem bezweckt es den Schutz privaten Rechtes — *juris nostri conservandi causa* —, nämlich entweder die Wahrung der Freiheit des Eigenthumes<sup>10</sup> oder eines Nachbarrechtes, oder einer Servitut des Habens oder des Verbiethens.<sup>11</sup> Auf diesen Grund hin ist der Eigenthümer,<sup>12</sup> der Superficiar,<sup>13</sup> der Pfandgläubiger<sup>14</sup> des angeblich geschädigten Grundstückes zur Nuntiation legitimirt.

Die Nuntiation kann ferner zur Erzwingung einer *cautio damni infecti* dienen — *o. n. n. damni depellendi causa*. Sie steht jedem offen, der Anspruch auf solche Kautio einem Unternehmen gegenüber hat.<sup>15</sup>

Es kann endlich jeder Bürger *juris publici tuendi gratia* nuntieren zur Wahrung der im öffentlichen Interesse erlassenen Bauordnungen und zum Schutze des Gemeingebrauches an öffentlichen Sachen.<sup>16</sup>

2. Die formell gültige Nuntiation kann aus verschiedenen Gründen kraftlos werden.

7) l. 1 § 5 D. h. t. 39, 1.

8) l. 10 D. h. t. 39, 1.

9) l. 5 § 9, l. 1 § 16 D. h. t. 39, 1.

10) l. 5 § 9 D. h. t. 39, 1. Haffe a. a. D. S. 591; Burchard S. 59.

11) Die Quellen gestehen die *operis novi nuntiatio* ausdrücklich zu zum Schutze von Ausfichtsgerechtigkeiten, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1, l. 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2 und der *servitus oneris ferendi*, l. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5; sie verjagen die *o. n. n.* bei der Wegegerechtigkeit, l. 14 D. h. t. 39, 1. Hieraus ergiebt sich das Princip des Textes; Burchard a. a. D. S. 70.

12) Ueber die Nuntiation der Miteigenthümer vgl. l. 3 §§ 1 und 2 D. h. t. oben § 196 Anm. 13.

13) l. 3 § 3 D. h. t. 39, 1. Ohne Zweifel stand der *Emphyteuta* dem *Superficiar* gleich. Der Nießbraucher hatte die *o. n. n.* aus eigenem Rechte nicht; doch waren die römischen Juristen hierüber nicht einig, vgl. l. 1 § 20, l. 2 D. h. t. 39, 1, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25.

14) l. 1 § 5 D. de remissionibus 43, 25.

15) l. 1 §§ 17, 19 D. h. t. 39, 1.

16) l. 1 § 17, l. 3 § 4, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1.

a) Der Prätor kann sie denegiren. Dies geschieht namentlich, wenn der Nuntiant daß von ihm geforderte juramentum calumniae nicht ausschwört, oder wenn sonst das Verbot offenbar chifanos ist.<sup>17</sup>

b) Es erfolgt Remission der formell gültigen Nuntiatio durch den Prätor, wenn der Nuntiat eine Kaution — in der Regel eine Satisfactio — stellt oder doch gehörig anbietet.<sup>18</sup> Ihr Inhalt ist, daß er sich zur Restitution des Gebauten oder zur Geldentschädigung nach Wahl des Nuntianten verpflichtet, sofern dieser sein Verbotungsrecht gerichtlich erhärtet.<sup>19</sup>

17) In Folge der Nuntiatio wendete sich der Nuntiat begreiflich sehr häufig beschwerend an den Prätor, l. 1 § 9 D. h. t. 39. 1. Man betrachtete das Verfahren vor ihm geradezu als eine Fortsetzung der Nuntiatio. Daß der Prätor die Nuntiatio unter Umständen denegirte, ergiebt l. 19 D. h. t. 39. 1. Paulus libro quaestionum: Sciendum est denegata executione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat. Hauptfall der Denegation war jedenfalls Verweigerung des juramentum calumniae, l. 5 § 14 D. h. t. 39. 1. Ulpianus libro 52 ad edictum: Qui opus novum nuntiat, jurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare. Manche verlegen das juramentum calumniae erst in das Verfahren über das interdictum demolitorium. Dies offenbar mit Unrecht. Es handelt sich um einen Akt, der beim Nuntiationsverfahren selbst vorkommt. Daß die Folge verweigerten juramentum calumniae Denegation und nicht Remission ist, ergiebt das Remissionsformular, da dieses die Nuntiatio bedingt aufrecht erhält, was im Falle der Chifane ganz unstatthaft wäre.

18) Ueber die Voraussetzungen der Remission gehen die Meinungen sehr auseinander. Das richtige hat Schmidt a a O. S. 17 gefunden und Burckhard weiter ausgeführt. Die Remission erfolgt — bei der o. n. n. juris nostri conservandi gratia — in Folge gehöriger Satisfactio. Hiermit sind auch Brinz Bd 1 S. 705 und Lenel, edictum S. 388 Anm. 7 einverstanden. Bewiesen wird diese Auffassung dadurch, daß die römischen Juristen die Satisfactio allein als regelmäßige Lösung des Bannes der o. n. n. ansehen, sowie dadurch, daß sie die Satisfactio als nothwendige Begleitung der Remission darstellen, l. 7 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24. Ulpianus libro 51 ad edictum: Ait Julianus: qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. remissione autem facta intellegendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui satis dederit, cum possessor hoc ipso constituatur. — Sehr häufig findet sich die Meinung, die Remission sei ertheilt worden „für den Fall, daß der Nuntiant nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Prozeß auf Anerkennung seines Einspruchsrechtes erbeut.“ So namentlich noch jetzt Windscheid Bd. 2 § 466 Anm. 9. Aehnlich Haffke S. 615 ff.; Franke a. a. O. S. 376 und in eigener Art Stölzel S. 166. Für diese Hypothese existirt auch nicht der Schein eines Quellenbeweises und es findet sich auch keine Analogie einer derartigen Prozedur im klassischen Rechte der Römer. Sie ist haltlos. — Das dem Nuntiant günstige Remissionserkenntniß lautete übrigens nach l. 1 pr. D. de remissionibus 43. 25 quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio. Es wird also zwar der formelle Bann aufgehoben, aber die Drohung der Demolition für den Fall festgehalten, daß der Nuntiant materiell das Recht hat, den Bau zu verbieten.

19) Ueber den Inhalt der cautio ex operis novi nuntiatione vgl. die Ausführung von Lenel, edictum perpetuum S. 431. Es wurde eine Zeitgrenze festgestellt, innerhalb deren der Nuntiant das Judikat zu erwirken hatte, vgl. l. 13 § 1 D. h. t.

c) Der Remission steht die außergerichtliche<sup>20</sup> Leistung oder das gehörige außergerichtliche Angebot einer entsprechenden Satisfaktion zur Restitution oder Geldentschädigung gleich.<sup>21</sup>

d) Der Bann wird ferner aufgehoben mit dem Tode des Nuntianten und durch die Veräußerung des Grundstückes, zu dessen Gunsten er erfolgte, seitens des Nuntianten.<sup>22</sup> Er erledigt sich auch durch Verzicht des Nuntianten.<sup>23 24</sup>

3. Wird entgegen der formell gültigen Nuntiation weiter gebaut, ohne daß eine Remission oder ein sonstiger Befreiungsgrund vorliegt, so kann der Nuntiant die Zerstörung des Gebauten mit dem *i. g. interdictum demolitorium* fordern.<sup>25</sup>

Der Kläger hat bei diesem Interdikt darzulegen, daß von ihm eine formell gültige Nuntiation eingelegt ist. Hierbei hat er namentlich auch nachzuweisen, daß er Eigentümer des Grundstückes ist, für welches das Verbot eingeklagt wurde, oder daß er sonst zu dem Verbote legitimirt war.<sup>26</sup>

Der Nuntiat seinerseits kann darthun, daß er Remission des Verbotes erhielt oder Satisfaktion stellte oder sonst durch die Nun-

20) l. 5 § 17 D. h. t. 39, 1.

21) Hat der Nuntiat die erforderliche Kaution gerichtlich oder außergerichtlich geleistet, so wird er durch prohibitorisches Interdikt gegen Behinderung im Bauen geschützt. Hieraus erklärt sich der Ausspruch Ulpian's libro 52 ad edictum l. 1 § 6 D. eod. In operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. Dies verfolgt Ulpian weiter l. 5 § 10 D. eod.

22) l. 8 § 6 D. h. t. 39, 1.

23) l. 1 § 10 D. h. t. 39, 1.

24) In der klassischen Zeit dauerte der Bann, welchen die Nuntiation auflegte, nur ein Jahr, so daß der Nuntiant genöthigt war, innerhalb des Jahres sein Verbotungsrecht zur richterlichen Anerkennung zu bringen. Dies kam namentlich dem Nuntianten zu gute, welcher nicht im Stande war, sich durch Stellung einer Bürgschaft die Freiheit des Bauens zu sichern. Doch war es bestritten, ob das Verbot nach Ablauf des Jahres erneuert werden dürfe. Justinian hob in der l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 — l. un. C. 8, 11 — die Beschränkung des Bauverbotes auf ein Jahr auf. Er glaubte einen Ersatz durch die Vorschrift zu geben, daß die Bauprozesse, wenn eine operis novi nuntiation eingelegt sei, schleunigst behandelt und innerhalb 3 Monate erledigt werden sollten. Im wesentlichen dürfte die l. 14 C. cit. nichts anderes besagen. Keinesfalls hat sie das Recht des Nuntianten, gegen Bürgenstellung sofortige Remission zu erlangen, beseitigt. So auch Brinz Bd. 1 § 174 S. 705. Doch gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Burchard S. 523, Schmidt in Bickers Jahrbuch Bd. 4 S. 222 ff.

25) Das Interdikt lautet nach l. 20 pr. D. h. t. 39, 1: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiation missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.

26) Nuntiation seitens eines nicht legitimirten ist keine Nuntiation im Sinne des Ediktes. Daher untersuchen die Juristen, wer „nuntiare potest“, l. 1 §§ 19 und 20, l. 2, l. 3 § 4, l. 5 § 1 D. h. t. 39, 1. Vgl. Bangerow a. a. D. S. 62.

tiation nicht gebunden ist. Das letztere ist der Fall, wenn die schleunige Fortsetzung des Baues im öffentlichen Interesse lag, oder wenn dessen Unterbrechung mit Gefahr verbunden war.<sup>27</sup>

Dagegen kann sich der Nuntiat gegen die Zerstörung nicht dadurch schützen, daß er ein Recht zum Bauen hatte, z. B. in Folge einer Servitut.<sup>28</sup> Nur im Wege des petitorischen Prozesses kann er dies Recht nachträglich zur Geltung bringen. Wäre sein Baurecht aber bereits rechtskräftig anerkannt, so könnte er sich zweifelsohne gegenüber dem *interdictum demolitorium* auf das *Judikat* berufen.

Die Zerstörung kann nicht bloß gefordert werden, wenn der Nuntiat selbst den Bau errichtete, sondern auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger desselben, z. B. ein Käufer, baute. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Bauende das Verbot kannte. Denn der Bann ist auf das Bauwerk selbst gelegt.<sup>29</sup>

Beklagter ist der Besitzer. Doch nur wer wesentlich dem Verbote entgegenhandelte, hat die Kosten der Zerstörung zu tragen.<sup>30</sup>

4. Unbestritten ist, daß man in Deutschland bei Gefährdung durch Unternehmung eines Baues in der Regel einstweilige gerichtliche Verfügungen nachsucht. Man bezeichnet herkömmlicherweise solche gerichtliche Verfügungen als *operis novi nunciatio publica*.

Streitig ist aber, ob daneben das römische Privatverbot noch zulässig ist. Kein Zweifel ist, daß man sich in der Praxis zu allen Zeiten auf einzelne Sätze des Nuntiationsrechtes bezogen hat. Dennoch ist das Institut als solches nicht recipirt.<sup>31</sup> Ein privates Bauverbot bei einem Bau, etwa gegenüber den bei demselben beschäftigten Handwerkern, ist unerhört und würde niemand ernst nehmen. Daß auf Grund derartiger Ansprüche nun die Bauleute sofort abziehen

27) Dies hatte das prätorische *Edict* festgestellt, l. 5 §§ 12, 13 D. h. t. 39, 1.

28) l. 20 § 1 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 51 ad edictum ... qui igitur facit, et si jus faciendi habuit, tamen contra *interdictum praetoris* facere videtur et ideo hoc destruere cogitur.

29) l. 23 D. h. t. 39, 1.

30) Vgl. l. 23 D. h. t. 39, 1 und l. 3 § 3 D. de alienatione judicii 4, 7. siehe hierüber Vangerow *Abd.* 3 § 676 S. 535. Die Meinungen sind, da das Quellenmaterial lückenhaft ist, sehr getheilt; vgl. Burchard a. a. D. S. 196.

31) Siehe namentlich die gründlichen Ausführungen von Stölzel a. a. D. S. 525. Stölzel hebt mit Recht hervor, daß zwar die Praktiker aller Zeiten in zahllosen Fällen von einer o. n. n. reden, daß es sich aber für sie um ein Rechtsmittel handelte, welches von der römischen o. n. n. im eigentlichsten Sinne des Wortes nichts als den Namen an sich trug; vgl. auch das D.A.G. zu Berlin bei Seuffert *Abd.* 28 n. 134. Die praktische Geltung der o. n. n. behauptet namentlich Burchard a. a. D. S. 573 und Windscheid *Abd.* 2 § 468 Anm. 20, welcher ein „abgeschaffendes Gewohnheitsrecht“ nicht für nachgewiesen erachtet. Vgl. oben § 4 Anm. 6 und 7.

müßten, würde man nicht verstehen. Daß man endlich die Fortsetzung des Baues erst durch eine Sicherstellung erkaufen soll, wenn es einem Dritten einfiel zu nuntiiiren, erschiene unbegreiflich. Das römische Institut ist dem Leben und der Praxis fremd.

Wer im Besitze ist, kann durch privates Verbot einen Bau verhindern. Hierdurch kann er namentlich cautio damni infecti erzwingen.

§ 234. e) Das interdictum quod vi aut clam.<sup>1</sup>

Das interdictum quod vi aut clam ist Deliktssklage wegen Eigenmacht. Es beruht also auf anderen Ausgangspunkten, als die operis novi nuntiatio. Aber es ist diesem Institute im praktischen Erfolge verwandt und wird daher zweckmäßigerweise im Anschluß daran behandelt.

Das Interdikt bezweckt die Beseitigung von Veränderungen an einem Grundstücke, die gegen Verbot eines Interessenten — vi — oder hinter seinem Rücken — clam — ausgeführt wurden.<sup>2</sup> Man sieht eine Mißachtung des Klägers darin, wenn der andere Theil so wichtige Verhältnisse eigenmächtig ohne Rücksicht auf ihn gestaltet, statt sie durch den Richter ordnen zu lassen. Diese Verletzung der Person des Klägers bildet den tieferen Grund seiner Klage.<sup>3</sup>

1. Um deswillen ist es nicht erforderlich, daß der Kläger ein Recht bezüglich der Sache hat; es genügt ein Verhältniß, durch das er interessirt ist.<sup>4</sup>

1) Tit. Dig. quod vi aut clam 43, 24. Siehe namentlich Stölzel, operis novi nuntiatio und interdictum quod vi aut clam, und Stölzel in Iherings Jahrb. Bd. 8 n. 6. Vgl. ferner G. Haffe im rhein. Museum Bd. 4 n. 1, Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 22 n. 14, Schmidt — von Schwerin — in Lindes Zeitschrift n. 7. Bd. 1 n. 7 und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 25 ff., Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 433 ff., Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 59 ff.

2) Das Interdikt lautete nach l. 1 pr. D. h. t. 43, 24: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas, nach id ist ausgefallen: si non plus quam annus est, vgl. Lenel, edictum S. 387.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliantur: jubentur enim ea restituere; vgl. auch l. 1 § 2 D. eod. Den Deliktsscharakter heben hervor l. 7 § 1, l. 14 D. eod., in l. 11 § 6 D. eod. wird die Klage auf Dolus zurückgeführt. Die neueren legen auf den Deliktsscharakter des Interdiktes wenig Gewicht. Unseres Erachtens giebt man damit den Schlüssel zu seinem Verständniß aus der Hand.

4) l. 11 § 14 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Idem Julianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.

Das Interdict steht daher nicht bloß Eigenthümern und dinglich Berechtigten und Eigenthumsbesitzern zu, sondern auch bloßen Forderungsberechtigten, wenn sie Besitz oder auch, wie der Pächter, bloße Detention in eigenem Interesse haben.<sup>5</sup>

Wer mit dem Interdicte klagt, muß seine Legitimation, d. h. das Verhältniß, auf das sich sein Interesse gründet, nachweisen. Sein Gegner kann sich nicht dadurch vertheidigen, daß er ein Recht zur Vornahme der fraglichen Handlung nachweist.<sup>6 7</sup> Sein eigenmächtiges Handeln wird vielmehr dadurch bestraft, daß der frühere Zustand ohne weiteres wieder hergestellt wird. Es bleibt ihm unbenommen, sein Recht in einem petitorischen Prozesse nachträglich zur Geltung zu bringen.

2. Es muß eine Veränderung an Grundstücken unternommen sein.<sup>8</sup> Eigenmacht bezüglich anderer Objecte, z. B. an Schiffen, kommt nicht in Betracht.<sup>9</sup>

5) l. 11 § 12 D. h. t. 43, 24... nam et statim post venditionem contractum periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat. nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione. videamus, ne quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, jam interdicto uti possit. ergo et si conduxit multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit; vgl. l. 12, l. 19, l. 13 § 4 D. eod. Das Interdict steht sogar zur Wahrung rein persönlicher Interessen offen. Insbesondere kann es derjenige erheben, dessen Bildsäule an einem öffentlichen Orte in der Gemeinde aufgestellt war, falls dieselbe von Dritten weggenommen wurde, l. 11 § 1 D. h. t. 43, 24.

6) l. 1 §§ 2, 3 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi an non: sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim jus suum debuit. non injuriam comminisci. Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: „quod non jure meo receperim“ et magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest.

7) So Stözel a. a. O. S. 378, 493, Windscheid Bd. 2 § 465 Anm. 6<sup>a</sup>, vgl. aber auch Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 n. 20. Wir stimmen Stözel und Windscheid darin bei, daß Kläger sein Interesse, d. h. die Beziehungen, aus welchen sich dasselbe ergibt, nachweisen muß, wohin freilich auch bloßer Eigenthumsbesitz gehört, und daß l. 1 §§ 2 und 3 nur den Ausschluß des Nachweises eines exceptivischen Rechtes betont, z. B. einer Servitut oder eines obligatorischen Rechtes, welches die verbotene Handlung an sich rechtfertigt. Doch halten wir die Formulierung nicht für glücklich, Kläger habe sein jus prohibendi zu erweisen. Beklagter werde mit der Einwendung des jus aedificandi nicht gehört. Es öffnet Mißverständnissen Thür und Thor, wenn man an Stelle des „Interesses“, welches die Quellen fordern, ein „jus prohibendi“ setzt. Denn das Interesse, um das es sich hier handelt, entspringt keineswegs immer aus einem jus, vielmehr ist die Befugniß zur Prohibition Ausfluß des Interesses. Grundsätzlicher Gegner ist Schmidt a. a. O.

8) l. 1 § 4 D. h. t. 43, 24, l. 20 § 5 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum: Sive in privato sive in publico opus fiat sive in loco sacro sive in religioso, interdictum competit.

9) l. 20 § 4 D. h. t. 43, 24.

Als erheblich gilt jede Veränderung am Boden, also Errichtung oder Demolirung oder Umbau von Bauwerken,<sup>10</sup> von Dämmen und Gräben,<sup>11</sup> Beseitigung von Bäumen, Zweigen, Weinstöcken,<sup>12</sup> und selbst Beckern des Bodens.<sup>13</sup> Nicht nothwendig ist, daß die Bodenfläche selbst eine Umgestaltung erleidet; auch Veränderungen auf dem Grundstücke genügen, z. B. Abladen von Steinen oder Erde,<sup>14</sup> Zerstörung von Düngerhaufen.<sup>15</sup> Die regelmäßige Fruchtgewinnung ist nicht betroffen.<sup>16</sup>

3. Die Veränderung muß mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — in das Werk gesetzt sein.

Die Gewalt muß nicht grobe sein. Handeln gegen Verbot — Prohibition — genügt. Das Verbot kann wörtlich oder thatsächlich eingelegt sein. Nach römischem Brauche wurde es genugsam durch einen Steinwurf ausgedrückt. Derartiges wäre bei uns unverständlich und bedeutungslos.<sup>17</sup>

Hinter dem Rücken des Interessirten — clam — handelt man, wenn man seine Einsprache fürchtete oder zu fürchten Ursache hatte, und dennoch die Veränderung vornahm, ohne ihm deutliche und bestimmte Mittheilung zu machen.<sup>18</sup>

4. Es ist nicht Voraussetzung des Interdictes, daß der Prohibent im Besitze war.<sup>19</sup>

Ist aber die Prohibition gegenüber einem Besitze zu

10) l. 7 § 9 D. h. t. 43, 24, l. 7 § 10 eod. Ulpianus libro 71 ad edictum: proinde et si tegulas de aedificio sustulerit, magis est ut interdicto teneatur.

11) l. 7 § 8 D. h. t.

12) l. 7 § 5, l. 9 pr., l. 11 § 3, l. 13 pr. §§ 4 und 7 D. h. t. 43, 24.

13) l. 22 § 1 D. h. t. 43, 24. Wurde jedoch der Acker verbessert, so ist das Interdict nicht zuständig, l. 7 § 7 D. h. t.

14) l. 15 § 2 D. h. t. 43, 24.

15) l. 7 § 6 D. h. t. 43, 24. Dazu aber l. 9 § 3 D. eod.

16) l. 7 § 5 D. h. t. 43, 24.

17) l. 1 §§ 5 ff. D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Quid sit vi vel clam factum, videamus. vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque jure utimur. l. 20 § 1 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum, ... vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve jactantis prohibendi gratia.

18) l. 3 § 7 D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum: Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere, l. 3 § 8, l. 4 D. eod.

19) l. 16 pr. D. h. t. 43, 24. Paulus libro 77 ad edictum: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.

beachten? Dies bejahen die meisten neueren; aber entschieden mit Unrecht.<sup>20</sup>

Denn der Zweck des Interdiktes ist, unerlaubter Eigenmacht entgegenzutreten. Man darf sich nicht erziehen, was man im Rechtswege erstreiten soll. Wer aber nur seinen Besitz gegen fremde Antastung wahrt, begeht keine unerlaubte Eigenmacht. Das Interdikt ferner gilt als Deliktsklage. Sollte es aber Delikt sein, wenn man seinen Besitz trotz Widerstrebens eines anderen ausübt, im eigenen Besitzthume Bäume abschlägt, Steine abladet, den Boden pflügt? Gewiß nicht. Wer den Besitzer durch Wort oder That hindert, begeht einen Gewaltakt, nicht aber der Besitzer, welcher sich um unberechtigten Widerspruch nicht kümmert. Wichtig ist, daß dies nicht so allgemein bei den Bedingungen des Interdiktes in den Quellen hervorgehoben ist. Es erschien eben als selbstverständlich. Doch fehlt es nicht an Ausprüchen der Quellen, wonach die Prohibition einem Besitzstande gegenüber kraftlos ist.<sup>21</sup>

20) Etözel führt a. a. O. S. 415 nach dem Vorgange von Franke im Archiv für civ. Praxis Bd. 22 S. 362 aus, daß das *i. quod vi aut clam* gegen den in suo Handelnden ausgeschlossen sei. Die meisten neueren aber erklären sich gegen diese Ansicht. So Vangerow Bd. 3 § 677 S. 547; Windscheid Bd. 2 § 465 Anm. 18 S. 757; Brinz S. 694. Man wendet ein, daß der Prätor allgemein edicirte: *quod vi factum est, restituas*, und daß die römischen Juristen dies 3. B. l. 1 § 5 D. h. t. 43, 24 allgemein aussprachen. Es fragt sich nur immer, was sie unter „vi“ verstanden. Die Unterscheidung ist — führt Vangerow a. a. O. aus — gar nicht notwendig, wenn man nur erwägt, daß die Prohibition eine sehr natürliche Beschränkung ihrer Anwendung in dem einfachen Satze des römischen Rechtes findet, daß in jeder Prohibition ein Besitzakt des Prohibirenden liegt, und dagegen also, sofern dadurch ein Eingriff in fremden Besitz gemacht wird, das *interdictum uti possidetis* als völlig statthaft erscheint, l. 3 § 2 D. uti possidetis 43, 17. Kommt nun also, fährt er fort, eine Prohibition unter solchen Umständen vor, daß darin eine Besitzstörung liegt, so würde dieselbe allerdings „für den Augenblick“ inhibirende Kraft haben, und wenn der Prohibitus so unverständlich wäre, trotz derselben sein opus fortzusetzen, so würde er allerdings ohne weiteres dem *interdictum quod vi aut clam* ausgesetzt sein, aber dieser „kleine“ und nur unter Voraussetzung eines „unbesonnenen“ Gegners erreichbare Vortheil wird weit überwogen durch die großen Nachtheile, die daraus für den Prohibirenden hervorgehen; denn der Prohibitus wird, will er besonnen vorgehen, sein opus eine „kurze Zeit“ ruhen lassen, und „alsbald“ mit dem *interdictum uti possidetis* aufreten, und „alsbald“ muß derselbe verurtheilt und seine Prohibition für unwirksam erklärt werden, ohne daß nur irgend über sein *jus prohibendi* verhandelt würde. Also Vangerow. — Wenn es nur mit der possessoriischen Klage so rasch ginge! Gegen das „alsbald“ Vangerows protestirt Erfahrung alter und neuer Zeit. Inzwischen wäre der Besitzer depoucedirt. Er, welcher sich gegen thatsächliches Eindringen durch Eigenmacht schützen kann, stände machtlos gegenüber einem *jaetus lapilli*! Allerdings soll dies nach Vangerow nur eine „kleine Zeit“ dauern. Aber in der Zwischenzeit wäre er mit einem Banne belegt, der ihn dauernd ruiniren könnte.

21) Die Römer gehen unbesonnen davon aus, daß ein Handeln in alieno, d. h. an Grundstücken in fremdem Besitz unternommen sei, 3. B. l. 11 § 3 D. h. t. 43, 24 *si quis in vineis „meas“ venerit et inde ridicas abstulerit, hoc interdicto tenebitur*, vgl. l. 15 § 1 D. eod. „in vicini projecit praedium“, l. 15 § 2 D. eod. „in sepulchro alieno“. Geradezu erklärt aber l. 7 § 2 D. eod. — abgedruckt oben

5. Das Interdict greift ferner nicht ein, wenn man in Nothständen eigenmächtig handelt, z. B. das Haus des Nachbarn im Falle eines Brandes eigenmächtig niederreißt, um dem Feuer Einhalt zu thun. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß die Obrigkeit, welche das Feuerwesen leitet, nicht am Platze war.<sup>22</sup>

Die Eigenmacht ist in dringlichen Fällen endlich erlaubt, wenn sie nur beseitigt, was ein anderer eigenmächtig vornahm.<sup>23</sup>

Der Widerspruch wirkt dauernd. Die durch ihn bewirkte Hemmung ist an keine Frist gebunden. Es findet keine Remission statt. Der Prohibirte muß klagen, um sein Recht zur Veränderung gerichtlich zur Anerkennung zu bringen.

Das eigenmächtig hergestellte ist zu beseitigen.<sup>24 25</sup> Der Urheber

§ 233 Anm. 18 — „intellegendus non erit vi aut clam facere quamvis prohibeatur“ „cum possessor constituatur“. Hiernach erklärt dann Ulpian libro 52 ad edictum in der vielscitirten l. 5 § 10 D. de o. n. n. 39, 1: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Man sollte denken, es sei hier deutlich genug gesagt, daß das i. quod vi aut clam gegenüber demjenigen, welcher im Besitze ist, keine Kraft hat. In l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 Ulpianus libro 17 ad edictum wird die Zulässigkeit des i. quod vi aut clam gegenüber einem Bau auf Grund und Boden des Bauherrn darauf zurückgeführt, daß der Prohibirende Besitzer des von ihm prätendirten Rechtes ist, der prohibirte Eigenthümer also durch seinen Besitzstand nicht geschützt sei. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitemorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Dies steht nicht im Gegensatz zu den oben angeführten Stellen, bildet vielmehr nur deren Ergänzung. Nicht das ist die Meinung, daß der Sachbesitzer schlechthin vom interdictum quod vi aut clam befreit ist, sondern das ist Rechtens, daß niemand vi oder clam handelt, wenn er sich innerhalb der Grenzen seines Besitzes hält.

22) l. 7 § 4 D. h. t. 43, 24, vgl. oben § 125 Anm. 10.

23) l. 7 § 3, l. 22 § 2 D. h. t. 43, 24. Vgl. Stölzel a. a. D. S. 407, Duhn, über die exceptio quod vi aut clam im Archiv für civ. Pragis Bd. 48 n. 3, Thering in seinen Jahrbüchern Bd. 15 S. 407.

24) Nach l. 3 § 5 D. h. t. 43, 24 soll auch „desinere vi facere“, wer „Satisfation“ leistet und bereit ist, sich zu vertheidigen. Dies kann keinesfalls, wie die neueren durchgängig annehmen, schlechthin gelten. Denn das hieße jedem die Möglichkeit geben, sich fremden Besitz interimistisch gegen Kaution beliebig anzueignen. Ich fange z. B. an, meine Steine auf des Nachbarn Grundstück abzuladen, welches in dessen unbestrittenem und freiem Besitze ist. Muß er dies dulden, wenn ich ihm Bürgschaft für den Schaden stelle? Dies wäre unerhört. Es steht auch im Widerspruch mit l. 5 § 10 D. de o. novi nunt. 39, 1 — oben Anm. 21 —, wonach man nur durch operis novi nuntiatione den Prohibirten zum Besitzer macht. Die l. 3 § 5 D. cit. ist also nur in besonderen Fällen anwendbar, in welchen keiner der Streitenden bisher im Besitze war.

25) Da es sich um eine Dolusklage handelt, greift das Interdict nur ein, wenn

des Werkes hat die Kosten der Beseitigung zu tragen, wer bloß als Besitzer verklagt wird, die Zerstörung auf Kosten des Klägers zu dulden.<sup>26</sup> Der Nachbar hat außerdem das Interesse des Klägers zu vergüten.<sup>27</sup>

Die Klage verjährt in einem annus utilis, von der Vollendung oder der Eistirung des eigenmächtig vorgenommenen Werkes an gerechnet.<sup>28</sup>

### Dritter Abschnitt.

## Die Servituten.

### Erstes Kapitel.

#### Das Wesen der Servituten.

##### § 235. Begriff und Haupteintheilung der Servituten.<sup>1</sup>

Servituten — Dienstbarkeiten — sind dingliche Rechte an fremden Sachen zur Benutzung derselben für die Zwecke bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen.

In Folge der Servitut tritt die belastete Sache in den Dienst der Interessen des Servitutberechtigten.<sup>2</sup> Sie dient denselben durch

der Handelnde das Verbot kannte. So l. 20 § 3 D. h. t. 43, 24 Paulus libro 13 ad edictum: Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem fecerit, dicendum esse Pomponius ait non incidere eum in interdictum. Anders bei der o. n. nuntiatio, vgl. oben § 233 Anm. 29.

26) l. 16 § 2 D. h. t. 43, 24 Paulus libro 67 ad edictum: In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

27) l. 15 §§ 7 ff. D. h. t. 43, 24.

28) l. 15 § 4 D. h. t. 43, 24.

1) Emil Hoffmann, die Lehre von den Servituten, Bd. 1 1838, Bd. 2 1843; Rudolf Elvers, die römische Servitutentlehre 1856; Oscar Schönemann, die Servituten 1866. Notizen über ältere Litteratur finden sich bei Schönemann, vgl. auch Hoffmann, Vorrede.

2) Servitus ist der römische Name sowohl für „Servitut“, als für „Eklaverei“. Viele suchen dies auf eine innere Verwandtschaft der beiden Rechtsinstitute zurückzuführen. Servitus — sagt Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 1 — bedeutet den Zustand der „Unfreiheit“ der Sache, dann auch das Recht, kraft dessen dieser Zustand stattfindet. Als unfrei aber wird gedacht diejenige Sache, welche einem andern dient, als ihrem Eigenthümer, wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. Wie

ihre physischen Eigenschaften.<sup>3</sup> Die Servitut nimmt also den Gebrauchswert der Sache in Anspruch,<sup>4</sup> das Pfandrecht deren Tauschwert. Die Nutzungen, um welche es sich handelt, sind je nach der Art der Servitut verschieden. Bald gewährt die Servitut Früchte oder andere Produkte, bald Gebrauch, z. B. durch Gehen oder Fahren, bald bloß Licht und Aussicht, also die Befugniß, dem Nachbarn Aussicht beziehende Anlagen auf seinem Grundstücke zu verbieten. Liegt auch in solchem Verbotungsrechte ein Recht der Nutzung? Man verneint dies nicht selten und entfernt um deswillen aus der Definition der Servitut jede Beziehung auf deren materiellen Inhalt. Aber nützt man nicht auch Eigenschaften des Nachbargrundstückes, wenn es Licht und Aussicht gewährt?<sup>5</sup>

Die Interessen, in deren Dienst die belastete Sache gestellt wird, sind andere bei den Grundgerechtigkeiten — Prädialservituten — als bei den persönlichen Dienstbarkeiten — den Personalservituten.

a) Die Prädialservituten sind der Förderung der Nutzbarkeit des herrschenden Grundstückes bestimmt. Das einzelne Grundstück in seiner Isolirung kann der Brauchbarkeit mehr oder weniger entbehren. Es bedarf z. B. eines Weges, um zugänglich, des Wassers, um fruchtbar, des freien Lichtes, um bewohnbar oder gesund und angenehm zu sein. Durch die Prädialservitut findet es in dauernder Weise die erforderliche Ergänzung.

der Mensch — setzt Windscheid hinzu — sich in einem nicht naturgemäßen Zustande befindet, wenn er überhaupt dient, so die Sache, wenn sie einem anderen dient, als dem Eigenthümer. Ueber diese Ausführungen Windscheids urtheilt Schönemann a. a. D. S. 27: „man hat da viel paradoxes!“ In der That sind Sachen schlechthin unfrei, dies charakterisirt sie im Gegensatz zum Rechtssubjekt. Also ist nicht bloß die servitutbelastete Sache im Zustande der Unfreiheit. Auch kann man der Meinung nicht heitreten, daß Servituten etwas naturwidriges seien, wie man dies von der Sklaverei wohl behaupten kann.

3) Keller, Pandekten § 163 Anm. 4.

4) Das Recht auf Benutzung der Sache heben als charakteristisch hervor Puchta, Pand. § 178 und Arnolds § 175, so auch Schönemann a. a. D. S. 28; Keller, Pand. § 163 dagegen findet keinen spezifischen Unterschied der Servituten von den übrigen jura in re. Auch Windscheids Definition sieht vom Rechte der Benutzung ab. Er findet das Charakteristische der Servitut im Gegensatz zum Pfandrecht darin, daß die Servitut den Eigenthümer nur beschränke, das Pfandrecht die Ermächtigung gebe, ihm sein Eigenthum zu entziehen. Elvers endlich definirt die Servitut als „rechtliche Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache“, wobei er sich auf l. 17 D. de except. 44, 1 bezieht. Wie sticht dies doch ungünstig ab gegen die einfache und gesunde Begriffsbestimmung Puchtas!

5) Keller, Pandekten § 163. Auch Buchholz, Versuche 1831 S. 157 findet die Anwendung des Wortes „benutzen“ auf negative Servituten „gegen den Genius der Sprache“. Hiergegen bemerkt Elvers a. a. D. S. 32: benutzen heißt Nutzen ziehen, und dies kann man auch durch den passiven Zustand, in dem ein anderer eine schädliche Handlung nicht vornehmen darf.

Nicht selten ist der Nachtheil, welchen die Bestellung der Servitut dem dienenden Grundstücke zufügt, weit geringer, als der Vortheil, den sie dem herrschenden Grundstücke bringt. Dies erleichtert ihre Bestellung im Verkehr; denn unter solchen Umständen macht sich der Handel leicht. Hierauf beruht auch der volkswirtschaftliche Nutzen dieser Servituten. Aber freilich kann sich dies im Laufe der Zeiten ändern. Belastungen, die nach der früheren Weise der Bewirthschaftung kaum empfunden wurden, werden zum Hemmniß und zum volkswirtschaftlichen Schaden, wenn der Uebergang zu neuen Wirthschaftsformen, welche mit der Servitut unverträglich sind, für den Eigenthümer vortheilhaft oder nothwendig wird. So verhielt es sich mit den Weidgerechtigkeiten des früheren deutschen Rechtes, die neben der seit alters hergebrachten Dreifelderwirthschaft kaum fühlbar, bei dem nothwendigen Uebergange zu intensiver Kultur des Landes unerträglich wurden. Es kann ferner ein dereinst wenig lästiges Wegerecht über ein landwirtschaftliches Grundstück, dessen Werth beinahe nullificiren, wenn es sich in Folge Erweiterung der nahen Stadt später zum Bauplatze eignen würde.

b) Die Personalservituten haben den Zweck, einer bestimmten Person für ihre Lebenszeit eine Sustentation zu gewähren, insbesondere ihr eine lebenslängliche periodische Einnahme zu verschaffen. Das Kapital soll also voll und ganz beim Eigenthümer bleiben, der Ertrag aber ganz oder theilweise dem Servitutberechtigten zustehen.

Die Verschiedenheit der ökonomischen Ziele von Prädial- und Personalservituten mußte zu verschiedener Rechtsgestaltung führen. Namentlich machte sich geltend, daß es sich bei der Prädialservitut um dauernde reale Beziehungen, bei der Personalservitut um vergängliche persönliche Verhältnisse handelt.

Dennoch ist eine Gemeinsamkeit unverkennbar. Sie liegt darin, daß die Personal- wie die Prädialservituten die Nutzung der fremden Sache in der Rechtsform des dinglichen Rechtes in Anspruch nehmen. Um deswillen ordnen bereits die Römer beide Verhältnisse als besondere Arten dem einen Institute der Servitut unter.<sup>6</sup>

6) Im engeren Sinne verstehen die Römer unter den Servituten Grunddienstbarkeiten. § 3 J. de reb. incorp. 2, 2, 1. 9 § 7 in fine D. quod metus causa 4, 2. Aber Marcianus libro 3 regularum l. 1 D. de serv. 8, 1 formulirt den weiteren Servitutenbegriff: *servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* siehe ferner l. 15 pr. D. eod., l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5, l. 8 § 3 D. de lib. leg. 34, 3 — Pomponius — „personalis servitus“, l. 1 § 9 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Uebrigens wird einmal sogar eine Superficies als „servitus“ bezeichnet, nämlich in l. 86 § 4 D. de leg. 1.

## § 236. Dinglicher Charakter der Servituten.

Die Nutzung fremder Sachen wird bald durch persönliche Forderungen vermittelt, bald durch dingliche Rechte gewährt.

Pacht, Miethc, Kommodat erzeugen nur obligatorische Ansprüche auf Benutzung der gemietheten oder kommodirten Sache. Auch Verträge anderer Art und Vermächtnisse begründen häufig nur Forderungsrechte auf Ueberlassung von Nutzungen.<sup>1</sup> Den nächsten Gegenstand solcher Ansprüche bilden Handlungen des Schuldners, mittels deren dieser dem Gläubiger die geschuldeten Nutzungen überläßt und so seine Obligation erfüllt. Derartige Geschäfte verbinden nur den Promittenten und dessen Erben, nicht aber dritte Personen, z. B. den Abkäufer der Sache, deren Nutzungen zu leisten sind.<sup>2</sup>

Alles dieses ist anders bei den Servituten.

1. Die Servitut setzt den Berechtigten nicht in ein Verhältniß zum Besteller des Rechtes, sondern zu der Sache, welche belastet wird. Die Servitut kann daher jedem gegenüber geltend gemacht werden, der sie stört oder bedroht; sie wird nicht durch *actio in personam*, sondern durch *actio in rem confessoria* zur Anerkennung gebracht.

2. *Servitus in faciendo consistere nequit* ist ein herkömmliches Rechtsprüchwort der gemeinrechtlichen Doktrin. Die Servitut verbindet nämlich den Besitzer der dienenden Sache nur zum Dulden — *pati* — oder zum Nichtthun — *non facere* —, keineswegs aber zum Thun — *facere*.<sup>3</sup>

1) l. 12 D. de annuis legatis 33, 1. Paulus libro 13 responsorum: Gajus Sejus praedia diversis pagis Maeviae et Sejae legavit et ita cavuit: „praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia“: quaero, an id legata defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit: servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Zur Realservitut fehlte freilich auch die Vicinität der Grundstücke. Vgl. ferner l. 58 § 1 D. de usu-fructu 7. 1.

2) Oft ist zweifelhaft, ob es sich um eine bloß obligatorische Verpflichtung oder eine dingliche Belastung handelt, z. B. ein Willenbesitzer verspricht dem anderen, seine Villa nicht höher zu bauen. Der Zweck des Vertrags wird häufig erkennen lassen, daß es sich um ein f. g. *pactum intuitu fundi initum* handelt. Ist dies nicht der Fall, so ist eine bloß obligatorische Verpflichtung als das geringere anzunehmen.

3) l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1. Pomponius libro 33 ad Sabinum: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorum prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

Dies entspricht dem Wesen des dinglichen Rechtes. Das dingliche Recht stellt die Sache unmittelbar unter die Herrschaft des Berechtigten. Jedermann muß dessen Einwirkung auf die Sache dulden, niemand darf sie stören. Aber außerhalb des Rahmens der Servitut liegt eine Verbindlichkeit des Besitzers der Sache zu einem Thun. Das Recht hierauf ist nicht Ausfluß einer Herrschaft über die Sache, vielmehr einer Berechtigung gegenüber der Person.

Hiernach kann man nach römischem Rechte servitutenhalber nicht einmal dem Eigenthümer der dienenden Sache deren Erhaltung in dienstfähigem Stande auslegen. Die Refektion der dienenden Sache fällt vielmehr nothwendig dem Servitutberechtigten anheim. Der Wegberechtigte z. B. hat den Weg, der Wasserleitungsberechtigte den Kanal über das dienende Grundstück im Stande zu halten.<sup>4</sup>

Einzig die *servitus oneris ferendi* macht eine Ausnahme. Die stützende Mauer in tragfähigem Stande zu halten, lag nach altem Brauche dem Eigenthümer der dienenden Sache ob.<sup>5</sup> Nur durch Derefiktion seines Gebäudes konnte er sich dieser Pflicht entziehen. Als in der letzten Zeit der Republik die sich entwickelnde römische Rechtswissenschaft das Princip formulirte, daß die Servitut ein Thun nicht erzwingen könne, entstand freilich die Frage, ob dasselbe auch auf die *servitus oneris ferendi* anzuwenden sei. Gallus Aquilius bejahte sie, Servius Sulpicius und Labeo aber nahmen die hergebrachte Praxis in Schutz.<sup>6</sup> Demzufolge behielt es bei ihr sein Bewenden. Dies mit

4) l. 11 D. communia praediorum 8, 4.

5) l. 33 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 5 epitomarum Aferni digestorum: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: „paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit“ satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejus dem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Alfenuß begründet die Reparaturpflicht des Eigenthümers der dienenden Sache durch Interpretation des herkömmlichen Bestellungsformulars. Denn wenn es zum Inhalt des Geschäftes gemacht werde, die Mauer solle im Stande bleiben, wie sie ist, so liege darin, sie müsse so erhalten werden, wie sie sei. Auf das Princip *servitus in faciendo consistere* erlaubt läßt sich Alfenuß überhaupt nicht ein. Von „Spielerei“ und „Verhüllung des Thatbestandes“, wie Pernice Parerga in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 94 findet, kann ich nichts sehen.

6) l. 6 §§ 2 und 3 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est, et Gallus putat non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne ne facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitute adserit, non ad eum, cujus res servit, sed evaluit Servi sententia, in proposita specie, ut possit quis

Recht. Es entspricht den Interessen beider Theile, daß die tragende Mauer vom Eigenthümer des dienenden und nicht vom Eigenthümer des herrschenden Grundstückes reparirt wird.<sup>7</sup> Es wäre ungerechtfertigt gewesen, das zweckmäßige Herkommen zu verlassen. Die Logik erkennt zwar, daß die *servitus oneris ferendi* mit ihrer dem Eigenthümer der dienenden Sache aufgelegten Reparaturpflicht den dinglichen Charakter nicht rein bewahrt, vielmehr eine Mischung mit obligatorischen Elementen enthält. Aber die Logik nöthigt uns nicht, ein derartiges Gebilde des positiven Rechtes für unzulässig zu erachten.<sup>8</sup>

Nach gemeinem Rechte kann die Reparaturpflicht bei allen Servituten dem Eigenthümer der dienenden Sache als Bestandtheil der Dienstbarkeit aufgelegt werden. Wie man gemeinrechtlich zahlreiche andere zu einem Thun verpflichtende, dem römische Rechte fremde reale Belastungen der Grundstücke kennt, so hat man es auch stets für zulässig gehalten, daß mit der Servitut die Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes zur Erhaltung der für die Uebung der Servitut dienenden Anstalten verbunden sei. Nur muß

*defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitatem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. Haec autem actio in rem magis est, quam in personam et non alii competit, quam domino aedium et adversus dominum, sicuti caeterarum servitutum intentio, vgl. l. 8 § 2 D. eod.*

7) Für den Eigenthümer der dienenden Sache wäre es höchst lästig gewesen, wenn der Servitutberechtigte ein selbständiges Refektionsrecht gehabt und die Mauer, die doch in der Regel vorzugsweise für das dienende Grundstück bestimmt ist, einseitig nach Maßgabe seines Interesses hätte herstellen dürfen. Verweigerte man aber dem Servitutberechtigten das Refektionsrecht, so müßte man die Refektionspflicht selbstverständlich dem Eigenthümer der dienenden Sache auflegen, wenn die Servitut Bestand haben und ihre Bestimmung erfüllen sollte. Auf diese Momente hat Elvers a. a. O. S. 61 aufmerksam gemacht. Sie sind nicht, wie dies häufig geschieht, schlechthin von der Hand zu weisen.

8) Mannigfach sind die Versuche der neueren, die Eigenheit zu erklären. Viele nehmen an, es bestעה bei der *servitus oneris ferendi* neben der Servitut eine „gesetzliche Obligation zu einem *facere*“. Das heißt aber, was als Einheit gedacht ist, willkürlich zerreißen. Gewiß nicht natürlich ist insbesondere die Ansicht Mühlenbruchs im civ. Archiv Bd. 14 n. 14 und Bangerows Bd. 1 § 342 Anm. 2, daß nur eine Anwendung des bekannten Satzes des Nachbarrechtes gemacht werde, wonach der Eigenthümer einer baufälligen Sache sie entweder repariren oder aufgeben müsse, so daß das anomale nur darin liege, daß hier aus der *lex servitutis* geklagt werde. In dem letzteren Punkte liegt eben das eigenthümliche, und dies wird bei diesem Versuch nicht aufgeklärt. Durchaus verfehlt ist ferner die Behauptung Bödings, Pand. Bd. 3 § 160 Anm. 15: es sei überhaupt nicht richtig, daß der Eigenthümer der stützenden Mauer zu einem Thun verpflichtet sei. Denn auch die *servitus oneris ferendi* fordere nur ein „*pati*“, nämlich „ein Ausliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstück, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden und stützenden.“ Mit diesem „also“ wird der Sprung vom *pati* zum *facere* vollzogen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 211<sup>a</sup> Anm. 3.

diese Verpflichtung nachweisbar besonders begründet oder durch unvor-  
denkliche Verjährung dargethan sein.<sup>9</sup>

Das gemeine Recht kennt weiter Belastungen, deren Haupt-  
inhalt in einem Thun des jeweiligen Eigenthümers der belasteten  
Sache besteht, z. B. in der Prästation von Renten oder von Holz-  
deputaten oder in der Leistung von Diensten. Solche Belastungen sind  
keine Servituten. Sie bilden ein Rechtsinstitut besonderer Art — die  
Reallasten.<sup>10 11</sup>

3. An eigener Sache ist eine Servitut unmöglich — *nulli res  
sua servit.*<sup>12</sup> Demzufolge kann eine Servitut an der eigenen Sache  
nicht gültig bestellt werden. Die Servitut ferner erlischt — durch Kon-  
fuktion —, wenn der Servitutberechtigte das Eigenthum der dienenden  
Sache erwirbt.

Der Ausdruck „fremde Sache“ wird hier nur im negativen Sinne  
gebraucht, d. h. für eine Sache, die nicht im Eigenthume des Servitut-  
berechtigten steht. Wird daher die dienende Sache herrenlos, z. B.  
durch Dereliktion, so erhält sich die Servitut.<sup>13 14</sup>

9) Siehe Buchta und Budde, Entscheidungen des D.A.G. zu Rostock Bd. 4  
S. 123 — bei Seuffert Bd. 17 n. 8. —, D.A.G. zu Berlin bei Seuffert Bd. 26  
n. 108. Die Kompendien tragen das reine römische Recht vor, gleich als wäre es  
ohne weiteres in Deutschland anwendbar. Die Praxis wird dabei ignorirt.

10) Früher nannte man die Reallasten wohl *servitutes juris Germanici* und  
behandelte sie nach Analogie der Servituten. Derzeit ist niemand darüber im Zweifel,  
daß die Reallasten eigenartigen Normen unterliegen.

11) Uebrigens haben die Römer die Reallast auf dem Gebiete des öffentlichen  
Rechtes sehr wohl gekannt. Dies hat Pernice, *Parerga* in der Zeitschrift für Rechts-  
geschichte n. F. Bd. 5 S. 67 ff. näher nachgewiesen.

12) l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

13) Ein hierhergehöriger Fall war nach klassischem Rechte Freilassung eines  
Sklaven, an dem ein *ususfructus* bestand, *Ulpian fragm.* I § 19. Die abweichende  
Bestimmung Justinians in der l. 1 C. *communia de manum.* 7, 15 beruht auf *utilitas*.  
— Ist Okkupation einer Servitut an einer herrenlosen Sache möglich, indem z. B. der  
Eigenthümer eines an der Meeresküste belegenen Hauses nach dem Meere zu einen  
Balkon anlegt? Sie erkennt *Elvers a. a. O.* S. 30 an. Ich sehe keinen Grund  
dafür, ihm hierin zu widersprechen.

14) Eine traditionelle Regel der Römer lautete: *servitus servitutis esse non  
potest*. Man schloß hieraus, daß der Eigenthümer nicht gültigerweise an seiner  
Sache den *usus* oder *usufructus* eines *Wegrechtes* bestellen könne, l. 1 D. *de usu et  
usufr.* leg. 33, 2, und daß ein Servitutberechtigter keine Servitut auf seine Servitut  
legen dürfe, l. 33 § 1 D. *de serv. pr. rust.* 8, 3; man hielt beides aber schließlich, wie  
aus den angeführten Stellen hervorgeht, keineswegs fest. Auch zog man die äußerst  
subtile Konsequenz aus jener Regel, daß der Proprietar nicht einmal mit Zustimmung  
des Nießbrauchers eine das Recht des letzteren afficirende Servitut bestellen könne,  
l. 15 § 7, l. 16 D. *de usufructu* 7, 1. Vgl. jedoch auch *Arndts* § 179 Anm. 5.  
Der Grundsatz *servitus servitutis esse non potest* wurde von den späteren römischen  
Juristen, wie aus l. 1 D. *de usu et usufructu* 33, 2 und l. 33 § 1 D. *de serv. pr.  
rust.* 8, 3 hervorgeht, theils beseitigt, theils umgangen. Gemeinrechtlich gilt er jeden-  
falls nicht, vgl. *Adolf Schmidt* in *Bekkers Jahrbuch* Bd. 3 S. 260 Anm. 27. Auch  
die Konsequenz, welche die l. 15 § 7, l. 16 D. *de usufr.* 7, 1 zieht, kann daher keine  
Anerkennung mehr finden.

## § 237. Verhältniß der Servitut zum Eigenthumsrechte.

Die Servitut kollidirt mit dem Eigenthume der dienenden Sache. Sie geht ihm in ihrer Sphäre vor und hemmt also seine volle Ausübung.

Häufig betrachtet man die Servitut als einen ausgeschiedenen Eigenthumsbestandtheil.<sup>1</sup> Aber nur um eine Beschränkung des Eigenthumes, nicht um Ablösung eines Eigenthumsbestandtheiles handelt es sich.<sup>2</sup> Sonst wäre stets ein Neuerwerb nöthig, damit sich die abgetrennte Servitut mit dem Eigenthume wieder vereinigte, dem sie entfloß. Dies ist keineswegs der Fall. Vielmehr konsolidirt sich das Eigenthum unmittelbar und von selbst, sobald die Servitut erlischt. Daß es sich nicht um Ablösung und Uebertragung eines Eigenthumsbestandtheiles handelt, tritt besonders darin zu Tage, daß der Inhalt der Servitut nicht immer identisch ist mit dem, was der Eigenthümer aufgibt. Die *servitus altius non tollendi* z. B. hindert den Eigenthümer der dienenden Sache am Bauen, aber dem Servitutberechtigten steht das Recht zum Bauen auf dem Nachbargrundstücke nicht zu, er hat nur ein Verbotungsrecht.<sup>3 4</sup>

1) So Büchel, *civilrechtliche Erörterungen* Bd. 1 n. 3 über Verpfändung der *jura in re*, Bachofen, *Pfandrecht* Bd. 1 S. 97; vgl. hiergegen Bangerow Bd. 1 § 338 S. 689 — siehe jedoch auch unten Anm. 4 — und Evers a. a. O. S. 41, Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 3.

2) Dies gilt namentlich auch für den Nießbrauch, vgl. die oben § 81 Anm. 6 abgedruckte l. 63 D. de usu fructu 7, 1. Allerdings war ein vulgärer, wohl aus alter Zeit überlieferter Spruch: *fructus portionis instar optinet*, l. 76 § 2 D. de leg. II. Aber die römische wissenschaftliche Jurisprudenz erkannte an, daß der Satz keine volle Wahrheit enthalte. Papinian insbesondere erklärte l. 33 § 1 D. de usufructu 7, 1: *usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit*. Paulus in der l. 4 D. de usufructu 7, 1 dreht die Sache um, „*usus fructus in multis casibus pars domini est*“ und verwirft den Spruch geradezu in l. 25 D. de V. S. 50, 16 libro 21 ad edictum: *recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter*. Aehnlich schon Papinian in der l. 66 § 6 D. de leg. II. Vgl. Dernburg, *Pfandrecht* Bd. 1 S. 132.

3) Vgl. Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 n. 7.

4) Bangerow Bd. 1 § 338 S. 689 behauptet für die *servitutes praediorum urbanorum* und nur für diese, daß sie von dem Eigenthumsrechte wirklich, d. h. dem Rechte nach abgelöste Befugnisse enthielten. Bei ihnen und nur bei ihnen liege eine Verminderung, nicht eine Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse vor; hier und nur hier bedürfte es eines neuen Erwerbes seitens des Eigenthümers, wenn der ausgeschiedene Eigenthumsbestandtheil wieder mit dem Eigenthum vereinigt werden sollte. Die Quellen sprächen diesen Gedanken ausdrücklich aus, l. 5 § 9 D. de op.

Das Maß der Beschränkung des Eigenthumes durch die Servitut ist nach mehreren Richtungen hin fraglich.

1. Wie weit behindert die Servitut das Eigenthum an konkurrierender Nutzung?

Die Servitut nimmt nicht selten die Nutzung der dienenden Sache ausschließlich oder doch vorzugsweise in Beschlag. Der Nießbrauch insbesondere giebt das Recht auf die volle Fruchtnutzung. So lange er besteht, darf der Eigenthümer die Früchte nicht für sich in Anspruch nehmen. Prädialservituten ferner mit bestimmtem Umfange, z. B. Forstservituten auf eine bestimmte Quantität Holz, Weiderechte mit fixirter Stückzahl Vieh, geben schlechthin ein Vorzugsrecht vor dem Eigenthümer. Das gleiche kann auch bei unbestimmten Prädialservituten der Fall sein, so daß sie bis zum Maße des Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes dem Eigenthume vorgehen.

Allein dies ist nicht nothwendig. Häufig ist gemäß der Bestimmungsurkunde, dem Herkommen, der Gesamtheit der Umstände der Sinn der Servitut der, daß der Servitutberechtigte und der Eigenthümer nebeneinander nutzen sollen. So wird es z. B. in der Regel sein, wenn dem Nachbar ein Recht auf Wassererschöpfen aus unserem Brunnen eingeräumt ist. Reicht also das Wasser in Folge der Vergrößerung des Bedürfnisses oder theilweisen Versiegens der Quelle nicht für beide aus, so hat eine die Interessen beider Theile gleichmäßig berücksichtigende Regulirung einzutreten. Ebenso ist es in der Regel bei unbestimmten Weideservituten.<sup>5</sup>

nov. nunt. 39, 1. Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis . . . impositiciam, cum quis postea quam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutum fecit. Doch höchst gewagt ist es, aus der unverfänglichen Aeußerung des Pedius, der Eigenthümer vermindere durch die Bestellung der Urbanalservitut sein Recht, ein juristisches Dogma herzuleiten. Sie giebt nur eine gebrechliche Stütze für das Axiom, daß die Urbanalservitut und nur sie die Ablösung einer Eigenthumsbefugniß enthalte. Die Ansicht Vangerows hat keinen Anklang gefunden.

5) Vgl. Glück Bd. 10 S. 180 ff. und dort citirte; Seuffert, Erörterungen Bd. 2 S. 46 ff. Dagegen Vangerow Bd. 1 § 340 S. 716 und Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 13. Vangerow behauptet, wenn eine Servitut unbestimmt bestellt worden sei, könne dies nur den Sinn haben, es solle die eingeräumte Befugniß in dem Umfang zustehen, in welchem sie überhaupt als Realservitut bestellt werden könne. d. h. soweit das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes reiche; es sei also im Falle einer unbestimmten Bestellung doch in Wirklichkeit der Umfang des Rechtes nicht weniger genau bestimmt, als wenn besondere konventionelle oder testamentarische Anordnungen darüber getroffen wären. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes ergiebt das Maximum des Umfanges der Servitut. Sehr wohl kann aber der Umfang darunter bleiben. Ob dies der Fall, ist Frage der Auslegung. So verhält es sich nach allgemeinen Grundsätzen und dies stimmt

2. Da der Eigenthümer auch nach Einräumung einer Servitut alle mit ihr verträglichen Befugnisse behält, so ist es ihm häufig möglich, die einem Berechtigten verliehene Berechtigung noch anderen einzuräumen, natürlich unbeschadet der Rechte des ersten Servituten-erwerbers. Er kann z. B. eine Wegerechtigkeit, wie er sie dem Primus bestellte, auch dem Secundus und Tertius verleihen, oder eine Wassergerechtigkeit successive mehreren einräumen.<sup>6</sup>

3. Die Servitut ist schonend — civiliter — zu üben.<sup>7</sup> Der Servitutberechtigte muß also auf den Eigenthümer billige Rücksicht nehmen und selbst kleine Erschwerungen von dessen Seite dulden.<sup>8</sup>

mit den Quellen. In der l. 6 C. de servit. 3, 34 entscheidet Claudius a. 269 einen Fall, in dem ein Nachbar contra statutam consuetudinis formam eine größere Wassermasse in Anspruch nahm, als das dienende Grundstück entbehren konnte, und erklärt dies für unzulässig; denn es sei durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum sitientibus agris tuis ad aliorum usum vicinorum injuria propagari. Der Kaiser beruft sich nicht bloß auf Gewohnheit, sondern auch auf einen allgemeinen Gedanken, welcher dieselbe veranlaßt und der bei der Auslegung von Verträgen über Bestellung von Servituten Verwerthung finden kann. Es ist also nicht so ganz unbegreiflich, wie Vangerow meint, daß man sich auf diese Stelle gegen seine Ansicht berufen hat. Die l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4 deutet einen verwandten Gesichtspunkt an.

6) l. 15 D. commun. in praediorum 8, 4. Paulus libro 1 epitomarum Alfeni: Qui per certum locum iter aut actum alicui cecisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicinus suas aedes servas fecisset, nihilo minus aliis quot vellet multis eas aedes servas facere potest. l. 2 §§ 1 und 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vgl. die l. 4 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3 über die a. communi dividundo und negotiorum gestorum zwischen den mehreren Servitutberechtigten.

7) l. 9 D. servit. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum: Si cui simpliciter via per fundum cujuspian cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendum est, cum id aequè commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Dies alles gilt nicht bloß für Grundgerechtigkeiten, vielmehr nicht minder für persönliche Servituten.

8) Es besteht beispielsweise ein Recht der Durchfahrt über den Hofraum des Nachbarn. Dieser läßt da, wo der Servitutberechtigte bisher offen einfuhr, zur Sicherung seines Eigenthums ein Thor errichten und es mit einem Riegel verschließen, so daß nun der Servitutberechtigte, ehe er durchfahren kann, sich in den Hofraum des Nachbarn begeben und dort mittels Zurückziehen des Riegels das Thor öffnen oder den Nachbarn zur jeweiligen Oeffnung veranlassen muß. Kann der Servitutberechtigte Beseitigung des Thores oder doch des daran befindlichen Riegels fordern? Die Entscheidung hängt davon ab, ob es sich in der That um eine erhebliche Erschwerung des Rechtes der Durchfahrt handelt. Dies ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn die Durchfahrt nicht regelmäßig, sondern nur bei besonderen Gelegenheiten zur Ausübung kommt. Seuffert, Archiv Bd. 12 n. 7, Bd. 24 n. 14, 16.

Seine Rechte dürfen aber hierdurch nicht im wesentlichen verkürzt,<sup>9</sup> klare Rechtstitel nicht gebeugt werden.<sup>10</sup>

## Zweites Kapitel.

### Die Prädialservituten.

#### I. Allgemeine Grundsätze.

##### § 238. Begriff und Wesen der Prädialservituten.

Prädialservituten sind mit einem Grundstücke verknüpfte, zu dessen Nutzen bestimmte dingliche Rechte an fremden Grundstücken.<sup>1</sup> Sie fordern also ein herrschendes und ein dienendes Grundstück.

Die Prädialservituten stehen dem jeweiligen Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zu. Sie gehen auf jeden Nachmann des ersten Erwerbers über, mag er das Grundstück nun durch Universal-*succession* oder Singular*succession*<sup>2</sup> oder in anderer Weise, z. B. durch Erfindung, erlangen.<sup>3</sup> Sie verbinden sich also der Art mit dem Grundstücke, daß sie ihm wie eine Eigenschaft zugehören.<sup>4</sup>

9) Zu ungewöhnlichen Maßregeln im Interesse des Eigenthümers ist der Servitutberechtigte nicht verbunden. Es genügt z. B. bei einer Viehtrift, daß die Kuhherde auf gewöhnliche Art, wie Landleute ihre Kühe zu treiben pflegen, über den Weg getrieben wird, ungewöhnliche Maßregeln, um das Ueberlaufen des Viehes vom Wege zu verhindern, können nicht beansprucht werden. Zeuffert, Archiv Bd. 15 n. 103.

10) Die Verlegung der Servitut auf ein anderes Grundstück des Eigenthümers der dienenden Sache darf dem Servitutberechtigten nicht aufgenöthigt werden, selbst wenn sie dem Servitutberechtigten keinen erheblichen Nachtheil brächte. Denn dies wäre nicht Modifikation der Ausübung der bestehenden Servitut, sondern deren Aufhebung und Begründung einer neuen Servitut. Zeuffert, Archiv Bd. 31 n. 118.

1) l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4. Ulpianus libro 2 institutionum: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutum acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

2) l. 12 D. comm. praed. 8, 4. Paulus libro 15 ad Sabinum: Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt.

3) Vgl. l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Paulus libro 15 ad Sabinum: Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

4) l. 86 D. de V. S. 50, 16. Celsus libro 5 digestorum: Quid aliud sunt „jura praediorum“ quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas,

Diese Rechtsbildung entspricht den allgemeinen Rechtsgedanken der Römer keineswegs. Nach ihnen erschafft das Individuum seine Rechte selbstthätig und bindet sie an seine Person und an diejenige seiner Erben. Die Verknüpfung von Rechten mit einem Grundstücke war den Römern sonst fremd. Dagegen liebt das deutsche Recht, die rechtlichen Beziehungen der Grundstücke ein für allemal durch Rechtsordnungen zu bestimmen, welche den Wechsel der Individuen überdauern. Hier sind auch die Grundgerechtigkeiten weit mehr begünstigt als in Rom.

Manche Schriftsteller fassen das herrschende Grundstück geradezu als das Rechtsobjekt der Prädialservitut, — als eine juristische Person auf und suchen so die Verknüpfung der Servitut mit dem Grundstücke juristisch zu rechtfertigen.<sup>5</sup> Hierfür scheint auch die Redeweise der Quellen zu sprechen, wonach die Servitut „dem Grundstücke zusteht“, „ihm geschuldet wird“.<sup>6</sup> Aber das wäre ein Zerrbild einer juristischen Person und ist sicher nicht die römische Konstruktion. Die Quellen sprechen kaum minder häufig die Servitut dem Eigenthümer der herrschenden Sache, wie dem Grundstücke zu. Und, was mehr ins Gewicht fällt, die Rechtsätze der Prädialservituten stehen jener Konstruktion

amplitudo, vgl. l. 12 D. quaemadm. serv. am. 8. 6. Die Zusammenstellung der juristischen und der natürlichen Eigenschaften eines Grundstückes ist geistreich, keinesfalls aber als Identifizierung zu denken, vgl. übrigens Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 97 ff. Manche bezeichnen die Prädialservitut als „Erweiterung des Eigenthumes“, wofür man sich auf l. 5 § 9 D. de o. n. n. 39, 1 — abgedruckt oben § 237 Anm. 4 — zu berufen pflegt. Hiergegen führt Schönemann a. a. D. S. 105 mit Recht aus: das Eigenthum an der herrschenden Sache ist die volle rechtliche Herrschaft über dieselbe; der Erwerb einer Prädialservitut aber ist keine Erweiterung der Herrschaft über diese Sache, sondern die Hinzufügung eines Stückes Herrschaft über eine andere Sache. Die Römer bezeichnen denn auch die Servituten als „unkörperliche Sachen“, obgleich sie dem Eigenthume hinzutreten, welches als etwas „körperliches“ gilt, l. 14 D. de serv. 8, 1.

5) So namentlich Böcking, Inst. § 62d, Pand. Bd. 1 § 38. Dagegen aber die neueren Schriftsteller, vgl. Evers S. 95, Arndts § 41 Anm. 5, Windscheid Bd. 1 § 57 Anm. 10.

6) Vgl. z. B. l. 12 D. de serv. 8, 1 „fundo recte servitus adquiritur“, l. 31 D. de serv. pr. rust. 8, 3 „fundo servitutum aquae quaesierat“, l. 13 pr. D. eod. und gar l. 30 § 7 D. de neg. gest. 3, 5 „sententia praedio datur“. Arndts a. a. D. weist darauf hin, daß sich auch findet „pecori cui adpulsus debetur“, l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 und „ager itineri aut actui servit“. l. 13 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Die römischen Juristen waren bemüht, ihren Gedanken einen anschaulichen und passenden Ausdruck zu geben. Aber sie haben nicht jede Wendung so zugespitzt, daß man aus ihr ein Dogma herleiten könnte. Damit hätten sie sich jeder Freiheit begeben. Unbefangen bezeichnen sie an anderen Orten den Eigenthümer des herrschenden Grundstückes als den Berechtigten, z. B. in l. 17 § 3 D. de serv. p. urb. 8, 2 „pollicetur venditor sibi servitutum deberi“, ferner in der oben Anm. 1 abgedruckten l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4 und in l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. — Der Ausdruck praedium serviens ist häufig, dagegen ist der Ausdruck praedium dominans den Quellen nicht geläufig.

entgegen. In dieser Hinsicht ist besonders zu beachten, daß die Servitut durch Konfusion erlischt, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zugleich Eigenthümer des dienenden wird. Wäre das Grundstück das Rechtssubjekt, so stünde in einem solchen Falle der Fortdauer der Servitut nichts im Wege, man müßte sie höchstens als ruhend erachten, solange die beiden Grundstücke in derselben Hand wären.

Das Grundstück ist das Medium, an welches das Recht des jeweiligen Eigenthümers geknüpft ist. Folgerichtig ist die Prädialservitut vom herrschenden Grundstücke nicht trennbar, nicht einmal der Gebrauch ist übertragbar. Gegen diese Rechtskonsequenz kämpfte jedoch die Utilität und das Bedürfniß des Lebens an, und zwar nicht ganz ohne Erfolg. Wenigstens bei Wasserleitungen kann der Eigenthümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen, auch Dritten den Wassergenuß zu überlassen.<sup>7</sup>

Das herrschende Grundstück kann ein unbebautes — *praedium rusticum* — oder ein Gebäude — *praedium urbanum* — sein. Auch zu Gunsten eines künftig zu errichtenden Gebäudes kann die Servitut bestellt werden.<sup>8 9</sup> Gemeinrechtlich kommen Servituten ferner zu Gunsten von selbständigen Gerechtigkeiten, insbesondere von Bergwerken, sowie von größeren territorialen Kreisen, z. B. ganzen Ortshschaften, vor.<sup>10</sup>

7) l. 44 D. locati 19, 2. Ulpianus libro 7 ad edictum: Locare servitatem nemo potest. l. 24 D. serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. Bal. übrigenß l. 1 § 16 D. de aqua cottidiana 43, 20. l. 33 § 1 D. de serv. p. r. 8, 3. Africanus libro 9 quaestionum: Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsequuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris hausum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servituti fructus constitui potest. — Das pactum und die stipulatio, von denen hier gesprochen wird, ist ein bei der Bestellung der Wasserleitung zugesfügter, das Servitutenrecht erweiternder Nebenvertrag. Meist betrachtet man jedoch den Vertrag über die Einräumung des Schöpfrechtes als das pactum, von welchem der Jurist spricht. In Folge dessen kommt Bangerow Bd. 1 § 338 S. 695 zu dem Resultate, „daß der haustus ex rivo hier nicht als dingliches Recht, sondern nur als obligatorisches Recht durch pactum oder stipulatio konstituiert werde.“

8) l. 23 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

9) Auch zu Gunsten eines Grabdenkmales wurden Servituten gültig bestellt, l. 14 § 1 D. de serv. 8, 1, l. 1 D. si serv. 8, 5.

10) R.G. Bd. 4 S. 132, Bd. 7 S. 167.

## § 239. Eintheilungen der Prädialservituten.

1. Die oberste Eintheilung der Prädialservituten war den römischen Juristen diejenige in Felddienstbarkeiten — *servitutes praediorum rusticorum* — und in Gebäudedienstbarkeiten — *servitutes praediorum urbanorum*.<sup>1</sup>

Den Felddienstbarkeiten gehören Rechte auf Weg — *iter, actus, via* —, auf Wasser — *aquaeductus* — sowie auf landwirthschaftliche Nutzungen zu,<sup>2</sup> den Gebäudeservituten Rechte zu baulichen Konstruktionen des herrschenden Gebäudes auf fremden Grundstücken — z. B. *oneris ferendi* — und auf Aussicht und Licht.<sup>3</sup>

Was war das Eintheilungsprincip? Maßgebend war die Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes. Servituten, die in der Regel Feldgrundstücken zustanden, klassificirte man als Felddienstbarkeiten und diejenigen, welche regelmäßig Gebäuden angehörten, als Gebäudeservituten.<sup>4</sup> Feldgrundstücke sind aber nicht bloß landwirth-

1) Zacharia von Lingenthal: über die Unterscheidung von *servitutes rusticae* und *urbanae* 1844; Bangerow Bd. 1 § 339 S. 700; Kindervater, Eintheilung der *servitutes in urbanae* und *rusticae* in Veffers Jahrbuch Bd. 6 n. 4; Hölder, über die Anwendung der Verpfändung auf *servitutes urbanae* im Archiv für civ. Pragis Bd. 63 n. 4.

2) l. 1 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. vgl. pr. § 2 J. de servit. 2, 3.

3) l. 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

4) Dieß ist die derzeit herrschende Ansicht. Sie theilte Buchta § 183 Anm.; Böding, Instit. § 161 Anm. 12 ff. und Anhang I; Brinz Bd. 1 § 189; Arndts § 184 Anm. 3; im wesentlichen auch Windscheid Bd. 1 § 210 Anm. 2. Erhärtet wird sie durch § 1 J. de serv. 2, 3 „*praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent*“, vgl. auch § 3 J. eod. und l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 3. Aber allerdings behauptet selbst Windscheid Bd. 1 § 210 Anm. 2, „daß l. 11 § 1 D. de Publ. act. 6, 2 nur sehr gezwungen anders verstanden werden könne, als daß es gerade auf das dienende ankommt.“ Er scheint also anzunehmen, daß Ulpian für die Eintheilung bald das herrschende Grundstück — l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4 —, bald das dienende — l. 11 § 1 D. de Publ. a. 6, 2 — als maßgebend erachtet habe. Dieß wäre freilich eine bedenkliche Konfession. Doch wie so oft bei der Interpretation der Quellen sieht man in der l. 11 § 1 die Beantwortung einer Frage, die der Jurist gar nicht in das Auge gefaßt hat, und beachtet nicht, um was es sich dem Schriftsteller im Grunde handelte. Die l. 11 § 1 D. de P. a. 6, 2 von Ulpianus libro 16 ad edictum lautet: *Si de usu fructu agatur tradito Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam — forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci —: item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.* Ulpian erörtert die Zulässigkeit der Begründung von Servituten nach prätorischem Rechte, ohne die civile Form der in *jure cessio* oder der *mancipatio*. Er erklärt sich für die Gültigkeit der Bestellung des *Ufusufructus* durch bloße Tradition, desgleichen von *serv. praediorum urbanorum* durch Tradition oder *Dulbung* und erläutert das durch ein Beispiel. Dasselbe soll nicht den Begriff der *praediorum urbanorum* klarstellen. Wie käme Ulpian zu einer solchen Erörterung an diesem Orte! Ihren Begriff setzt er hier voraus und kann er voraus-

schaftliche, sondern auch sonstige unbebaute Plätze, z. B. Abladestätten, Trockenplätze.

Servituten, die in der Regel Gebäuden zustehen, können im gegebenen Falle einem Feldgrundstücke dienen, z. B. eine freie Aussicht einem Park und eine *servitus oneris ferendi* einer Weinbergsterrasse. Dann sind sie im besonderen Falle Felddienstbarkeiten.<sup>5</sup> Umgekehrt kommen Wegerechte und Wasserleitung sehr wohl zu Gunsten von Gebäuden vor und sind dann Gebäude-servituten.

Felddienstbarkeiten werden überwiegend durch eine Thätigkeit des Servitutberechtigten ausgeübt — so namentlich Wegerechte —, Gebäude-servituten werden dagegen entweder durch ein Verbieten oder durch das Haben einer baulichen Konstruktion ausgeübt. Daher hat man die Behauptung aufgestellt, daß die Römer die Servituten des Verbietens und Habens Gebäude-servituten und die ein Thun des Berechtigten offenstellenden Servituten Felddienstbarkeiten genannt hätten.<sup>6</sup> Dies ist aber unbegründet. Wie wäre man dazu gekommen, Servituten des Verbietens und des Habens unter einen Begriff zu bringen und als Gebäude-servitut zu bezeichnen. Die Wasserleitung-servitut zudem gewährt ein Haben und ist doch Felddienst-servitut.

2. Die neuere Doktrin theilt die Servituten in Gemäßheit der eben berührten Verschiedenheit ein in affirmative und in negative.

Affirmativ sind diejenigen, welche eine unmittelbare physische Einwirkung auf das dienende Grundstück verstaten. Es gehören hierher die Servituten, die ein Haben zum Inhalte haben (*serv. habendi*), z. B. die *s. oneris ferendi*,<sup>7</sup> sowie diejenigen, welche zu einem Thun ermächtigen (*serv. faciendi*), z. B. zum Aufstreuen einer Heerde.

Negative Servituten sind diejenigen, welche ein bloßes Ver-

setzen. Vielmehr will Ulpian die Bestellung der Servitut durch bloßes Dulden durch ein drastisches Beispiel erhärten. Der Nachbareigenthümer führt — natürlich für sein Gebäude — eine Wasserleitung durch mein Haus und ich erhebe keinen Einspruch. Solche Passivität steht, meint Ulpian, der Tradition gleich.

5) So erklärt sich wohl l. 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium vel protectum habere licere*. Brinz *Ab.* I S. 766 nimmt an, es handele sich um Gebäude auf Feldgrundstücken, die nur Zubehör des Landgutes seien. Da nun das Gut die Hauptsache sei, so bezeichne man die Servitut um deswillen als Felddienstbarkeit.

6) So Rengerow a. a. O. und bis zu einem gewissen Grade Hölder a. a. O.

7) Vgl. l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

bietungsrecht gewähren — s. prohibendi —, z. B. die Servitut, wonach der Nachbar sein Gebäude nicht erhöhen darf.

3. Man unterscheidet endlich ständige Servituten — *continuae*, und nichtständige — *discontinuae*.

Ständig sind diejenigen, welche, wie die Servituten des Habens, einen dauernden Zustand zum Inhalte haben. Ständig sind aber auch diejenigen, welche man, wie gewöhnliche Wegerechte, beliebig ausüben kann, wenn auch eine ununterbrochene Ausübung physisch nicht denkbar ist.<sup>8</sup>

Unständig sind Servituten, die nur zu gewissen Zeiten oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden dürfen, z. B. das Recht, die Ernte abzufahren oder der Frühjahrsbewässerung.<sup>9</sup>

#### § 240. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück.

Die Nachtheile, welche die Servitut im Gefolge haben kann, — Behinderung des Eigenthümers, falls Veränderungen der dienenden Sache nöthig werden, Gefahr von Konflikten der Nachbarn über das Maß der Ausübung der Servitut — nimmt das Recht nur um erheblicher Vortheile willen in den Kauf. Insbesondere machte das römische Recht strenge Anforderungen an die Prädialservituten, um das hohe Gut der Freiheit des Eigenthumes thunlichst zu wahren.<sup>1</sup>

1. Fundamentalereforderniß ist Nutzen der Grundgerechtigkeit für das herrschende Grundstück. Die Servitut muß „*praedio utilis*“ sein.<sup>2</sup> Damit ist gemeint, daß sie dem Berechtigten Vortheile durch Vermittelung des herrschenden Grundstückes bringen muß.

In der Regel handelt es sich um pekuniären Nutzen, also Hebung des Ertrages des herrschenden Grundstückes. Aber auch in allgemein geschätzten Unnehmlichkeiten kann der Vortheil der Servitut bestehen, z. B. in freier Aussicht oder in einem Springbrunnen.<sup>3</sup>

8) Vgl. freilich l. 14 pr. D. de serv. 8, 1.

9) Das Recht der Wasserleitung durch Röhren ist eine *servitus continua*, auch wenn das Wasser nicht immer fließt. Zeuffert, Archiv Bd. 31 n. 14.

1) Schrader, civilistische Abhandlungen 1816 Abschn. 2 n. 5: Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?

2) Die römischen Juristen sprechen dies so abstrakt nicht aus. Sie forderten zunächst *Vicinität* und *Perpetuität*. Erst allmählig trat die *Utilität* als bestimmend hervor, l. 5 D. si serv. vind. 8, 5.

3) l. 3, 12, 15 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 3 D. de aqua cottidiana 43, 20. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

Dinge, die wohl dem einen oder anderen angenehm wären, aber nicht allgemein als ein Gut gewürdigt werden, können den Inhalt von Prädialservituten nicht bilden, z. B. nicht das Recht, in fremdem Garten spazieren zu gehen, dort zu speisen.<sup>4</sup>

Was ferner bloß der Person des Eigenthümers, nicht dem Nutzen seines Grundstückes dient, z. B. einem auf dem Grundstück, aber nicht mittels des Grundstückes betriebnem Gewerbe, kann als Prädialservitut nicht bestellt werden. Dagegen steht der Einräumung einer Servitut nichts im Wege, wenn sie zwar für den zeitigen Eigenthümer des Grundstückes ohne Vortheil, aber dem Grundstück objektiv nutzbar ist.<sup>5</sup>

Das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes bestimmt das höchste Maß der Servitut. Beispielsweise giebt eine Servitut zur Gewinnung von Töpfererde das Recht auf das, was der

4) l. 8 pr. D. de servit. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus servitus imponi non potest. Vgl. Schrader, civilistische Abhandlungen Abth. II n. 6. Eine porticus ambulatoria kann man sich als Urbanalservitut bestellen, l. 8 § 1 D. si serv. 8, 5. Woher der Unterschied? Es ist etwas anderes, einen bestimmten Platz zum ausschließlichen Gebrauche auf fremdem Grundstück zu haben, und etwas anderes, da zu spazieren und zu speisen, wo der Eigenthümer der dienenden Sache und seine Familie und Gesinde gleichen Zutritt haben. Im letzteren Falle ist der Werth der Berechtigung von persönlichen Beziehungen abhängig. Die Freude am Aufenthalt im fremden Garten wird durch unfreundliches Verhalten des Eigenthümers leicht vergällt, ohne daß man diesen ernstlich beifommen kann.

5) l. 19 D. de serv. 8, 1. Labeo libro 4 posteriorum a Javoleno epitomatum: Ei fundo, quem quis vendat, servitutum imponi. et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui — dedere — ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim — debere — habere possumus, quamvis ea nobis non utilia sunt. Zwei Ansichten stehen sich vorzugsweise gegenüber. a) Viele — insbesondere Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 3 und Thering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 553 — finden hier den Satz, man könne sich beim Verkauf eines Grundstückes unnütze Servituten retiniren; nur selbständig bestellen könne man unnütze Servituten nicht. Zur Unterstützung führt Thibaut an, es sei zulässig, von 6 Bänden eines eintheilichen Wertes 5 zu verkaufen, um deswillen bleibe uns doch der sechste zu eigen, auch wenn er werthlos sei. Dies Beispiel paßt aber nicht. Denn, mag der sechste Band wenig Werth haben, völlig werthlos ist er nicht. Ferner aber ist der Vorbehalt einer Servitut die Neubestellung eines Rechtes, nicht Zurückhaltung eines Eigenthumsbestandtheiles. Die vorbehaltene Servitut unterliegt daher den allgemeinen Grundsätzen des Servitutenrechtes. b) Nach der anderen Ansicht spricht Labeo von einer Servitut, welche für den Verkäufer persönlich nach der Art seiner Benutzung des herrschenden Grundstückes keinen Vortheil hat, wohl aber für das Grundstück von Nutzen sein kann. Hierauf weist das Beispiel der Wasserkraft, welche sehr wohl dem Grundstück des Verkäufers, aber nicht ihm für seine Person nützlich sein kann. Daß zufällig nur vom Reserviren der Servitut die Rede ist, hat einen rein praktischen Grund. Man wird nicht leicht eine Wasserservitut, die nicht umsonst zu haben ist, für sein Grundstück erwerben, wenn man sie nicht selbst zu benutzen denkt. Aber eine solche beim Verkaufe eines Grundstückes vorzubehalten, wo sie möglicherweise ohne besonderen Einfluß auf den Kaufpreis ist, liegt oft recht nahe. Ueber die Stillirung Labeos vgl. oben § 36 Anm. 3.

Produktion des herrschenden Grundstückes und auch der Verwerthung seiner Produkte, etwa in Gestalt von Versandtkrügen dient; zum selbständigen Verkaufe von Töpferwaaren darf die Erde dagegen nicht entnommen werden.<sup>6</sup>

Die Prädialservitut wird in der Regel für die Dauer geschaffen. Im Laufe der Zeiten ändern sich Benutzungsweise und Bestimmung des herrschenden Grundstückes. Tritt in Folge dessen eine Verringerung des Bedürfnisses ein, so mindert sich der Umfang der Servitut. Wie aber, wenn sich das Bedürfniß vermehrt? Dies bleibt nothwendig ohne Einfluß, wenn die Servitut von fixirtem Umfange ist, z. B. das Recht der Weide mit einer bestimmten Stückzahl giebt. Fehlt die bestimmte Begrenzung, dann ist nach der einen Ansicht das Bedürfniß der Zeit der Bestellung im Zweifel dauernd die Norm.<sup>7</sup> Nach einer anderen schmiegt sich die unbestimmt gelassene Servitut elastisch dem jeweiligen Bedürfnisse an. Das richtige liegt in der Mitte. Da die Wandelbarkeit der Benutzungsweise eine naturgemäße und voraussehbare ist, so läßt sich nicht annehmen, daß der status quo, wie er bei Begründung der Servitut bestand, jederzeit maßgebend sein sollte, vielmehr unterliegt die Sache gesteigerten Ansprüchen, wenn die Zeitverhältnisse und die wirthschaftlichen Umstände eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstückes, z. B. dessen intensivere Kultur herbeiführen. Dagegen kann das belastete Grundstück nicht für außerordentliche Veränderungen im herrschenden Grundstück, welche eine erhebliche Erschwerung der Belastung herbeiführen, in Anspruch genommen werden.<sup>8</sup> Keinenfalls ist die Servitut in Fällen willkürlicher Vergrößerung der herrschenden Sache den hinzugefügten Flächen dienstbar.

2. Nach altrömischem Rechte forderte die Servitut Nachbargrundstücke, praedia vicina, d. h. die Grundstücke mußten unmittelbar aneinander angrenzen.

Später begnügte man sich bei Urbanalservituten mit bloßer

6) l. 5 § 1, l. 6 pr. § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

7) Dies vertheidigt namentlich Zhering in seinem Rechtsgutachten in Sachen Stadt Bern contra Centralbahn Basel 1877 S. 10. Er behauptet daher, als Maß einer ganz unbestimmten „Weidgerechtigkeit“ würde für alle Zeiten diejenige Zahl der Kühe zu Grunde zu legen sein, welche der Berechtigte nach dem damaligen Stande der Landwirthschaft hätte halten können. Dies nachzuweisen, wird seine Schwierigkeiten haben, wenn die Servitut aus alten Zeiten stammt.

8) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 331. Die Erschwerung einer Wegservitut, welche durch Verwandlung des herrschenden Grundstückes aus einem Forste in Ackerland erwächst, muß in der Regel der Eigenthümer des belasteten Grundstückes dulden, die Erschwerung durch Anlegen eines Steinbruches oder einer Fabrik aber nicht.

Utilität.<sup>9</sup> Und dies gilt gemeinrechtlich bei allen Servituten. Die Grundstücke müssen also nach ihrer Lage Nutzen ermöglichen, Nachbargrundstücke müssen sie nicht sein. Zulässig ist z. B. eine Servitut zu Gunsten eines der Flußüberschwemmung ausgelegten Grundstückes, wonach viele Meilen oberhalb belegene Grundstücke überströmendes Flußwasser aufzunehmen und abzuleiten haben.

3. Die Prädialservitut mußte endlich nach altrömischer Auffassung in sich die Gewähr der Dauer haben.

Daher ließ man ursprünglich weder Zeitbestimmungen noch Bedingungen bei der Bestellung der Servituten zu. Mit Anfang der Kaiserzeit aber erhielten solche Nebenbestimmungen Geltung.<sup>10</sup>

Außerdem aber forderte man eine *causa perpetua*,<sup>11</sup> d. h. die natürliche Beschaffenheit der dienenden Sache mußte den Nutzen der Servitut gewährleisten.<sup>12</sup> Insbesondere sollten Wasserleitungen und

9) In dem altrömischen Principe, daß die Grundstücke *vicina* sein, d. h. daß sie unmittelbar an einander stoßen müßten, lag eine außerordentliche Beschränkung der Servituten. Nur allmählig und nur theilweise gelangte man dahin, hiernon abzusehen und sich damit zu begnügen, daß das dienende dem herrschenden Grundstücke Nutzen bringen könne. Für Felddienstbarkeiten hielt man an dem Requisit wahrer *Vicinität* dauernd fest, l. 7 § 1 D. de serv. praed. rust. 8. 3. Paulus libro 21 ad edictum: In rusticis autem praediis impedit servitutum medium praedium. quod non servit. Damit steht die l. 23 § 3 D. eod. von Paulus entschieden nicht im Widerspruch, wie Elvers S. 172 vermeint; denn das ist freilich gleichgültig, ob die Servitut am dazwischen liegenden Grundstücke *jure* oder *patientia*, d. h. nach prätorischem Rechte eingenommen ist. Vgl. übrigens auch l. 14 § 2 D. de serv. 8. 1. Bei Gebäudeservituten, insbesondere Ausichtsgerechtigkeiten, sah man von der *Vicinität* ab und begnügte sich mit der *utilitas servitutis*, wie dies wiederum Paulus in der l. 5 D. si serv. vind. 8. 5 hervorhebt, vgl. l. 4 § 8, l. 6 pr. D. eod. l. 1. l. 38. l. 39 D. de serv. pr. urb. 8. 2. Hiermit stimmt die Aeußerung von Paulus in der l. 8 pr. D. de o. novi nunt. 39, 1 überein: „et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt; desgleichen Ulpianus libro 28 ad Sabinum l. 6 pr. D. comm. praed. 8. 4: Si quis duas habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Die Gleichstellung der serv. pr. rust. mit den Urbanaservituten bezieht sich auf die Zulässigkeit der Reservation, nicht auf das Absehen vom Erfordernisse der *Vicinität* des „aedes“. Nur für diese genügt „Utilität“ statt „Vicinität“. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 533 will bei reservirten Servituten sowohl von *Vicinität* als von *Utilität* absehen. Dies ist aber nicht die Meinung der l. 6 pr. D. cit. Die neueren Schriftsteller identifizieren meist die *Vicinität* ohne weiteres mit der *Utilität*, vgl. Elvers § 18, Vangerow Bd. 1 § 340 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 209. Dies entspricht dem heutigen praktischen Rechte, aber nicht den Quellen des römischen Rechtes, verhindert den Einblick in den Gang der Entwicklung und legt Mißverständnisse nahe.

10) l. 4 pr. D. de servit. 8. 1. Vgl. Schrader, Abhandlungen S. 324.

11) Schrader, Abhandlungen S. 307.

12) Dies spricht l. 28 D. de serv. pr. urb. 8. 2. Paulus libro 15 ad Sabinum aus: Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavi-

andere Wasserservituten, wodurch Wasserbehälter verändert werden, nur an lebendigen Quellen, nicht an Teichen, die sich auf andere Weise bilden, oder gar an Cisternen bestehen.<sup>13</sup> Ganz folgerichtig wurde die Anforderung der *causa perpetua* indessen nie durchgeführt.

Dem gemeinen Rechte ist dies Requisite fremd.<sup>14</sup>

### § 241. Untheilbarkeit der Prädialservituten.<sup>1</sup>

Die Prädialservituten sind untheilbar, d. h. sie können sich nicht an einen bloßen ideellen Theil eines Grundstückes knüpfen und nicht einen bloßen ideellen Theil eines Grundstückes belasten.

1. Ein altes römisches Rechtsprüchwort besagt, daß Servituten nicht zu Theilen erworben und nicht zu Theilen aufgelegt werden können.<sup>2</sup>

Alle Miteigenthümer des herrschenden und alle Miteigenthümer des dienenden Grundstückes müssen also zur Begründung der Servitut mitwirken. Ursprünglich war hierzu gleichzeitiges Handeln der Mit-

menti causa, id neque flumen esse neque tempore acquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat — neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit — at quod ex caelo cadit, et si non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest: stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. Bei der Oeffnung zur Ablassung von Spülwasser handelt es sich offenbar um ein Recht des Hauses, von dem die unreinen Wasser abfließen. Demnach forderten die römischen Juristen bezüglich des herrschenden Grundstückes, daß das Bedürfnis nicht erst durch eine Thätigkeit des Eigenthümers — hier das Abspülen des Fußbodens — entstehe; vgl. Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 7. Manche neuere nehmen an, die l. 28 handle von einer Servitut, bei welcher der Nachbar einen Anspruch auf das unreine Spülwasser habe. So u. a. Elvers S. 152, Vangerow Bd. 1 § 340 Anm. 1 unter a. Das wäre aber eine recht eigenartige Servitut und Paulus hätte sich sehr unklar ausgedrückt, wenn er derartiges im Auge gehabt hätte.

13) l. 1 § 5, 7, 8 D. de aqua cottidiana 43, 20, vgl. ferner l. 23 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3, l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22. Siehe dann aber auch l. 9 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 2 D. communia praediorum 8, 4.

14) So namentlich Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 264; vgl. aber Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 8.

1) Schrader, Abhandlungen S. 284. Dort wird als gute Dissertation angeführt: Uhland praes. Gmelin diss. de servitutum natura dividua et individua, Tubing. 1810; eine weitere Dissertation ist von Heintzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten — 1852, Titel ohne Jahreszahl, vgl. hierüber Kunze in der Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 546. Siehe auch Steinlechner, Wesen der *juris communio* I §§ 15—17, II § 36.

2) l. 32 D. de serv. pr. rust. 8, 3 dici solet „per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse.“ In l. 11 D. de serv. 8, 1 hat der Spruch die Form: „pro parte domini servitutum acquiri non posse.“

eigenthümer erfordert. Nach späterem Rechte reicht ihre Einwilligung zu verschiedenen Zeiten aus; der letzte Bestellsungsakt konfirmirt die früheren;<sup>3</sup> in der Zwischenzeit dürfen Miteigenthümer der dienenden Sache, welche die Servitut bewilligten, ihrer Ausübung nicht entgegen-treten.<sup>4</sup>

2. Die bestehende Servitut wird durch Ereignisse in der Person einzelner Miteigenthümer der herrschenden oder der dienenden Sache nicht berührt — *servitus per partes retinetur*. Die Servitut erhält sich namentlich dann ganz, wenn ein Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes der Eigenthümer des dienenden oder ein Miteigenthümer des dienenden Grundstückes der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes wird.<sup>5</sup>

Nur die Beschränkung auf ideelle Theile ist unzulässig; einer Beschränkung der Servitut auf körperliche Theile des herrschenden sowie des dienenden Grundstückes steht dagegen nichts im Wege.<sup>6</sup>

Im Falle der körperlichen Theilung des herrschenden Grundstückes ist jedes Trennstück servitutberechtigt.<sup>7</sup> Setzt die Servitut jedoch gewisse Eigenschaften bei der herrschenden Sache voraus, so kann sie nur solchen Trennstücken zukommen, welchen diese Eigenschaft

3) l. 18 D. communia praediorum 8. 4 Paulus libro 1 manualium. Hier wird noch der Satz festgehalten: *si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur*. Ja es wird das von verschiedenen Miteigenthümern erteilte Legat einer Prädialservitut als ungültig erklärt, wenn die Erbchaften zu verschiedenen Zeiten angetreten werden, also auch die Erwerbung des Legates in verschiedene Zeiten fällt; vgl. Schrader a. a. O. Die praktische Geltung dieser Ueberreste alt-römischer Rechtsauffassungen möchte recht fraglich sein.

4) l. 11 D. de serv. pr. rust. 8. 3. Celsus libro 27 digestorum: *Per fundum, qui plurium est jus mihi eundi agendi potest separatim cedi, ergo suptili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benigniust amen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse*.

5) l. 8 § 1 D. de serv. 8. 1. Paulus libro 15 ad Plautium: *Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat*. l. 30 § 1 D. serv. pr. urb. 8. 2.

6) l. 6 D. de servit. 8. 1. Paulus libro 21 ad edictum: *Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest*. l. 6 § 1 D. comm. praediorum 8. 4. Nach älterem Rechte war wohl auch die Beschränkung der Servitut auf körperliche Theile der Sache unzulässig gewesen; vgl. Schrader a. a. O.

7) l. 6 § 1 D. quemadmodum servit. amittuntur 8. 6. Celsus libro 5 digestorum . . . Celsus respondit: *si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit*. Vgl. Steinlechner a. a. O. Bd. 1 S. 59 Anm. 1. S. 60 Anm. 1 und dort citirte.

innewohnt.<sup>8</sup> War die Servitut an einen bestimmten Theil des Grundstückes geknüpft, z. B. an den Bauerhof eines Gutes, so verbleibt sie ihm auch nach der Zerstückelung.

Ist die Servitut auf ein bestimmtes Maß beschränkt, so erhält nach der Theilung des herrschenden Grundstückes jede Parcellen einen ihrer Größe entsprechenden Antheil. So ist es z. B. bei einem Weiderecht mit einer bestimmten Stückzahl Vieh.<sup>9</sup> War dagegen die Servitut eine unbemessene, z. B. eine Wegerechtigkeit, so haben die Eigenthümer jeder Parcellen gleichmäßig das volle Recht. Würde in dessen hierdurch die Lage des belasteten Grundstückes erheblich erschwert, so muß auch bei unbemessenen Servituten angemessene Theilung der Ausübung eintreten.

Im Falle der Theilung des dienenden Grundstückes haftet die Servitut an jedem Trennstücke, wie wenn es von vornherein besonders belastet gewesen wäre.<sup>10</sup>

## II. Die einzelnen Grundgerechtigkeiten.

### § 242. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte.

Der private Wille kann nach gemeinem Rechte beliebige Arten von Grundgerechtigkeiten hervorrufen, sofern nur ihre allgemeinen Voraussetzungen vorhanden sind. An die römischen Typen ist man nicht gebunden.<sup>1</sup>

Daher bemißt sich der Inhalt der Servituten vornehmlich nach der Vereinbarung, wenn sie in einer Erfindung wurzeln, nach der Ausübungsweise während der Erfindungszeit.<sup>2</sup> Des weiteren ist der

8) An einer Sommerweide z. B. kann ein Trennstück des herrschenden Gutes nur participiren, wenn es im Stande ist, mit seinen Futtermitteln wenigstens ein Stück Vieh zu überwintern. Denn die Fähigkeit Vieh zu überwintern, ist Voraussetzung des Weidrechtes.

9) l. 25 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquae ductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est ita, ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur, sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.

10) l. 6 § 1<sup>a</sup> D. quemadmodum serv. am. 8, 6.

1) Tit. Dig. de serv. pr. rust. 8, 3. — Die Römer erkannten nur bestimmte Typen von Servituten an. Jede neue Art mußte sich die rechtliche Anerkennung gleichsam erkämpfen. Anderer Ansicht Elvers a. a. D. S. 134, allein im Widerspruch mit der Gesammthaltung der Quellen. Modifikationen der einzelnen Arten durch Privatbelieben ließ man zu, l. 4 §§ 1 und 2 D. de serv. 8, 1.

2) Daher der Spruch: tantum praescriptum, quantum possessum, R.G. Bd. 1 S. 335.

lokale Brauch zu berücksichtigen. Nur soweit es hiernach an einer Norm fehlt, sind die römischen Entscheidungen über den Inhalt der Servituten maßgebend.

Auch ohne besondere Vereinbarung gelten alle Befugnisse als eingeräumt, ohne welche die Servitut nicht zweckentsprechend ausgeübt werden kann — die *s. g. adminicula servitutis*.

Die erste Stelle haben nach Alter und allgemeiner Wichtigkeit die Wegerechte.<sup>3</sup> Die Römer kennen drei Arten:<sup>4</sup>

a) *Den iter* — Fußsteig, das Recht zu gehen, zu reiten,<sup>5</sup> sich in einer Sänfte tragen zu lassen. Dies Recht ist also für den Transport von Personen, nicht für denjenigen von Sachen bestimmt.

b) *actus* — das Recht, Vieh, auch ungefoppelt, über das dienende Grundstück zu treiben. Die Befugniß, beliebig zu gehen, ist in der Regel eingeschlossen. Der *actus* kann aber derart eingeschränkt sein, daß man nur zu den Zwecken des Viehtreibens gehen darf.<sup>6</sup> Selbst das Recht zum Fahren gilt als im *actus* begriffen; es kann aber ausgeschlossen werden.

c) Die *via* endlich ist das Recht zu fahren. Sie enthält in der Regel auch die Befugniß, Vieh zu treiben und zu gehen.

Die regelmäßige Breite der *via* ist 8 Fuß und in der Umbiegung — in *anfractum* — 16 Fuß. Der Weg kann jedoch breiter oder schmaler sein, sofern er nur zum Fahren ausreicht. Es ist zulässig, Steine und Balken zu schleifen und Stangen zu tragen, jedoch unter Schonung der Früchte.<sup>7</sup>

3) Vgl. Buchta, über die Wegservituten des römischen Rechtes in den kleinen Schriften n. 4, Elvers a. a. D. S. 385.

4) l. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8. 3. Ulpianus libro 2 institutionum: *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquae ductus. iter est jus eundi ambulandi homini, non etiam jumentum agendi. actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.*

5) l. 7, l. 12 D. h. t. 8. 3 nach römischer Landesart. Für das Gehen ist der Italiener auch heute nicht. Der Fremde geht, der Italiener reitet oder fährt.

6) Es findet sich eine Antinomie über die Frage, ob ein *actus* „sine itinere“ möglich ist. Ulpianus libro 17 ad edictum l. 4 § 1 D. si serv. vind. 8. 5 spricht sich dafür aus: *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. Audeat Paulus libro 3 ad Sabinum l. 1 D. de adimendis legatis 34, 4: Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest. Paulus denkt an Entziehen des Gehens „schlechthin“, dies würde den *actus* unmöglich machen, Ulpian wohl nur an das Entziehen des Rechtes zu „beliebigem“ Gehen. Doch sind die Ansichten sehr getheilt. Siehe die verschiedenen Erklärungsversuche bei Rangoer Bd. 1 § 341 S. 718.*

7) Vgl. über die *via* l. 8, l. 13 §§ 2, 3, l. 23 pr. D. h. t. 8. 3, l. 6 § 1<sup>d</sup> D. quomadmodum serv. am. 8. 6, l. 7 D. h. t. 8. 3. Ueber *hastam rectam ferre* siehe Glück Bd. 10 S. 162, Rangoer Bd. 1 § 341 S. 720.

Die neueren behaupten, *via* sei eine hergerichtete Straße.<sup>8</sup> Dies entspricht den Quellen nicht. *Actus* und *via* unterscheiden sich vorzugsweise dadurch, daß dort das Fahren, hier das Viehtreiben fehlen kann. Sie stehen sich aber in ihrer regelmäßigen Erscheinung außerordentlich nahe.

In Deutschland kennt man Fußsteig, Viehtritt, Fahrweg und wendet die römische Theorie entsprechend an. Aber der Fußsteig giebt nicht das Recht zum Reiten, die Viehtritt, d. h. das Recht, Vieh ungekoppelt zu treiben, nicht die Befugniß zum Fahren, und der Fahrweg ermächtigt nicht, ungekoppelt Vieh zu treiben.<sup>9</sup>

Der Wegzug ist entweder ein bestimmter — determinirter — oder ein wandelbarer — indeterminirter.

Ist er noch unbestimmt, so kann jeder Theil dessen Feststellung betreiben, es sei denn seine ständige Wandelbarkeit bedungen. Die Feststellung des Weges steht dem Wegeberechtigten zunächst zu, jedoch so, daß er die Interessen der dienenden Sache schon.<sup>10</sup> Weigert er sich der Bestimmung oder geschieht sie in unangemessener Weise, so liegt sie dem Richter ob.<sup>11</sup>

Ist der Weg rechtsgültig bestimmt, so werden die übrigen Theile des belasteten Grundstückes frei.<sup>12</sup> Sie werden nicht wieder dienstbar,

8) So zuerst Puchta, kleine civ. Schriften S. 125, dann Ebers S. 396, Brinz Bd. 1 S. 769, vgl. Windscheid Bd. 1 § 211. Die Ansicht Puchtas hat keine Unterstützung in den Quellen, namentlich nicht in der für sie angeführten l. 9 D. de serv. 8, 1. Ja sie steht mit ihnen in Widerspruch. Ihre Unrichtigkeit erhellt aus l. 6 § 1<sup>o</sup> D. q. s. a. 8, 6. Celsus libro 5 Digestorum: Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare nihil prohibet atque ita divisus est fundus: si per quamlibet ejus partem aequae ire atque agi possit, tunc perinde observabimus atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. Celsus behandelt an diesem Orte den Einfluß der körperlichen Theilung des dienenden Grundstückes auf die Servitut. Hierbei geht er davon aus, daß die *via*, gerade wie dies bei anderen Wegservituten der Fall ist, eben so gut einen unbestimmten Wegzug haben kann wie einen bestimmten. Dies ist aber mit der „hergerichteten Straße“ nicht vereinbar.

9) Sommer im Archiv für civ. Praxis Bd. 3 n. 20.

10) l. 9 D. de serv. 8, 1. Celsus libro 5 Digestorum. Die l. 26 D. de serv. pr. rust. 8, 3, nach welcher der Erbe — also der Eigenthümer der dienenden Sache — den Wegzug bestimmen soll, wenn eine Wegerechtigkeit vermacht ist, bezieht sich auf ein Damnationslegat.

11) l. 13 § 3 D. h. t. 8, 3.

12) l. 13 § 1 D. h. t. 8, 3. Javolenus libro 10 ex Cassio: Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, caeterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

wenn der bestimmte Wegzug später wegfällt, z. B. durch Abspülung seitens des Flusses oder durch Zusammenbruch.

Durch stetige Uebung kann der Wegzug endgültig fixirt werden.<sup>13</sup>

Der Wegeberechtigte ist zur Herstellung des Weges und zur Vor-  
nahme der für den Weg nöthigen Anlagen auf dem dienenden Grund-  
stücke befugt.<sup>14 15</sup>

### § 243. Andere Felddienstbarkeiten.

1. Das Recht der Wasserleitung — s. *aquaeductus*<sup>1</sup> — hat zum Inhalte die Leitung von Wasser aus einem fremden Grundstücke<sup>2</sup> oder über dasselbe. Es gewährt gleichsam einen Weg für das Wasser.<sup>3</sup>

Die Wasserleitung steht bald stetig zu, bald nur zu Zeiten, z. B. zur Sommerzeit — *aqua aestiva*<sup>4</sup> — oder zur Frühjahrsbewässerung oder nach Tagen oder nach Stunden oder sonst beschränkt.<sup>5</sup>

Die Leitung geschieht entweder in Röhren oder in offenen Gräben. Ausmauern der Gräben muß besonders bedungen sein, sonst ist es unzulässig.<sup>6</sup> Verwandlung von offenen Gräben in geschlossene ist in der Regel gestattet, trotzdem daß hierdurch dem Eigenthümer der dienenden Sache die Möglichkeit der Wassernutzung entzogen wird. Denn auf diese hat er kein Recht.<sup>7</sup>

Das Recht zum Wassererschöpfen — s. *aquaehaustus* — kann gleichfalls Prädialservitut sein. Dies war lange bei den Römern controvers, weil besondere Schöpfvorrichtungen nöthig sind, die *causa*

13) R.G. Bd. 2 S. 159.

14) l. 10 D. de serv. 8, 1. l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

15) Zu den Wegerechten gehört die l. 23 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3 erwähnte Servitut, ein privates Gewässer zu befahren.

1) l. 1 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vgl. Keller, Pandekten § 166 und dort citirte Dissertationen.

2) l. 4 D. de aqua cottid. 43, 20.

3) l. 15 D. h. t. 8, 3, l. 8 D. de aqua cott. 43, 20 „iter aquae“.

4) Vgl. l. 1 §§ 2 und 3, l. 5 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20.

5) Die Leitung kann eine indeterminirte sein, l. 21 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Bezüglich der Determination sind die bei den Wegeservituten geltenden Grundsätze analog anzuwenden; vgl. l. 8 D. de aqua cott. 43, 20.

6) l. 17 § 1 D. de aqua et aquae pluviae a. 39, 3; vgl. auch l. 1 § 10, l. 3 § 1 D. de rivis 43, 21.

7) l. 2 D. de rivis 43, 21. Paulus libro 66 ad edictum: Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex jure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset; vgl. l. 3 pr. D. eod.

perpetua also zu fehlen schien.<sup>8</sup> Selbstverständlich schließt die Schöpfservitut den Zutritt zum Gewässer in sich,<sup>9</sup> desgleichen das Recht der Einrichtung der zum Wassers schöpfen nöthigen Anstalten.

In ähnlicher Weise begreift das Recht der Viehtränke — *ius pecoris ad aquam appulsus* — eine Viehtrift in sich, soweit sie zur Benutzung der Servitut erforderlich ist.<sup>10</sup>

2. Felddienstbarkeiten, welche den Raum des Nachbargrundstückes in Anspruch nehmen, sind Rechte der Anlage einer Hütte<sup>11</sup> oder einer Stallung oder des Aufhäufens von Steinen oder anderen Materialien auf dessen Boden.<sup>12</sup> Auch das Recht kommt vor, die Früchte unseres Grundstückes in der Scheune des Nachbars aufzubewahren,<sup>13</sup> unseren Wein auf seiner Kelter zu keltern.

3. Rechte auf Entnahme von Produkten aus dem Nachbargrundstück, z. B. von Holz, Weide,<sup>14</sup> Steinen, Ziegel<sup>15</sup> wurden wohl erst in der Kaiserzeit als Prädialservituten anerkannt.

Servituten dieser Art, insbesondere auch die Holz- und Weideservituten waren nach römischem Rechte wenig entwickelt. Insbesondere legte ihnen das strikte Erforderniß der Vicinität Fesseln an.<sup>16</sup>

In Deutschland sind Forst- und Weideservituten üppig emporgesprossen. Ihre Darstellung gehört dem deutschen Privatrechte zu. Dort ist auch zu zeigen, daß diese Servituten in der neueren Zeit vielfach als kulturschädlich beseitigt wurden.

#### § 244. Gebäudeervituten.<sup>1</sup>

Gebäudeervituten knüpfen an das herrschende Gebäude theils Rechte zu baulichen Konstruktionen, theils zu Immissionen, theils

8) 1. 2 D. comm. praediorum 8, 4, 1. 4, 1. 20 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, 1. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5.

9) 1. 3 § 3 D. de serv. pr. rust. 8, 3, 1. 10 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

10) Vgl. noch 1. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 und Keller a. a. O. § 166 am Ende.

11) 1. 6 § 1 in fine D. de serv. pr. rust. 8, 3.

12) 1. 3 § 2 D. de serv. pr. rust.

13) 1. 3 § 1 D. de serv. pr. rust.

14) 1. 4 D. de serv. pr. rust.

15) 1. 1 § 1, 1. 5 § 1, 1. 6 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

16) 1. 5 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Die Grundbesitzer halfen sich daher, wo es an öffentlichen Gemeindeweiden fehlte, unter Umständen durch Ankauf gemeinsamer Weidegründe, 1. 20 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

1) Tit. Dig. de serv. praed. urb. 8, 2. Keller, Pand. §§ 169 ff. und dort citirte; Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 161 ff.

Verbietungsrechte. Sie sind bald an ein bestimmtes Gebäude gebunden, so daß sie von dessen Erhaltung oder wenigstens dessen Ersetzung durch ein anderes verwandter Konstruktion abhängig sind,<sup>2</sup> bald stehen sie jedem Gebäude auf dem bezüglichen Platze zu, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit.

1. Hierher gehörige Anlagen bilden entweder Ueberbau — *projectum* — oder Einbau — *immissum*.<sup>3</sup>

Rechte des Ueberbaues — s. *protegenti et projiciendi* — legitimiren zu Anlagen im Luftraume des Nachbargrundstückes, z. B. zu Erkern, vorspringenden Stockwerken, überragenden Dächern, übergreifenden Läden oder Fensterflügeln.<sup>4</sup>

Rechte des Einbaues ermächtigen namentlich dazu, Balkenköpfe — *tigna* — oder auch andere Gebäudetheile auf dem Nachbargrundstücke ruhen zu lassen. Sie beschränken sich entweder auf die Befugniß zum Einlegen des Balkens — s. *tigni immittendi*<sup>5</sup> —, oder sie verbinden auch — als s. *oneris ferendi* — den Eigenthümer des Nachbargrundstückes zur Reparatur der Stütze. Die Stütze kann eine Wand, ein Pfeiler, eine Säule sein. In Ermangelung anderer Vereinbarung geht die Reparaturpflicht auf Herstellung des früheren Zustandes.<sup>6</sup> Dem Servitutberechtigten liegt während der Reparatur die Unterstüzung des eigenen Gebäudes ob.<sup>7</sup> Miteigenthümer des dienenden Grundstückes haften, wenn es zu einer Geldverurtheilung wegen Unterlassens der Reparatur kommt, nur zum entsprechenden Theile.<sup>8</sup>

Ob eine *servitus tigni immittendi* oder *oneris ferendi* beabsichtigt ist, dies ergaben in Rom regelrecht die Formeln der Bestellung. Der deutsche Sprachgebrauch kennt ähnliche bestimmte technische Ausdrücke nicht. Daher wird leicht zweifelhaft, welche dieser Servituten

2) l. 20 § 2 D. de serv. pr. urb. 8, 2; vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts II 3. Aufl. S. 229 Anm. 359 und andererseits Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 162.

3) l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16. Javolenus libro 2 ex posterioribus Labeonis: Inter „*projectum*“ et „*immissum*“ hoc interesse ait Labeo, quod *projectum* esset id quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, *qualia* maeniana — Erker — et *suggrundae* — Wetterdächer — essent: *immissum* autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti *tigna*, *trabes*, quae *immitteretur*.

4) l. 2 D. h. t. 8, 2, l. 8 § 1 D. si serv. vind. 8, 5; vgl. l. 29 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Vgl. l. 6 D. h. t. 8, 2. Eine gegenseitige *servitus tigni immittendi*, die durch Theilung eines Hauses mit einheitlichem Gebälf entstand, erwähnt l. 36 D. h. t. 8, 2.

6) Siehe oben § 236 Anm. 5 ff. Vgl. l. 6 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

7) l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

8) l. 6 § 4 si serv. vind. 8, 5. Die Reparatur liegt dem Eigenthümer. l. 6 § 3 D. eod. — wie auch dem Eigenthumsbesitzer der dienenden Sache ob.

beabsichtigt ist. Der reallastbildenden Tendenz des deutschen Rechtes entspricht es, im Zweifel dem Eigentümer der dienenden Sache die Reparaturpflicht aufzulegen.

Als Servitut des Einbaues kommt ferner vor das Recht, Fenster in der Wand des Nachbars anzubringen.<sup>9</sup>

Auch ein Stockwerk, einen Keller oder Speicher des Nachbarhauses zu den Zwecken unseres Hauses ausschließlich zu benutzen,<sup>10</sup> eine Mauer dort zu haben, findet sich als Prädialservitut.<sup>11</sup>

2. Gebäudeservituten bilden weiter Rechte zu Immissionen. Dahin gehört das Recht der Dachtraufe — s. *stillicidii recipiendi* oder *immittendi* — d. h. das Recht, das Regenwasser von unserem Gebäude auf das Nachbargrundstück abtropfen zu lassen, ferner das Recht, das von unserem Gebäude abfließende Regenwasser durch eine Rinne in einem Strahle — s. *fluminis* — auf das Nachbargrundstück zu führen. Erschwerungen der Dachtraufe durch Veränderungen des herrschenden Gebäudes sind nicht gestattet. Als Erschwerung gilt dessen Erniedrigung, nicht aber dessen Erhöhung, ferner die Vorschiebung des Gefälles, nicht aber dessen Zurückziehung.<sup>12</sup> Auch das Recht, eine Kloake zum Abfluß von Unreinigkeiten durch das Nachbargrundstück zu führen, ist nichts seltenes.<sup>13</sup> Es sind ferner Servituten möglich, wonach der Nachbar ungewöhnlichen Rauch oder Dunst aufnehmen muß.<sup>14</sup>

3. Eine dritte Klasse von Urbanalservituten bilden Verbotungsrechte.

Dahin gehört das Recht auf Licht — *ne luminibus officiatur* —, so daß der Ausblick aus unseren Fenstern oder Balkons

9) l. 40 D. h. t. 8, 2. l. 8 C. de serv. 3, 34. In der l. 4 D. h. t. 8, 2 spricht Paulus von einer *servitus luminum*. „*Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.*“ Damit ist aller Wahrscheinlichkeit nach nichts anderes gemeint als das Recht, in fremder Wand Fenster anzulegen. Dies nehmen auch die meisten Schriftsteller an. Es sind jedoch die Meinungen getheilt. Bangerow Bd. 1 § 342 erörtert nicht weniger als zwölf Erklärungsversuche.

10) l. 47 D. de damno infecto 39, 2. Seuffert, Archiv Bd. 29 n. 11.

11) Es handelt sich hier also um superficiäre Rechte, welche aktiv an ein Grundstück geknüpft sind.

12) l. 20 §§ 3 ff., l. 2 D. h. t. 8, 2. Varro de lingua latina V. 27: *Fluvius, quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat, flumen quod fluit continet.*

13) l. 7 D. de serv. 8, 1; vgl. l. 1 §§ 4 und 6 D. de cloacis 43, 23.

14) l. 8 §§ 5 in fine ff. D. si serv. vind. 8, 5; vgl. unten Anm. 23.

auf den Himmel gesichert wird.<sup>15</sup> Im Zweifel kommt diese Servitut nicht bloß bestehenden, sondern auch künftig anzulegenden Fenstern zu gute.<sup>16</sup> Der Lichtservitut verwandt ist die Aussichtsgerechtigkeit — *ne prospectui officiat*<sup>17</sup> —, die uns eine bestimmte Aussicht sichert. Durch beide Gerechtigkeiten sind wie Bauten, so auch Pflanzungen und Aufstapelungen von Materialien ausgeschlossen, wenn sie Licht oder Aussicht benehmen.<sup>18</sup> Dagegen steht die *servitus altius non tollendi* nur dem Höherbauen entgegen. Sie hindert je nach der Vereinbarung bald das Höherbauen schlechthin, bald nur Bauen über eine gewisse Höhe hinaus.<sup>19</sup>

4. Häufig erwähnen die Quellen eine *servitus altius tollendi*, desgleichen die *s. luminibus officendi, stillicidii non avertendi*.

Dies scheinen Räthsel! Denn das Recht zum Höherbauen und die Befugniß, Nachbargrundstücken Licht zu versperren oder Regenwasser nicht aufzunehmen, ist Ausfluß des Eigenthumsrechtes an unserem Grundstücke. Was bedarf es also einer Servitut, um uns derartige Rechte zu geben? Nach einer Erklärung durch die römischen Juristen sucht man vergebens. Die neueren haben sehr verschiedene Ansichten. Zwei sind hier hervorzuheben:

a) Die eine geht dahin, daß die Beseitigung der bisher auf einem Grundstücke lastenden *servitus altius non tollendi* von den Römern nicht als Befreiung, sondern als Begründung einer neuen positiven Servitut „*altius tollendi*“ aufgefaßt worden sei. Die *servitus altius non tollendi*, nimmt man an, habe dem Grundeigenthume einen Eigenthumsbestandtheil entzogen, die Wiedergewinnung sei folgerecht Erwerb eines positiven Rechtes.<sup>20</sup>

15) l. 15, l. 16, l. 17 pr. §§ 1—3 D. h. t. 8, 2.

16) l. 22, l. 23 pr. D. h. t. 8, 2.

17) l. 3, l. 12, l. 16 D. h. t. 8, 2.

18) l. 12 D. h. t. 8, 2. Javolenus libro 10 ex Cassio: *Aedificia, quae servitutum patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt: at si de prospectu est eaque obstatum sunt, non possunt*, l. 32 pr. D. h. t. 8, 2, l. 8, l. 9 C. de serv. 3, 34.

19) Kann als Servitut bestellt werden, im Nachbarhause ein gewisses Gewerbe nicht zu betreiben? Dies ist nicht zu bezweifeln, wenn das Verbot dem herrschenden Grundstücke von Vortheil ist, z. B. die Feuergefähr, welche sich an gewisse Gewerbe knüpft, beseitigt. Dagegen ist eine derartige Prädialservitut nicht anzuerkennen, wenn es sich nur um ein Konkurrenzverbot handelt, welches dem Eigenthümer bei seinem Gewerbebetriebe, nicht aber dem herrschenden Grundstücke zu gute kommt; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 20 n. 18.

20) Hauptvertreter dieser Ansicht sind in neuerer Zeit Bangerow Bd. 1 § 349 Ann. 3 und Keller, Pand. § 172; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 278.

Dies entspricht aber nicht dem Princip, wonach die Servitut das Eigenthum zwar beschränkt, aber ihm nichts endgültig entzieht.<sup>21</sup> Ein Mißgriff wäre es auch in praktischer Beziehung, das Recht des Grundeigenthümers zum Bauen in seinem Grundstücke für alle Zeiten um deswillen als Servitut zu behandeln, weil irgend einmal eine entgegengesetzte Servitut bestand.<sup>22</sup>

b) Das richtige ist folgendes. In den römischen Gemeinden bestanden zahlreiche lokale Bauordnungen. Sie beschränkten bauliche Anlagen theils im öffentlichen Interesse, dann waren sie zwingender Natur, theils bloß zu Gunsten der Nachbarn, dann konnten sie durch Gegenrechte außer Kraft gesetzt werden. Solche Gegenrechte nannte man *s. altius tollendi, luminibus officiendi*. Sie entstanden durch Vertrag oder Erfindung. Sie bildeten wahre Servituten. Gingen sie unter, z. B. durch Konfusion, Nichtgebrauch, so wurde der gesetzliche Normalzustand wiederhergestellt.<sup>23 24</sup>

21) Vgl. oben § 237. Die römischen Juristen stehen entschieden auf dieser Seite, l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum ... si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

22) Vgl. gegen Bangerow neuerdings Max Cohn: über die *servitus altius tollendi* im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 n. 8. Dort werden auch andere Ansichten kritisiert.

23) Hierin zeigt es sich, daß es sich bei derartigen Gegenrechten nicht um Aufhebung von „Beschränkungen“, sondern um besondere das Eigenthum erweiternde Rechte handelt. — In ähnlicher Weise wird in l. 2 § 10 D. de aqua et aquae 39, 3 eine Servitut gegenüber den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen in Betreff des Abflusses des Regenwassers erwähnt. Denselben Charakter hat die Servitut, wonach man dem Nachbargrundstücke in außergewöhnlicher Weise Rauch und Dampf zuführen darf, l. 8 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. oben § 199 Anm. 6 ff.

24) Auf einen bezüglichen Fall hat Max Cohn a. a. O. aufmerksam gemacht. Es war, wie bereits oben — § 200 Anm. 11 — bemerkt wurde, vielfach Lokalstatut römischer Städte, daß bei Neubauten „*forma ac status antiquorum aedificiorum*“ nicht zum Nachtheile der Nachbarn verlassen werden dürfe. Daß Servituten erworben werden konnten, welche die Abweichung von dieser Norm rechtfertigen, geht aus der l. 1 C. de servitutibus 3, 34 von Antoninus aus dem Jahre 211 hervor. *Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet.* Der erste Satz des Reskriptes weist den anfragenden darauf hin, daß der Nachbar gegen Bauten, die ihm der alten Norm entgegen das Licht entziehen, negatorisch klagen könne. Aber der zweite Satz wahrt die Möglichkeit des Erwerbes eines Gegenrechtes durch Erfindung.

## Drittes Kapitel.

## Die persönlichen Servituten.

## § 245. Die Arten der Personalservituten.

Die Prädialservituten dienen der Ausstattung eines Grundstückes, die Personalservituten der Ausstattung einer Person. Den Prädialservituten ist Perpetuität, den Personalservituten die Beschränkung auf Zeit natürlich. Die Prädialservituten ferner nehmen regelrecht die Nutzung der dienenden Sache nur in begrenzter Weise in Anspruch, die wichtigste der Personalservituten dagegen gewährt die volle Nutzung der Sache.

Die Römer kennen vier Typen von Personalservituten, vor allem den *usus fructus*, dann den *usus*, ferner die *habitatio* und endlich die *operae servorum und animalium*.

Der Nießbrauch verleiht die volle Nutzung, während die drei anderen Personalservituten beschränkten Gebrauch geben. Der Nießbrauch ist die bei weitem häufigste Art der Personalservituten. Er ist auch die älteste.<sup>1</sup>

Personalservituten entstehen überwiegend durch letztwillige Verfügungen.<sup>2</sup> Doch ist auch Bestellung unter Lebenden und Adjudikation durch den Theilungsrichter möglich. Nießbrauchsrechte entstehen ferner in Folge familienrechtlicher Beziehungen von Rechtswegen. Es gehört hierher namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an dem Vermögen seiner Hauskinder. Der gesetzliche Nießbrauch hat mehrfache Eigenthümlichkeiten.

Neben dem eigentlichen Nießbrauch — *verus usus fructus* — steht ein uneigentlicher — *quasi usus fructus*. Der uneigentliche Nießbrauch ist kein dingliches Recht an fremder Sache, wie der eigentliche Nieß-

1) Eine andere Ansicht hat Puchta, Pand. § 179 und Institutionen Bd. 2 § 255. Puchta gilt der *usus* als die normale und ursprüngliche Personalservitut, der *usus fructus* als dessen spätere Erweiterung. Dies stimmt mit den Quellen nicht überein. Das prätorische Edikt insbesondere beschäftigte sich zunächst mit dem *usus fructus*, l. 1 pr. D. usu fr. quemadmodum 7, 9 und nur anhangsweise mit dem *usus*, l. 5 § 1 D. eod. Auch entspricht der *usufructus* einem allgemeinen und nothwendig früh hervortretenden Bedürfnisse, der *usus* empfiehlt sich mehr in besonderen Fällen und hat etwas künstliches. Er ist daher entschieden die jüngere Art.

2) Die *cautio usufructuaria* wurde im prätorischen Edikte allein im Falle des „*usus fructus legatus*“ gefordert, was darauf schließen läßt, daß bei dessen erster Aufstellung andere Bestellungsweisen nicht bekannt waren; vgl. l. 1 D. usu fruct. quemadmodum 7, 9, Lenel, edictum S. 296.

brauch. Er verfolgt die Zwecke des Nießbrauches, dem einen das Kapital zu sichern, dem anderen den Ertrag der Zwischenzeit zu gewähren in anderen Formen.

§ 246. Der Nießbrauch.<sup>1</sup>

Der Nießbrauch — *usus fructus* — ist das an eine Person geknüpfte dingliche Recht auf Gebrauch und Fruchtgenuß einer fremden körperlichen Sache unter Wahrung ihrer Substanz.<sup>2</sup>

Dem Nießbraucher gebührt zur Zeit der Ertrag der Nießbrauchssache, dem Proprietar verbleibt sie für die Dauer. Der Nießbraucher hat die Gegenwart für sich, der Proprietar die Zukunft.

Der Nießbrauch ist höchstpersönlich,<sup>3</sup> also unvererblich und unüberäußerlich.

a) Die Unvererblichkeit beschränkt den Nießbrauch auf Zeit, da in Folge derselben mit dem Tode des Nießbrauchers das volle Eigenthum wieder auflebt.

Nach älterem Rechte gehörte die Unvererblichkeit zum Wesen des Nießbrauches. Er sollte nur temporär sein, damit keine Entwerthung des Eigenthumes eintrete. Im späteren klassischen Rechte aber ist die Unvererblichkeit bloß die Regel. Jetzt wurde es möglich, den Nießbrauch auf die Erben des Nießbrauchers zu erstrecken.<sup>4</sup> Offenbar hat das

1) Heinrich Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch 1864, nicht im Buchhandel verbreitete Inauguralschrift, nach dem Tode des Verfassers 1880 wieder abgedruckt. Von älteren ist hier zu erwähnen Noodt, de usu fructu libri II in opp. tom I.

2) Die bekannte römische Legaldefinition ist von Paulus libro ad Vitellium l. 1 D. de usufructu 7, 1: *Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.* So auch pr. J. de usu fructu 2, 4.

3) l. 3 § 3 D. quibus modis usus fructus 7, 4 „*personae cohaeret*“. Sehr wichtig war für das römische Recht, daß der Nießbrauch durch jede *capitis deminutio* unterging; vgl. oben § 50 Ziff. 6. Justinian verordnete, daß diese Folge nur bei der *capitis deminutio maxima* und *media*, dagegen nicht bei d. c. *minima* eintreten solle l. 16 §§ 2 und 3 C. de usu fructu 3, 33.

4) Dies ist freilich bestritten. Manche Schriftsteller nehmen an, es sei nur zulässig geworden, den Nießbrauch auf die Person „des nächsten Erben“ zu erstrecken. Vgl. Pfersche in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 526. Aber die unbeschränkte Vererblichkeit ergibt l. 5 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: *Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte: nisi forte heredibus legaverit*; vgl. l. 38 § 12 D. de verb. obl. 45, 1. Die l. 14 C. de usu fructu 3, 33 beweist die behauptete Beschränkung nicht. Sie behandelt eine specielle Frage. Es war unter den römischen Juristen streitig, wie das Legat unter Vorbehalt des Nießbrauches für die Erben des Erblassers aufzufassen sei, und diese Frage entscheidet Justinian dahin, daß der Vorbehalt nur zu Gunsten des nächsten, nicht der entfernteren Erben gemeint

Beispiel der Superficies und der Emphyteusis, welche als vererbliche dingliche Nutzungsrechte Anerkennung fanden, hierauf eingewirkt. Zwar ist der Nießbrauch eines jeden Erben ein neuer, so daß es auch neuer Kautio bedarf. Aber dies ändert nichts an der Thatsache, daß der vererbliche Nießbrauch die Konsolidation des Eigenthumes in unabschbare Ferne hinausrückt, was das frühere Recht verhüten wollte.

b) Das Recht des Nießbrauches ist unveräußerlich. Seine Ausübung aber wurde veräußerlich.<sup>5</sup> Die Ausübung kann verpachtet, sie kann auch ein für allemal, sei es entgeltlich, sei es unentgeltlich, abgetreten werden. Daher ist auch Verpfändung und Pfändung der Ausübung des Nießbrauches zulässig.<sup>6</sup> Nießbrauchscessionare und solche Pfandgläubiger haben dinglichen Schutz.<sup>7</sup>

sei. In der That wäre das Legat im Falle der Ertretung des Nießbrauches auf alle, auch die entfernteren Erben des Erblassers fast werthlos. Aus dieser Interpretationsregel ist ein allgemeines Princip nicht zu gewinnen. So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 7.

5) Einige Schriftsteller nehmen an, im jüngsten römischen Rechte sei die Veräußerung des Rechtes selbst, nicht bloß diejenige der Ausübung des Nießbrauches zulässig geworden. So Dernburg der ältere in *Vindes Zeitschrift* Bd. 2 n. 2 und *Elvers a. a. O.* §§ 27 und 28. Dem ist nicht beizutreten. Vgl. *Arnolds, civil. Schriften* Bd. 1 n. 18. Besondere Beachtung verdient die l. 66 D. de jure dotium 23, 3 Pomponius libro 8 ad Quintum Mucium: Si usus fructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Die Stelle bezeugt bestimmt, daß das Nießbrauchsrecht an die Person des Nießbrauchers gebunden ist und daß nur die Ausübung übertragen werden kann. Ueber diesen Satz find die Römer einig. Ihn bestätigen die Institutionen § 3 J. de usu fructu 2. 4 „cedendo extraneo nihil agitur“. Bezüglich eines anderen Punktes bestand aber eine Streitfrage, die aus alter Zeit stammt und in die justinianische Compilation nur durch Zufall und Uebersehen hineinragt. Einige Juristen — zu ihnen gehört Pomponius nach der l. 66 cit. — nahmen Untergang des Ususfructes an, wenn er einem Fremden — d. h. dem Nichtproprietar cedirt werde. Sie zerlegten die in jure cessio an den Fremden in zwei Willensacte, nämlich in die Präntion des Erwerbes seitens des Fremden und in die Absicht des Verzichtes auf den Nießbrauch seitens des Nießbrauchers. So kamen sie zu dem Resultate, daß der Verzicht vernichtend wirke, obgleich der Fremde nichts erwerbe. Im Hintergrunde stand wohl die Absicht, eine Form zu gewinnen, um sich des Nusfructes, wenn seine Lasten die Vortheile überwogen, ohne Zustimmung des Eigenthümers zu entlasten, vgl. unten § 254 Anm. 13. Andere Juristen hingegen betrachteten die Cession des Nießbrauches an den Fremden als einen Akt, der folgerrecht ganz ungültig sei und nichts wirke. So Gaj. Inst. II. § 30 „creditor ea cessione nihil agit“. Dies ist justinianisches Recht § 37 cit. Ueber die verschiedenen Versuche, die Antinomie auszugleichen, vgl. Bangerow Bd. 1 § 344 S. 739.

6) C. P. O. § 754 Abs. 3. R. O. § 1 Abs. 2.

7) l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 485; Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 191 Anm. 1.

Trotz der Abtretung der Ausübung des Nießbrauches bleibt das Recht an die Person des ursprünglichen Nießbrauchers geknüpft.<sup>8</sup> Es erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers; der Tod des Cessionars dagegen berührt es nicht, vielmehr geht die Ausübung auf dessen Erben über.<sup>9</sup> Auch bleibt der ursprüngliche Nießbraucher dem Proprietar für die Restitution verantwortlich und kautionspflichtig. Es ist seine Sache, sich durch Kaution des Nießbrauchcessionars zu decken.<sup>10</sup>

Gegenstand des Nießbrauches können Mobilien wie Immobilien sein, sofern sie ohne Antastung der Substanz nutzbar sind. Einen Ertrag müssen sie nicht abwerfen. Es genügt, daß sie dem Nießbraucher in anderer Weise, z. B. durch Befriedigung des Kunstsinnes oder von Liebhabereien dienen.<sup>11</sup>

Der Nießbrauch erfaßt mit der Nießbrauchsache deren Zubehör,<sup>12</sup> und zwar sowohl das bei seinem Beginne vorhandene, wie das zum Erlaße abgängiger Zubehörsstücke angeschaffte. Er ergreift auch Incorporationen und Alluvionen. Dagegen erstreckt er sich nicht auf die Flußinsel, welche dem Eigenthümer der Nießbrauchsache nach Uferrecht anfällt.<sup>13</sup>

Das vornehmste Recht des Nießbrauchers ist das Recht auf die Früchte. Da dieses Recht seiner Natur nach theilbar ist, so gilt auch das Nießbrauchsrecht als theilbar<sup>14</sup> und tritt hierdurch in Gegensatz zu den übrigen Servituten, die sämmtlich untheilbar sind. Demgemäß ist der Miteigenthümer einer Sache befugt, an seinem ideellen Theil selbständig einen Nießbrauch zu bewilligen. Es kann

8) Der Cedent des Nießbrauches giebt durch die Cession das Recht auf, dem Nießbrauch ohne Einwilligung des Cessionars zu entsagen. Die Konsolidation des Nießbrauches durch Erwerb des Eigenthumes kann dem bisherigen Nießbraucher das Recht nicht geben, seinem Cessionar die Nutzung zu entziehen. Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4.

9) Hat der Erblasser den Nießbrauch jemandem unter der Auflage vermacht, ihn einem Fideikommissar abzutreten, so erwirbt der Fideikommissar in Folge der Restitution einen selbständigen Nießbrauch und nicht bloß die Ausübung des Nießbrauchsrechtes des Legatars, l. 4 D. quibus modis usus fructus 7, 4. Dies beruht auf der Kraft des letzten Willens.

10) Die Quellen behandeln diese Frage nicht.

11) l. 41 pr. § 1 D. de usu fructu 7, 1.

12) l. 15 § 6, l. 9 § 7 D. de usu fructu 7, 1.

13) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, abgedruckt oben § 207 Anm. 13. Der Nießbrauch an Grundstücke gewährt kein Recht auf die Hälfte des Schafes, die dem Proprietar als solchem zufällt. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3.

14) l. 5 D. de usu fructu 7, 1. Papinianus libro 7 quaestionum: Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. l. 49, l. 50 D. eod. l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4.

ferner der Alleineigenthümer Nießbrauchsrechte an einem ideellen Theile seiner Sache einräumen. Namentlich ist ihm möglich, den Nießbrauch mehreren zusammen derart zuzuwenden, daß durch die Konkurrenz ideelle Theile entstehen, daß aber bei Wegfall eines Konkurrenten den Mitberufenen dessen ideeller Theil affrescirt.<sup>15</sup>

### § 247. Rechte des Nießbrauchers.

1. Der Nießbraucher hat das Recht des Fruchtgenusses. Ihm kommen die natürlichen und die bürgerlichen Früchte der Nießbrauchsache zu.<sup>1</sup> Die Substanz aber darf er nicht antasten. Was ihr zugehört, fällt an den Proprietar.

Der Nießbrauch an einer Heerde insbesontere erstreckt sich auch auf die Thierjungen. Dies aber nur soweit, als der Nachwuchs nicht zur Ergänzung der abgegangenen Häupter der Heerde nothwendig ist. Bis zu solcher Ergänzung ist das Eigenthum an den jungen Thieren in der Schwebe.<sup>2</sup>

Zum Schlagen von Holz ist der Nießbraucher von Forsten bejagt, wenn diese zur regelmäßigen Holzproduktion bestimmt sind. Er hat aber die Nachhaltigkeit der Produktion zu wahren. Hiernach steht ihm das Abholzungsrecht bei Nieder- oder Ausschlageholz unbedingt,<sup>3</sup> bei Nutzwaldungen anderer Art nach den Regeln ordentlicher forstmäßiger Bewirthschaftung zu.<sup>4</sup> Außerordentlicher Holzsertrag, z. B. in Folge von Windbrüchen oder von Raupenfraß, gehört nicht zur Frucht; soweit er den gewöhnlichen Jahresertrag überschreitet, fällt er daher dem Proprietar zu.<sup>5</sup> Einzelne auf dem Nießbrauchgrundstücke stehende Bäume kann der Nießbraucher nach den Grundsätzen rationeller

15) l. 1 pr. D. de usu fructu aderescendo 7, 2. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est jus aderescendi, si conjunctim sit usus fructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio jus aderescendi cessat. Das nähere gehört der Lehre der Vermächtnisse an.

1) Vgl. oben § 78 über Begriff und Umfang der Früchte.

2) l. 68, 69, 70 D. de usu fructu 7, 1. In l. 70 § 1 führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum aus: Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cujus sit fetus, quaeritur, et Julianus libro 35 digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est; siehe auch l. 12 § 5 D. eod. Vgl. Wächter, schwebendes Eigenthum 1871 S. 11 ff.

3) l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

4) l. 9 § 7, l. 10, l. 11 D. de usu fructu 7, 1. Laöpeyres, Nießbrauch an Waldungen im Archiv für civ. Praxis Bd. 19 n. 4.

5) l. 12 pr. D. de usu fructu 7, 1.

Wirthschaft zu den Zwecken des Nießbrauchgrundstückes verwerthen. Zu anderen Zwecken darf er sie nicht schlagen, nur das abgehende Holz, dürre Nester, ausgehende Bäume darf er sich aneignen.<sup>6</sup>

Die Ausbeute eines Bergwerkes, an welchem ein Nießbrauch besteht, fällt an den Nießbraucher.<sup>7</sup>

Der Nießbraucher erwirbt die natürlichen Früchte durch Perception, Thierjunge mit ihrer Separation.<sup>8 9</sup> Früchte, die bei Beendigung des Nießbrauches noch anstehen, gebühren dem Proprietar, auch wenn sie ausgereift waren, Saat und Baukosten kann der Nießbraucher auch für sie nicht beanspruchen.<sup>10</sup>

Bei bürgerlichen Früchten hat eine Theilung zwischen Proprietar und Nießbraucher nach Verhältniß der Nießbrauchzeit einzutreten.<sup>11</sup>

2. Der Nießbrauch giebt ferner das Gebrauchrecht. Bei Objekten, die einen Fruchtertrag nicht abwerfen, z. B. bei einer Bibliothek, einer Gemäldeammlung, beschränkt er sich auf den Gebrauch.<sup>12</sup>

Der Gebrauch ist der nothwendige Begleiter der Fruchtnutzung, soweit er zur Bestellung und zum Eigenthume der Früchte unentbehrlich ist. Gebrauchsrecht anderer Art kann dagegen fehlen. An einem Ziergarten z. B. kann einem Gärtner der Nießbrauch vermacht

6) l. 18 D. de usu fructu 7, 1.

7) J. Gräff in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 1 S. 579, Schröder im Archiv für civ. Pragis Bd. 49 n. 6 und 10.

8) Siehe oben § 205 Anm. 5 und 6. Natürlich bezieht sich dies nur auf den Fall, in welchem die Ergänzung der Heerde zu Gunsten des Eigenthümers bereits vollzogen ist, vgl. oben Anm. 2. Der Nießbraucher darf auch noch unreife Früchte an sich nehmen, sofern sich dieses wirtschaftlich rechtfertigen läßt. l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 42 D. de usu leg. 33, 2.

9) l. 13 D. q. m. usus fr. 7, 4.

10) Buchka und Budde, Entsch. des D.A.G. zu Kofstock Bd. 4 S. 128 und in Seufferts Archiv Bd. 16 n. 274.

11) l. 26 D. de usu fructu 7, 1. Siehe Wächters Erörterungen Heft 1 S. 73 ff., Mommsen, Erört. Heft 1 S. 134 ff., Arndts, civil. Abh. Bd. 1 n. 17. Mieth- und Pachtgelder sind juristische Früchte. Wenn nun der Nießbrauch in einer Mieth- oder Pachtperiode beginnt oder endet, muß dann der Zins zwischen dem Eigenthümer und seinem Erben verhältnißmäßig getheilt werden? Gewöhnlich bemerkt man hierbei, daß der Mieth- und Pachtvertrag so wenig vom Eigenthümer auf den Nießbraucher, wie vom Nießbraucher auf den Eigenthümer übergehe, jeder habe es nur mit seinem Miether und Pächter zu thun und habe diesem gegenüber Anspruch auf den Zins nach Maßgabe des demselben gewährten Gebrauches. Windscheid Bd. 1 § 203 Anm. 9, l. 59 § 1 D. de usu fr. 7, 1, l. 9 § 1 D. loc. 19, 2. Dies mag für das reine römische Recht ausreichen. In Deutschland bestehen aber durchweg Kündigungsfristen, auch wenn das neueintretende Recht die Mieth bricht. Der Mieth- und Pachtzins der Miethperiode, binnen deren Mieth und Pacht in Folge dessen noch auszuhalten ist, ist verhältnißmäßig zu theilen.

12) Ertrag könnte der Nießbraucher aus einer Bibliothek freilich durch Vermietthen ziehen. Häufig wird aber das Vermietthen der Bücher den Intentionen des Bestellers des Ususfructes zuwiderlaufen und um deswillen nicht gestattet sein.

sein, einem Anderen aber ausschließlich Promenade und Luftgenuß zu seiner und seiner Familie Erholung.<sup>13</sup>

3. Um des Gebrauches und der Fruchtnutzung halber sind alle anderen Befugnisse des Nießbrauchers da.

Um ihretwillen hat er das Recht der Innehabung, und damit Rechtsbesitz und possessoriischen Schutz.<sup>14</sup>

Er kann ferner zu den Zwecken des Nießbrauches über die Sache thatsächlich verfügen. Er darf sie hierbei nicht verschlechtern. Sind ihm Veränderungen gestattet? Die wesentliche Bestimmung der Sache darf er nicht ändern. Aber nicht jede Freiheit in der Benutzung, nicht jeder ökonomische Fortschritt ist ihm verschlossen.

Anzulässig ist es, aus einem Park ein Ackergrundstück zu machen, aus einem Schloß ein Wirthshaus oder eine Fabrik. Aber bei Objekten, die bloß um des Ertrages willen da sind, ist ein weiter Spielraum offen gelassen. Weinberge und Holzungen z. B. dürfen in Getreidefelder verwandelt, bei Landgütern dürfen Steinbrüche und Bergwerke eröffnet werden, vorausgesetzt, daß hieraus ein dauernder Vortheil erwächst, dessen Gewinnung nicht von besonderen Umständen abhängig, sondern jedem möglich ist.<sup>15</sup>

13) Ein altes römisches Schlagwort war „fructus sine usu esse non potest“, Paulus sent. III 6 § 24, l. 14 § 1 D. de usu 7, 8 von Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Denn man kann keine Früchte von einer Sache gewinnen, wenn man nicht auf sie einwirken kann. Dies faßte die alte Jurisprudenz nach ihrer Art strict. Man erklärte daher das Legat des „fructus deducto usu“ geradezu für ungültig, und das Dogma der Ungültigkeit vererbte sich auf die spätere Zeit. Doch erkannte man später, daß jenes Diktum nur halb wahr sei, sofern ein selbständiges, über die Zwecke der Fruchtnutzung hinausgehendes Benutzungsrecht dem Nießbraucher fehlen kann. Daher führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum in der l. 14 § 3 de usu 7, 8 aus: poterit apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit. Uebereinstimmend ist l. 5 § 2 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9 „si fructus sine usu optigerit.“ Vgl. l. 13 § 3 D. de acceptilatione 46, 4. — Die verschiedenen Ansichten der neueren über den fructus sine usu stellt zusammen Bangerow Bd. 1 § 348.

14) Vgl. oben § 190 Anm. 1 und 2.

15) Vgl. namentlich l. 13 §§ 4 ff. D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest... viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amoenas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat. Inde est quaesitum, an lapidicinas vel crotifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est... Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatus sint desiderata opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitrato frui: sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. Sed si aedium usus fructus legatus sit. Nerva filius et lumina immittere eum posse ait... sed neque diaetas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur, vel aditus posticasque ver-

§ 248. Die Rechte des Proprietars und die Pflichten des Nießbrauchers.

Der Nießbraucher hat die Nießbrauchrechte unbeschadet der Substanz, der Proprietar die Eigenthumsrechte unbeschadet des Nießbrauches.

Daher kann der Proprietar veräußern, verpfänden,<sup>1</sup> dingliche Rechte anderer Art bewilligen, soweit sie den Nießbrauch nicht beeinträchtigen, z. B. sein Grundstück mit einer servitus altius non tollendi belasten.<sup>2</sup> Auch kann er Rechte zu Gunsten der Nießbraucher erwerben.

Der Proprietar bleibt juristischer Besitzer. Dies ist kein leeres Wort, wie manche vermeinen.<sup>3</sup> Vielmehr ist er befugt, thatsächlich auf die Sache einzuwirken,<sup>4</sup> soweit dies ohne Störung des Nießbrauches möglich ist, und den Ausschreitungen des Nießbrauchers wie Antastungen Dritter thatsächlich und durch possessoriische Klage zu begegnen.<sup>5</sup>

Sein Eigenthumsrecht und sein Besitz sichert ihm zwar die Substanz; aber doch nur bis zu gewissem Grade. Da der Nießbraucher die Detention und damit die thatsächliche Verfügungsmacht über die Sache hat, so ist dessen Thun und Lassen bestimmend für deren Schicksale; böser Wille und Nachlässigkeit des Nießbrauchers kann sie verschlechtern und zu Grunde richten. Die Unversehrtheit seiner Sache ist daher dem Proprietar nur dadurch genügend gesichert, daß ihm der Nießbraucher zu deren ordentlicher Behandlung und Restitution persönlich verpflichtet wird.<sup>6</sup>

tere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere: excolere enim potest quod invenit potest qualitate aedium non immutata. item Nerva eum, cui aedium usus fructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurerentur, quia tectum magis turbatur in fine; vgl. noch l. 7 § 3, l. 8 D. eod. Die römischen Sätze über die Gebäude sind wohl nur auf Familienstammstübe berechnet, auf moderne Mieths- und Speculationshäuser sind sie nicht ohne weiteres anzuwenden. Siehe übrigens Keil im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 n. 11, Windscheid Bd. 1 § 203 Anm. 13. Aus dem l. 13 will man das Princip ableiten, „daß dem Nießbraucher eine der Art und Weise des Eigenthümers widersprechende, nicht jede von ihm abweichende Nutzung unterjagt sei.“ l. 9 in f., l. 15 § 5, l. 27 § 1 und 2 D. de usu fructu 7, 1; dies ist dunkel.

1) l. 2 C. de usu fructu 3, 33.

2) Ueber l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1 vgl. oben § 236 Anm. 14.

3) So Elvers a. a. O. S. 457.

4) l. 16 § 1 D. de usu 7, 8.

5) l. 15 § 6 D. de usu fructu 7, 1.

6) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto

Dies geschah nach römischer Weise dadurch, daß man dem Nießbraucher eine *cautio usufructuaria* anjann und bis zu deren Leistung die Nießbrauchsache verweigerte.<sup>7</sup> Auch hier also hieß es „*cavere*“ oder „*carere*“.

Gemeinrechtlich treten die Verpflichtungen des Nießbrauchers schon von Rechts wegen mit dem thatsächlichen Beginne des Nießbrauches ein. Die Kaution dient hier nur zur Verstärkung der gesetzlichen Verpflichtung.

Die Verpflichtungen des Nießbrauchers gegen den Proprietar sind folgende:

1. Kautionstellung. Von ihr ist der Anspruch des Nießbrauchers auf die Detention der Sache abhängig. Klagt er vorher auf Herausgabe der Nießbrauchsache, so steht ihm die Einrede nichtgestellter Kaution entgegen.<sup>8</sup> Kommt er ohne Kaution in die Detention der Nießbrauchsache, so unterliegt er der vindikation des Proprietars.<sup>9</sup> Dieser kann auch kondiciren,<sup>10</sup> so daß sich aber der Nießbraucher zweifelsohne durch Dereliktion des Nießbrauches befreien kann.<sup>11 12</sup>

quod vi aut clam, ut Julianus ait: nam *fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat legis Aquiliae actio, ideo iudicem dari. ut ejus arbitrato utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit. item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.*

7) Den Inhalt der *cautio usufructuaria* ergiebt l. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si cujus rei usus fructus legatus, sit aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et „*usurum se boni viri arbitrato*“ et „*cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde exstabit.*“ Zu diesen beiden Klauseln kommt dann noch als ergänzende dritte „*dolum malum abesse a futurumque esse*“ l. 5 pr. D. h. 7, 9, vgl. Lenel, edictum S. 296, 420.

8) l. 13 pr. D. de usu fructu 7, 1.

9) l. 7 pr. D. de usu fr. q. a. n. caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit. Proculus ait posse heredem rem vindicare et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem. sed et ipsa stipulatio condici poterit.

10) l. 7. pr. D. cit. — oben Anm. 9 — l. 5 § 1 D. de usu fructu earum rerum 7, 5. Man streitet über die rechtliche Grundlage und den Umfang dieser Kondiktion; vgl. einerseits Elvers a. a. D. S. 565, andererseits Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 142.

11) Es ist bestritten, ob der Mangel der Kaution dem Nießbraucher auch von Dritten entgegengestellt werden kann? Dies ist zu verneinen, denn hierin liegt eine unzulässige *exceptio* aus dem Rechte und Interesse eines Dritten. Es ist jedoch zu beachten, daß das Recht des Quasiusufruktuars die Forderungen, deren Quasiusufrukt ihm vermacht ist, geltend zu machen und einzufordern, nicht ipso jure durch das Testament entsteht, sondern ihm erst durch die Abtretung der Forderungen seitens der Erben erwächst, die nur gegen Kaution zu geschehen hat

Die *cautio usufructuaria* war *satisfatio*, d. h. durch Bürgen zu versichern.<sup>13</sup> Gemeinrechtlich genügt Pfandbestellung, ja in Fällen, wo andere Sicherung nicht zu beschaffen ist, bloßer Eid, s. g. juratorische Kautio, die freilich in Wahrheit keine Kautio mehr ist.<sup>14</sup>

Schon nach jüngstem römischem Rechte finden sich Abarten des Nießbrauches, bei welchen eine *cautio usufructuaria* nicht vorkommt. Solcher Art ist namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an den Adventitien seiner Hauskinder. Das gemeine Recht entbindet auch in zahlreichen anderen Fällen von der Nießbrauchkautio. Insbesondere hat der Schenker dem Geschenknehmer Kautio nicht zu leisten, wenn er die Proprietät verschenkt und sich den Nießbrauch vorbehält.<sup>15</sup>

In Rom war letztwilliger Erlaß der *cautio usufructuaria* unzulässig, da sie nothwendiger Bestandtheil echten Nießbrauches war.<sup>16</sup> Gemeinrechtlich ist solcher Erlaß richtiger Ansicht nach von Todeswegen wie unter Lebenden statthaft. Denn die Kautio ist nichts

und zu geschehen pflegt. Vorher ist also der Quasiusufruktuar zur Einklagung der Forderungen nicht legitimirt. Auf diesen Mangel der Legitimation können sich die Schuldner berufen, ja es liegt dem Gericht ob, diesen von Amtswegen zu beachten, wenn der Quasiusufruktuar Forderungen einklagt, ohne zu behaupten, daß er Kautio gestellt hat oder daß ihm die Forderung ohne solche vom Erben überlassen ist, denn in solchem Falle ist der Anspruch gegen die Schuldner nicht gehörig substantirt. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 19 n. 164, Bd. 20 n. 208, Bd. 30 n. 82. Häufig überträgt man die aus der Konstruktion des Quasiusufruktes sich ergebenden Sätze geradezu auf den eigentlichen Nießbrauch; vgl. Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 7. Dies erscheint uns als ein Mißgriff.

12) Bestritten ist, ob der Nießbraucher bereits in der Zeit, in der er noch keine Kautio gestellt hat, Recht auf die Früchte der Nießbrauchsache hat. Man verneint die Frage häufig auf Grund der l. 24 de usu leg. 33, 2, wonach beim Quasiusufrukt von Forderungen das Recht auf die Zinsen erst mit der Kautionsstellung beginnt. Aber auch dies beruht auf der besonderen Konstruktion des Quasiusufruktes. Der Quasiusufruktuar wird erst durch die Cession, die mit der Kautio zeitlich zusammenfällt, Gläubiger und also nutzungsberechtigt. Auf den eigentlichen Nießbrauch ist dies unseres Erachtens nicht anzuwenden; vgl. übrigens Glück Bd. 9 S. 489 ff., Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 7.

13) l. 13 pr. D. de usu fr. 7, l. 1. 5 § 1, l. 7 pr. D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9 Paul. sent. III 6 § 27; die Stipulation kommt nur dem Stipulanten und seinen Erben zu gute. Veräußert daher der Stipulant die Nießbrauchsache, so bedarf es einer neuen Kautio, die der neue Eigenthümer beanspruchen kann. l. 3 § 4 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9.

14) Stryk, usus modernus h. t. §§ 2 und 3, Lauterbach, coll. theor. pract. h. t. § 10 und dort citirt, Holzschuher Bd. 2 § 116 Ziff. 12, Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 105. Siehe auch oben § 167 Anm. 8.

15) Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 207. Von Kautio frei ist auch die Meierswitwe, welche nach dem Tode ihres Mannes die Wirthschaft fortsetzt. Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 157.

16) l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54. Alexander: Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisfationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitrato is, cui usus fructus relictus est, utatur fruatur, minime satisfationem remitti testamento posse. So schon l. 6 pr. D. ut in poss. 36, 4. Vgl. l. 1 C. de usufr. 3, 33. Vat. fragm. § 69.

essentiell mehr, seit die Verpflichtungen des Nießbrauchers von Rechtswegen eintreten. Die Ungültigkeit testamentarischer Erlasse der Nießbrauchkaution war ein bloßer Folgesatz und mußte unpraktisch werden, als sich das Princip, aus dem er floß, änderte. Freilich ist dies keineswegs allgemein anerkannt.<sup>17</sup>

2. Der Nießbraucher hat als guter Wirth zu handeln.<sup>18</sup> Jede Verschuldung, auch die seiner Leute, macht ihn schadensersatzpflichtig.<sup>19</sup>

Demnach muß er die Sache im Stande halten,<sup>20</sup> durch persönliche Bemühungen und auch durch Aufwendungen aus seinen Mitteln. Er hat insbesondere die landwirthschaftlichen Grundstücke zu bebauen,<sup>21</sup> Gräben auszuschlämmen, Deiche herzustellen, Weinstöcke, Obstbäume nachzupflanzen,<sup>22</sup> Zubehörungen zu ergänzen,<sup>23</sup> Gebäude zu repariren.<sup>24</sup>

Immerhin beschränkt sich dies auf mäßige Aufwendungen. Insbesondere liegen ihm die laufenden Ausgaben ob, welche regelmäßig Jahr aus Jahr ein, wenn auch unter verschiedenen Formen wiederkehren. Aufwendungen von außergewöhnlichen Dimensionen, z. B. die Kosten einer Hauptreparatur der Nießbrauchgebäude, sind Sache des

17) Mehrere in Seufferts Archiv mitgetheilte Erkenntnisse erklären zwar den testamentarischen Erlaß der Kautions für ungültig, jedoch für gültig „die dem Vermächtnisse der Proprietät hinzugefügte Bedingung, den dem Usufructuar zugesetzten Erlaß der Kautions nicht zu entkräften“. So Archiv Bd. 23 n. 281. Das heißt das Verbot der Remission dem Worte nach respektiren, der Sache nach bei Seite setzen. Daher wird auch diese Klausel verworfen ebenda selbst Bd. 25 n. 144. Aber der Erbvertrag soll doch zur Remission der Kautions ausreichen nach Archiv Bd. 30 n. 122! — Gegen die Gültigkeit des Kautions-Erlasses ist auch Windscheid in der 5. Auflage Bd. 1 § 204 Anm. 9.

18) Vgl. oben Anm. 2 l. 1 § 3 D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9 „facturum, quae in re sua faceret“, Paulus sent. III. 6 § 27 „omnia se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur.“

19) l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1. Pomponius libro 5 ex Plautio: Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit rescere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

20) Der Nießbraucher wird auch haftbar, wenn er verschuldet, daß Rechte verjähren, daß Dritte eintreten. l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 1 § 7 D. usufr. q. a. m. caveat 7, 9.

21) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

22) § 38 J. de rer. div. 2; l. 1, l. 18 D. de usufr. 7, 1, vgl. freilich auch l. 59 pr. D. eod., wo wohl an Windbrüche und die außerordentlichen Kosten der Nachpflanzung gedacht ist.

23) l. 9 § 6 D. de usu fructu 7, 1.

24) Ist der Nießbraucher verpflichtet, die Gebäude gegen Feuersgefahr zu versichern? Die Versicherung der Substanz ist, wie wir meinen, Sache des Proprietars. Doch sind die Ansichten getheilt; vgl. Windscheid Bd. 1 § 204 Anm. 4, mein Preuß. Pr. Recht. Bd. 1 § 283 Anm. 7.

Proprietars.<sup>25</sup> Die Anzeige ihrer Nothwendigkeit an den Proprietar und vorläufige schützende Maßnahmen können geboten sein.

Der Nießbraucher hat ferner die auf der Nießbrauchsache ruhenden Lasten zu tragen, also öffentliche Abgaben und Leistungen, wie auch auf privatrechtlichen Titeln beruhende Reallasten.<sup>26</sup>

Die Entrichtung der Zinsen von Hypotheken, welche auf dem Nießbrauchgrundstücke lasten, ist grundsätzlich nach gemeinem Rechte in erster Linie Sache des persönlichen Schuldners. Doch ist heutzutage nicht selten bei Einräumung des Nießbrauches die Meinung, daß der Nießbraucher die Hypothekenzinsen aus den Erträgen des Grundstückes abführen soll. Ist dies als Absicht ausgesprochen oder sonst erkennbar, so ist der Nießbraucher dem Proprietar verpflichtet, die Hypothekenzinsen zu berichtigen.

Der Proprietar kann gegen den Nießbraucher bereits während der Nießbrauchszeit klagen.<sup>27</sup> Er kann aber mit seinen Ansprüchen auch nach Ende des Nießbrauches hervortreten.

3. Nach Endigung des Nießbrauches ist die Nießbrauchsache mit ihrem Zubehör zu restituieren.<sup>28</sup>

Jeder Theil kann bei Aushändigung der Nießbrauchsache für Beschreibung und Inventarisirung Sorge tragen,<sup>29</sup> wobei er sich entweder die Anerkennung des anderen Theiles oder sonstigen aus-

25) l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes cogi per arbitrum Celsus scribit libro 18 digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat — also das Dach heil erhält: — si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passivum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. l. 7 C. de usu fructu 3, 33. Es ist selbstverständlich, daß der Nießbraucher dann, wenn er selbst die Schuld daran trägt, daß eine Hauptreparatur nothwendig wurde, dieselbe aus eigenen Mitteln leisten muß.

26) Vgl. die oben Anm. 25 abgedruckte l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ueber die Alimentenbelastungen siehe Pernice, Parerga II in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 77 ff. — Aeltere gemeinrechtliche Juristen nahmen an, daß der Nießbraucher für außerordentliche Leistungen, z. B. in Kriegsfällen, soweit sie die Summe seines Gewinnes übersteigen, vom Proprietar Ersatz fordern könne; vgl. Glück Bd. 9 S. 259 und dort citirte. Dies entspricht der Billigkeit und den Zwecken des Institutes des Nießbrauches.

27) In diesem Falle befindet der Richter „etiam in futurum quem admodum uti frui debet“, l. 13 § 1 D. de usu fr. 7, 1.

28) Vgl. oben Anm. 7.

29) l. 1 § 4 D. usu fr. q. a. m. caveat 7, 9. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 13 n. 105.

reichenden Beweis zu beschaffen hat. Dies bildet die Grundlage des Restitutionsanspruchs.

Verwendungen des Nießbrauchers, die ihm nicht obliegen, sind ihm vom Proprietar nach Beendigung des Nießbrauches zu erstatten, wenn sie mit dessen Zustimmung geschehen oder nach den Grundsätzen der *negotiorum gestio* die Erstattung rechtfertigen.<sup>30</sup> Der Proprietar kann Ersatz von ihm unternommener Verwendungen, die dem Nießbraucher oblagen, nach denselben Grundsätzen verlangen.<sup>31</sup>

### § 249. Uneigentlicher Nießbrauch.<sup>1</sup>

Dem eigentlichen Nießbrauche wurde der uneigentliche oder Quasiusufrukt auf Grund eines Senatuskonsultes unbekanntem Namens und ungewisser Zeit zur Seite gestellt.<sup>2</sup> Die wirthschaftlichen Zwecke beider Institute sind die nämlichen, ihre juristische Form ist eine sehr verschiedene.

Denn beim Quasiusufrukt erhält der Nießbraucher das volle Verfügungsrecht über das Nießbrauchesobjekt, und nur seine persönliche Verpflichtung zur Rückerstattung des Werthes nach Ablauf der Nießbrauchzeit sichert dem anderen Theile das Kapital.

Der Quasiusufrukt ist in einigen Fällen die einzige Form, durch welche die Zwecke des Nießbrauches zu erreichen sind, in anderen Fällen stehen dem Besteller beide Formen, die des eigentlichen und die des uneigentlichen Nießbrauches, offen.

1. Unmöglich ist eigentlicher Nießbrauch an Konsumptibilien, z. B. Geld, Getreide, Wein. Denn ihr Gebrauch ist Verbrauch, also Vernichtung der Substanz.<sup>3</sup> Die Erhaltung der Substanz gehört aber zum Wesen des eigentlichen Nießbrauches.

30) l. 7 C. de usu fructu 3, 33; vgl. Ewers a. a. O. S. 534. Siehe übrigens auch l. 15 pr. D. de usu fr. 7, 1.

31) l. 48 pr. D. de usu fructu 7, 1., vgl. auch l. 50 D. eod.; Ewers a. a. O. S. 507.

1) Tit. Dig. 7, 5 de usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Büchel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 1 ff. Hanaußer, die Lehre von dem uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht 1879.

2) l. 1 D. h. t. 7, 5. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari. Ueber das Senatuskonsult handelt ausführlich Büchel a. a. O. S. 25.

3) Es ist denkbar, daß jemandem eine Nutzung an Konsumptibilien derart ge-

Nießbrauch an solchen Objekten kann also nur Quasiusußfrukt sein. Der Nießbraucher wird Eigenthümer und hat für die Rück-  
erstattung Kaution zu stellen. Handelt es sich nicht um Geld, sondern  
um Konsumptibilien anderer Art, so kann jeder Theil bei der Ueber-  
eignung Ausmittelung des gegenwärtigen Geldwerthes und Festsetzung  
der Rückerstattung in Geld fordern.<sup>4</sup> Denn es entspricht den Zwecken  
des Institutes nicht, daß die Betheiligten durch die Gefahr der Preis-  
schwankungen getroffen werden.

Kleider sind keine Konsumptibilien. Ein wahrer Nießbrauch ist  
also an ihnen denkbar. Doch bei gewöhnlichem Gebrauche nutzen sich  
Kleider in kurzer Zeit ab, so daß sie nach Ablauf des Nießbrauches  
meist werthlos sein werden. Daher empfiehlt sich an Kleidern der  
uneigentliche Nießbrauch; er ist hier im Zweifel als Absicht der  
Betheiligten zu unterstellen.<sup>5</sup>

währt wird, daß er sie nicht verbrauchen darf, daß z. B. Geldstücke nur als Schau-  
stücke zur Auslage in dem Laden eines Wechslers dienen dürfen. Hanaußek a. a. D.  
S. 15. Sollte derartige vorkommen — es wird nicht leicht geschehen — so  
läge hierin kein Uußfrukt, sondern ein eigenartiges, beschränktes Nutzungsrecht.

4) l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5. Anderer Ansicht ist Hanaußek a. a. D.  
S. 30, auch Windscheid Bd. 1 § 206 Anm. 3.

5) Ob der Nießbrauch an Kleidern ein eigentlicher oder uneigentlicher sein soll,  
darüber entscheidet in erster Linie der Wille des Bestellers des Rechtes. Windscheid  
Bd. 1 § 206 Anm. 6. Doch dies ist selbstverständlich. Die Frage ist, welche Form  
eintritt, wenn sich dieser Wille nicht ermitteln läßt. Nach § 2 J. de usufructu  
2, 4 Quasiusußfrukt; denn dort werden Kleider den Konsumptibilien gleichgestellt.  
Dies scheint auch praktisch das richtige, denn die Erhaltung der Substanz der Kleider  
ist in der Regel bei längerer Nießbrauchszeit mit dem gewöhnlichen Gebrauch nicht  
vereinbar. Die l. 15 §§ 4 und 5 D. de usufructu 7, 1 Ulpianus libro 18 ad Sabinum  
steht nicht im Widerspruch, stimmt vielmehr richtig verstanden überein. Et si  
vestimentorum usus fructus legatus sit non sic, ut quantitatis usus fructus  
legetur, dicendum est ita uti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum quia  
vir bonus ita non uteretur. Proinde et si scaenicae vestis usus fructus legetur  
vel aulaei vel alterius apparatus, alibi quam in scaena non utetur. sed an et  
locare possit, videndum est: et puto locaturum. Die Stelle besagt, wie Arndts  
cit. Schriften Bd. 1 S. 196 ff. offenbar richtig erklärt: „Ist ein Nießbrauch an  
Kleidern vermacht und zwar nicht in der Art, daß ein Nießbrauch an einer Quan-  
tität — ein Quasiusußfrukt — errichtet ist, dann darf der Nießbraucher die Kleider nicht  
umgebührlieh nutzen.“ Ein Beispiel eigentlichen Nießbrauches giebt der weiter be-  
handelte Nießbrauch an einer Theatergarderobe. — Gegen unsere Auffassung spricht  
auch durchaus nicht, wie Hanaußek a. a. D. S. 18 vermeint, l. 9 § 3 D. usufr. que-  
madm. caveat 7, 9, Ulpianus libro 51 ad edictum: Si vestis usus fructus legatus  
sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit finito usu fructu vestem  
reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam  
reddiderit. Die Parteien hatten durch die Formulirung der cautio im besprochenen  
Falle anerkannt, daß ein eigentlicher Nießbrauch beabsichtigt sei; hiervon werden  
die Konsequenzen gezogen. Wie soll dies ergeben, daß der Nießbrauch an Kleidern  
„im Zweifel“ einen eigentlichen Nießbrauch bilde! Ueber die Kontroverse existirt  
übrigens eine enorme Litteratur; vgl. die bei Hanaußek a. a. D. S. 16 Anm. 2  
citirten. Thering in seinen Jahrbüchern Bd. 15 S. 401 will in der Institutionen-  
stelle statt „vestimenta“ „esculentia“ lesen, Hanaußek S. 16 „vestimenta“ durch  
„Tuch- und Leinenvorräthe“ erklären.

An anderen körperlichen Objekten ist der Nießbrauch regelmäßig ein eigentlicher. Nach dem besonderen Willen der Betheiligten kann er aber auch ein uneigentlicher sein.<sup>6</sup>

2. Auch an Forderungen ist Quasiusufrukt möglich.<sup>7 8</sup>

Der Nießbraucher erhält Cession der Forderung gegen Kaution für die Rückerstattung nach Ablauf des Nießbrauches. Auf Grund der Cession ist er Gläubiger, aber in Folge der Kaution im wirtschaftlichen Sinne doch bloßer Nutzungsberechtigter. Im Falle eines etwaigen Erlasses der Kaution wird sie durch die ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme der Rückerstattung ersetzt.

Am ausgedehntesten ist das Recht des Quasiusufruktuars an Forderungen auf Geld oder andere Fungibilien. Er kann das Kapital für sich einziehen. Nach Beendigung des Nießbrauches hat er dann die Summe zu restituieren, die er einnahm oder hätte betreiben sollen.<sup>9</sup>

Beschränkter sind die Rechte des Quasiusufruktuars bei Forderungen auf eine Species. Der Nießbraucher darf diese einfordern

6) Birkel a. a. D. S. 6 ff. Wird der Nießbrauch an Objekten vermacht, die der Erblasser nur des Verkaufes wegen hat, so wird er meist ein uneigentlicher sein, auch wenn diese Objekte keine Konsumptibilien sind. Hat z. B. die Wittve den Nießbrauch am Vermögen ihres verstorbenen Mannes, welcher eine Antiquariats-handlung betrieb, so ist deren Nießbrauch an den Büchern als uneigentlicher zu erachten. Was sollte ihr der „eigentliche“ Nießbrauch an dem Büchervorrath.

7) 1. 3 D. h. t. 7. 5. Vgl. Hanaußel, uneigentlicher Nießbrauch S. 89; Stammler, der Nießbrauch an Forderungen, ein Beitrag zur Lehre vom Rechte an Rechten 1880; Mansbach, der Nießbrauch an Forderungen 1880. Dort siehe die Litteratur.

8) Hier tritt das Problem des „Rechtes am Rechte“ in den Vordergrund. Ihm hat Windscheid Bd. 1 einen eigenen § 48<sup>a</sup> gewidmet, und zahlreich sind die geistreichen Erörterungen der neueren, vgl. Mansbach a. a. D. S. 1 und Hanaußel a. a. D. S. 43; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 46. Im Grunde fragt es sich, ob die dinglichen Rechte an fremden Sachen, insbesondere ob Nießbrauch und Pfandrecht als „dingliche Berechtigungen“ nur an körperlichen Sachen möglich sind, oder ob sie auch an Rechten bestehen können. Das moderne Recht kennt Gerechtigkeiten, welche wie Immobilien behandelt werden, z. B. Bergwerksgerechtigkeiten. An ihnen kommen zweifelsohne Reallasten, Nießbrauchsrechte vor. Begrifflich „unmöglich“ kann also das Recht am Rechte nicht sein. Eine andere Frage ist, ob das römische Recht derartige Rechte an Rechten kennt. Dies ist nicht nachweisbar. Dies Recht beschränkt die dinglichen Rechte auf körperliche Sachen.

9) Vgl. 1. 24 D. de usu log. 33, 2, siehe ferner 1. 3 D. h. t. 7, 5 und 1. 1 C. de usufructu 3, 33. Das Quellenmaterial ist sehr dürftig. Die Grundzüge des Institutes lassen sich gleichwohl erkennen. Mit Recht bemerkt Birkel a. a. D. S. 62: „In diesen Stellen wird der Usufruktuar der Forderung für verpflichtet erklärt, die Kaution des Senatuskonsultes zu stellen. Hätte der Usufruktuar — wie manche annehmen — bloß das Recht zum Zinsgenuß, so wäre kein Grund zu einer Kaution vorhanden.“ Er hat also die freie Verfügung über das Kapital. Die abweichenden Ansichten kritisiert Hanaußel a. a. D. S. 92.

und einflagen.<sup>10</sup> Aber er erhält nicht Eigenthum an dem ihm überlieferten Objekte, sondern eigentlichen Nießbrauch.<sup>11</sup>

Die Meinung bei Zuwendung des Nießbrauches an einer festangelegten verzinsbaren Forderung kann auch bloß sein, dem Honorirten den Bezug der Zinsen auf Lebenszeit zu überlassen. Eine solche Verfügung ist natürlich gültig. Aber einen Nießbrauch im Rechtssinne begründet sie nicht, weder einen eigentlichen noch einen uneigentlichen. Es liegt nichts vor als Cession der Forderung auf Zinsen. Der Honorirte hat nach Beendigung des Verhältnisses nichts zu restituiren und also auch vorher nicht zu kaviren.<sup>12</sup>

3. Nicht selten ist der Nießbrauch an einem Gesamtvermögen oder an einer Quote desselben. Dies ist nichts anderes als eine Summe von Nießbrauchrechten an den einzelnen Vermögensbestandtheilen, und zwar meist nicht bloß an den bei Beginn des Nießbrauches zugehörigen, sondern auch an den später zutretenden Objekten. Nach der Beschaffenheit der einzelnen Objekte gestaltet sich der Nießbrauch zum eigentlichen oder zum uneigentlichen.

Die auf dem Vermögen lastenden Schulden verhaften auch nach Begründung des Nießbrauches den Proprietar und verbinden den Nießbraucher auch nachher nicht. Der Proprietar aber ist befugt und seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet, so viel aus dem Vermögen zurückzuhalten, als zur Deckung der Schulden erforderlich ist.<sup>13</sup>

Anderß, wenn der Nießbrauch mit der Verwaltung des Vermögens verbunden ist, wie beim väterlichen Nießbrauche. Hier können

10) Die Duellen schweigen über die Detailfragen. Dieselben sind nach allgemeinen Grundfäden zu entscheiden. Der Quasiusufruktuar hat sein Recht *boni viri arbitrato* auszunutzen, haftet also für *culpa in exigendo*. Verfügt er über die Forderung durch Cession, was ihm freistehen muß, so hat er den Cessionspreis und was er mehr hätte erlösen können zu restituiren. Hat er die Schuldsomme eingezogen, so wird er Summenschuldner und trägt fortan die Gefahr.

11) Ein direktes Duellenzeugniß existirt freilich nicht. Daher ist das Verhältniß *controversè*. Duncker im hessischen Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 6 S. 100 behauptet, an den Objekten der Forderung entstehe immer Eigenthum, wenn sie der Quasiusufruktuar begetrieben habe. Mit Recht hebt Hanaußek a. a. D. S. 98 die Unzuträglichkeiten hervor, welche diese Ansicht mit sich führen würde. Gejezt, bemerkt er, „A. kauft von B. ein Haus, das ihm am 1. Januar 1880 zu tradiren ist. A. stirbt im December 1879, und in seinem Vermögen, dessen Nießbrauch der Frau legirt ist, findet sich daher die Kaufforderung. Hat Duncker Recht, so erwirbt die Nießbraucherin durch deren Geltendmachung das Eigenthum des Hauses, der Erbe hat bloß einen persönlichen Rückforderungsanspruch. Wäre der A. um einige Tage später nach erfolgter Tradition gestorben, so würde seine Wittve nur Ufruktuarin des Hauses sein.“ Derartige Disharmonien im Rechte sind nicht anzunehmen, Konstruktionen, die hierauf führen, zu verwerfen.

12) Ueber Nießbrauch an Rechten anderer Art vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 1 § 286, Hanaußek a. a. D. S. 136 ff.

13) Büffel a. a. D. S. 107. Dagegen freilich Brinz Bd. 1 S. 782.

die Gläubiger des Kindes den Hausvater auf Bezahlung der Schulden seines Kindes aus dessen Vermögen belangen und im Falle der Verurtheilung des Vaters ihre Befriedigung aus dem Kindesvermögen betreiben.<sup>14 15</sup>

### § 250. Personalservituten beschränkten Inhaltes.

Im römischen Leben bildeten sich außer dem Nießbrauche besondere Arten von Personalservituten beschränkten Inhaltes mit technischen Namen und festbegrenztem Umfang.<sup>1</sup>

1. Dem Nießbrauche am nächsten stand der *usus*. Er gewährte das Recht voller Benutzung ohne den Fruchtgenuß.<sup>2 3</sup> Und zwar mußte der Usuar persönlich gebrauchen und detiniren; die Uebertragung der Ausübung des Rechtes war nicht statthaft.<sup>4</sup>

Ganz strikt wurde dies nicht festgehalten. Insbesondere darf der Usuar eines Hauses, sofern er nur persönlich in dem Hause wohnt, die Seinigen, d. h. seine Familie und sein Dienstpersonal, aber auch anständige Gäste und Kostgänger bei sich aufnehmen. Nur getrennte Vermietung ist nicht gestattet.<sup>5</sup>

Auch versagte man dem Usuar nicht jeden Fruchtgenuß. Namentlich darf der Usuar eines Parkes oder eines Landgutes Blumen, Obst, Früchte für sich und die Seinigen entnehmen. Der Bezug von Früchten ist aber nur zum Verbrauche, nicht zum Verkaufe gestattet.<sup>6</sup>

14) l. 69 D. ad legem Falcidiam 35. 2. l. 43 D. de usu legato 33. 2. Vgl. Ganauzet S. 5: „Der Erbe wird sich hierbei im einzelnen Falle den mutmaßlichen Willen des Erblassers gegenwärtig zu halten haben und wie ein redlicher Verwalter fremden Vermögens vorzugehen haben. Daher wird er verpflichtet sein, baares Geld vor allem übrigen Vermögen, Mobilien vor Immobilien zur Schuldentilgung zu verwenden.“

15) § 3 J. de adqu. per adrog. 3, 10. l. 8 § 4 C. de bonis quae liberis adqu. 6, 61.

1) Tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8. Inst. de usu et habitatione 2, 5.

2) l. 1 D. h. t. 7, 8. Gajus libro 7 ad edictum provinciale... constituitur etiam nudus usus id est sine fructu, l. 2 D. eod. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Vgl. über den *usus* Thibaut, Versuche Bd. 1 Abh. 3; Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 15 n. 2; Bechmann, Inhalt und Umfang der Personalservitut des *usus* 1861.

3) Die ältere Theorie lehrte, der *usus* sei das Recht der Nutzung der Sache unter Beschränkung auf den unumgänglichen Bedarf, „die Nothdurft“. Thibaut a. a. O. wies aber unter Beziehung auf l. 4. l. 10 § 3, l. 12 pr. § 2 D. h. t. 7, 8 nach, daß dies den Quellen durchaus nicht entspricht.

4) l. 11 D. h. t. 7, 8.

5) l. 4, 5, 6, 7 D. h. t. 7, 8.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 7, 8. Ueber den *usus pecoris* vgl. l. 12 § 2 D. cit.

Bergeblich hat man versucht, diese Bestimmungen aus dem Begriffe des bloßen Usus zu erklären.<sup>7</sup> Die Römer selbst führen dieselben darauf zurück, daß man den letzten Willen der Verstorbenen liberal interpretiren müsse.<sup>8</sup> Man nahm es im Leben mit den Befugnissen der Usuarie nicht allzu genau. So entstand ein Brauch, welchen die Volksansicht und die Jurisprudenz als berechtigt ansah.

2. Die *habitatio* — das persönliche Wohnrecht — hatte *Ufimentennatur* und um deswillen anomalen Charakter.<sup>9</sup> Sie sei mehr faktischer Art als juristischen Wesens, meinte man.<sup>10</sup> Daher ging sie durch *capitis deminutio* und durch Nichtgebrauch nicht unter. Ueberlassung der Ausübung — namentlich auch schenkungsweise<sup>11</sup> — war nicht gestattet; dennoch ließ man aus Humanität Verwerthung durch Vermietung zu.<sup>12</sup>

3. Nicht weniger anomal war die Zuwendung der *operae servorum et animalium*. Auch solche Befugnisse gingen durch *capitis deminutio*<sup>13</sup> und Nichtgebrauch nicht unter, wohl aber im Falle der Erziehung des Sklaven.<sup>14</sup> Dies Recht war vererblich,<sup>15</sup> verwerthbar.

Bei der *habitatio* und den *operae servorum* handelte es sich vorzugsweise um letztwillige Zuwendungen an Personen ohne römische Rechtsfähigkeit, insbesondere an Peregrinen. Ihnen konnte man *civile*

7) Vgl. Puchta, Pand. § 179, Instit. Bd. 2 § 255, Scheurl und Besmann a. a. O., siehe aber Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6.

8) l. 12 § 2 D. h. t. 7, 8 ... neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

9) Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 2, dort ist die ältere Litteratur citirt; Guschke, zur Lehre von der *habitatio* im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 462 ff.

10) l. 10 D. de cap. min. 4, 5. Modestinus libro 8 differentiarum: Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum vel si *habitatio* legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, *capitis deminutione* tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit; siehe ferner l. 8 pr. § 1 D. de transact. 2, 15, Savigny Bd. 2 S. 110.

11) l. 10 pr. D. h. t. 7, 8. Thering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 342 will „locare“ statt „donare“ lesen, dagegen Guschke a. a. O.

12) So l. 13 § 1 C. de usu fructu et habitatione 3, 33. Nach § 5 J. h. t. 2, 5 verstattete unter den älteren Juristen auch Marcellus Vermietung.

13) l. 2 D. de operis servorum 7, 7.

14) l. 2 D. de usu legato 33, 2.

15) Die l. 2 D. de usu 33, 2 besagt freilich nur „quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit.“ Damit wird zunächst allerdings, wie Windscheid Bd. 1 § 208 Anm. 8 ausführt, nur das Vermächtniß für vererblich erklärt, nicht das durch Vermächtniß zu begründende Recht. Allein die Vererblichkeit des Vermächtnisses setzt voraus, daß auch das bereits begründete Recht vererblich wäre.

Rechte — Eigenthum, Nießbrauch — nicht vermachen, wohl aber derartige geringfügige Unterstützungen.<sup>16</sup>

Dem gemeinen Rechte sind die drei römischen Typen beschränkter Personalservituten fremd. Sie beruhen auf römischen Usancen, an die sich der Erblasser angeschlossen, wenn er *usus* oder *habitatio* oder *operae servorum* vermachtete. Im deutschen Leben ist nichts ähnliches. Kommt es einmal vor, was möglich, aber selten ist, daß ein Erblasser persönliche Nutzung ohne Fruchtgenuß oder rein persönliches Wohnrecht vermacht, so ist dies nicht mit demjenigen identisch, was römische Uebung und Jurisprudenz unter *usus* und *habitatio* verstanden. Der Umfang des gewährten Rechtes ist vielmehr nach Wort und Sinn der letztwilligen Verfügung und nach den konkreten Umständen zu bestimmen. Der Legatar, dem Nutzung ohne Fruchtgenuß vermacht ist, hat aber nicht ohne weiteres dasselbe Recht auf Früchte wie beim römischen *usus*, und wer persönlich wohnen darf, kann nicht ohne weiteres vermiethen.<sup>17</sup>

Es kommt heutzutage, wie in Rom vor, daß bestimmte einzelne Nutzungen zum Inhalte von Personalservituten gemacht werden.<sup>18</sup> Namentlich gilt dies von Berechtigungen, die gewöhnlich als Prädialservituten bestellt werden, z. B. Weg- und Wasserrechte, Rechte auf Holz.<sup>19</sup> Solche Rechte pflegt man irreguläre Personalservituten zu nennen.

Auch vererbliche Berechtigungen solcher Art, z. B. Holzgerechtigkeiten, sind dem deutschen Rechte nicht unbekannt.

16) Uebrigens hatte der Usuar, und ebenso derjenige dem *habitatio* oder *operae servorum* vermacht war, Kautions zu leisten, l. 5 § 3 D. *usu fruct. quemadm. caveat* 7, 9.

17) Die Ansichten über die praktische Geltung von *usus*, *habitatio* und *operae* sind sehr getheilt. Für die gemeinrechtliche Geltung von *usus* und *habitatio* ist Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6, vgl. ferner die dort citirten. Brinz Bd. 1 S. 786 will auf das Vermächtniß einer „Bedienung“ die Grundsätze der *operae servorum* anwenden, da auch freie Personen *operae* leisten können. Aber ein dingliches Recht an einem Menschen ist heutzutage unmöglich.

18) Das Gegentheil sucht Richard Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten 1862, auszuführen; die — gutgeschriebene — Abhandlung hat freilich niemanden überzeugen können. Ueber die neuere Litteratur siehe Windscheid Bd. 1 § 202 Anm. 2.

19) l. 32 D. de *usu fructu* 7, 1, l. 4, l. 37 D. de *serv. praed. rust.* 8, 3, l. 6 D. de *serv. leg.* 33, 3, l. 14 § 3 in fine D. de *alim. leg.* 34, 1, l. 1 D. de *usu et usu fructu* 33, 2.

## Viertes Kapitel.

## Entstehung und Endigung der Servituten.

## § 251. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft.

Servituten entstehen durch Rechtsgeschäfte wie durch Ersizung, in einigen Fällen durch Richterspruch und unmittelbar von Rechtswegen.

Die Rechtsgeschäfte sind entweder Verträge unter Lebenden oder letztwillige Verfügungen. An diesem Orte beschäftigt uns nur der Vertrag. Es fragt sich, wer Servituten bewilligen, wer sie erwerben kann, wie der Vertrag geschieht?

1. Voll legitimirt zur Bewilligung von Servituten ist nur der Eigenthümer der zu belastenden Sache.<sup>1</sup> Miteigenthümer müssen sämmtlich einwilligen,<sup>2</sup> nur den Nießbrauch als theilbares Recht kann der einzelne Miteigenthümer zu seinem ideellen Theile selbständig bestellen.<sup>3</sup> Für die Dauer ihres Rechtes können auch Emphyteuta und Superficiar Servituten einräumen;<sup>4</sup> ebenso ist es publicianisch Berechtigten möglich, Servituten mit relativer Kraft in das Leben zu rufen, d. h. mit Rechtswirkung gegenüber dem Besteller und allen, welche dem Besteller nachstehen.<sup>5</sup>

2. Personalservituten erwerben kann jeder, also die juristische wie die natürliche Person.

Prädialservituten kann der Eigenthümer des Grundstückes erwerben, zu dessen Gunsten sie dienen sollen, Miteigenthümer müssen sämmtlich den Erwerb wollen.<sup>6</sup> Auch Emphyteuta und Superficiar

1) l. 6 pr. D. communia praediorum 8, 4. Dinglich wirkende Veräußerungsverbote hindern auch die Begründung von Servituten, vgl. oben § 217 Anm. 6.

2) oben § 241.

3) oben § 246 Anm. 14.

4) l. 1 pr. D. q. m. u. f. a. 7, 4, l. 1 § 9 D. de superficibus 43, 18.

5) Das Hauptargument ist die Analogie des Pfandrechtes, l. 18, l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1. Bestritten ist, ob ein publicianisches Servitutenrecht auch erwirbt, mer redlicher Weise von einem unredlichen Besitzer eine Servitut erlangt. Die Analogie des Pfandrechtes spricht gegen diese Ansicht, vgl. Arndts § 191 Anm. 2. Andere, z. B. Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 9, vertheidigen sie. Man kann geltend machen, daß es eine Ersizung der Servituten giebt, nicht die des Pfandrechtes. Aber die Ersizung der Servituten ist doch sehr eigenartig. Sie verlangt keinen Titel. Der Servitutenerwerb besitz scheint daher zur Begründung einer publicianischen Klage nicht auszureichen. Die l. 11 § 1 D. de Publ. in rem act. 6, 2 — oben § 239 Anm. 4 — entscheidet nicht, sie setzt eine Bestellung der Servitut durch den Eigenthümer der Sache in nicht civiler Form voraus.

6) Vgl. oben § 241.

erwerben Servituten für das Grundstück,<sup>7</sup> Nießbraucher haben diese Rechte nicht,<sup>8</sup> publicianisch Berechtigte sind aber wie Eigenthümer als legitimirt zu achten.<sup>9</sup>

3. Die Bestellung geschieht entweder selbständig oder durch Nebengeschäft bei einer Veräußerung.<sup>10</sup>

Solche Nebengeschäfte sind bald Vorbehalte, bald Zugeständnisse von Servituten durch den Veräußerer. Dieser kann sich namentlich an dem Grundstück, welches er veräußert, einen Nießbrauch<sup>11</sup> oder eine Prädialservitut zu Gunsten eines anderen Grundstückes, welches er zurückbehält, reserviren.<sup>12</sup> Er kann ferner ein Grundstück, welches er behält, zu Gunsten eines anderen, welches er veräußert, bei dessen Veräußerung mit einer Prädialservitut belasten.<sup>13</sup>

Manche sehen in dem Vorbehalte der Servitut die Erhaltung des bestehenden Rechtes, so daß sich der Veräußerer aus der Menge der ihm zustehenden Herrschaftsrechte einen einzelnen Bestandtheil, gleichsam einen Splitter seines Eigenthumes konservirt. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Eigenthumsrecht ist Totalherrschaft, Servitut Nutzungsrecht, beide Rechte sind ungleichartige Größen; durch bloße Addition und Subtraktion können sie nie ineinander übergehen. Das richtige ist also, daß die Reservation der Servituten bei Veräußerungen Neubildung von Rechten ist, die bisher noch nicht vorhanden waren. Daher müssen bei einem solchen Vorbehalte alle Voraussetzungen der Neubegründung von Servituten vorhanden sein, und reservirte Servituten können keine anderen Eigenschaften und Wirkungen haben, als durch selbständige Geschäfte begründete.<sup>14</sup>

7) Quellenzeugnisse fehlen.

8) l. 15 § 7 D. de usu fructu 7. 1.

9) Die Quellen geben keine Antwort, vgl. Elvers a. a. D. S. 696, Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 7. Kommt die Servitut, welche der Emphyteuta dem Grundstück erwirbt, dem Eigenthümer nach Erlöschen der Emphyteuse, diejenige, welche der publicianisch Berechtigte ausbedingt, dem Grundeigenthümer, nachdem er das Grundstück evincirt hat, zu gute? Die Frage ist zweifelhaft. Aber die Bejahung ist dem Wesen der Grundgerechtigkeiten entsprechend. Es läge sonst eine wahre Prädialservitut nicht vor, die sich an das Grundstück knüpft. Gerade diese wird bezweckt. Emphyteuta, Superficiar, publicianischer Besitzer haben eine ähnliche Stellung wie Eigenthümer. Dies muß sich hier bestätigen. Anders Windscheid a. a. D.

10) Brinz Bd. 1 S. 793.

11) l. 32 D. de usu fructu 7. 1. Vgl. Gaj. Inst. II § 33, Vat. fragm. § 47.

12) l. 5, l. 6 pr. § 1, l. 10 D. communia praediorum 8. 4.

13) l. 6 pr. D. communia praediorum 8. 4.

14) Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 272, vgl. Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten. Paderborn 1881.

4. Genügt zur Bestellung der Servituten bloßer Vertrag, oder ist außerdem Quasitradition nöthig? Dies ist eine immer noch offene, famose Kontroverse des gemeinen Rechtes.<sup>15</sup>

Für die Nothwendigkeit der Quasitradition beruft man sich auf die Analogie der Eigenthumsübertragung. Doch diese Analogie hat nichts zwingendes.<sup>16</sup> Der Besitz hat bei den Servituten nicht die Bedeutung, wie bezüglich des Eigenthumes. Auch der geschichtliche Gang war ein anderer.

Nach altrömischem Civilrechte wurden in Italien Servituten unter Lebenden nur durch in jure cessio und mancipatio begründet. Und zwar war die in jure cessio die allgemeine Form; durch mancipatio konnte man Felddienstbarkeiten, welche res mancipii waren, bestellen.<sup>17</sup> Diese Formen waren bei Provinzialgrundstücken nicht anwendbar, da dieselben nicht im civilen Eigenthume ihrer Besitzer standen. Hier geschah die Bestellung der Servituten vielmehr durch „pactiones et stipulationes“.<sup>18</sup> Was bedeutet dieser Doppelaft? Nach meiner Ansicht lag in ihm eine Kombination altperegrinen und römischen Rechtes. Die pactiones sind altes Peregrinenrecht. Durch Verträge Servituten zu bestellen war natürliches Herkommen peregriner Nationen. Nach der Unterwerfung unter die Herrschaft der Römer ließ man sie gelten, aber der römische Formensinn verlangte eine Zuthat — die Stipulation. Sie hatte zum Inhalte, daß der Promittent und sein Erbe den Stipulator und seine Erben nicht an der Ausübung der Servitut hindern, im Falle der Zuwiderhandlung aber eine vereinbarte Strafe zahlen

15) Für die Bestellung durch bloßen Vertrag erklärte sich Savigny in seinen Vorlesungen und hiernach E. J. Schmidlein, de servitutibus per pactum constitutendis Gött. 1823 sowie im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 9. So auch Michelsen im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 n. 14. Eine gründliche Vertheidigung dieser Ansicht hat in neuerer Zeit Schmidt von Imenau in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 9 gegeben. Ihr huldigen die meisten neueren, insbesondere Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1 und Arndts § 188 Anm. 1. Außer Vangerow Bd. 1 § 350 sind für die Nothwendigkeit der Quasitradition Brinz Bd. 1 S. 792, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 223, Lenel in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 183 aufgetreten.

16) Nicht selten hat man die Entscheidung in l. 20 C. de pactis 2, 3 von Diocletianus und Maximianus gesucht. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Doch daß sich dieser Ausspruch nur auf das Eigenthum — dominia —, nicht auf alle dinglichen Rechte bezieht, ergibt die usucapio, welche bei Servituten nicht stattfindet. Die Behauptung Vangerows — S. 753 —, daß nach den Principien des römischen Rechtes aus einem Verträge nur eine Obligation, kein dingliches Recht entstehen könne, ist offenbar petitio principii. Derselbe fußt die Gegner auf diesem Argument, welches für Vangerow sehr in das Gewicht fiel, nicht mehr.

17) Gaj. Inst. II § 29 und 30.

18) Dies bezeugt Gaj. Inst. II § 31 . . . in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi . . . ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

wolle. Solche Stipulationen erzeugten natürlich nur persönliche Verpflichtungen des Promittenten und seiner Erben. Aber man sah in ihnen zugleich die Bekräftigung des vorausgehenden dinglichen Vertrages über die Servitutenbestellung, die Bethätigung seiner Ernstlichkeit.<sup>19</sup>

In der Kaiserzeit begnügte man sich in Italien häufig statt der lästigen civilen Bestellungsformen mit einer bloßen Quasitradition der Servitut seitens des Eigenthümers der belasteten Sache. Sie erhielt Schutz durch den Prätor.<sup>20</sup>

Das justinianische Recht endlich kennt Bestellung von Servituten durch in jure cessio, sowie durch mancipatio nicht mehr. Servituten konnten jetzt an Objecten jeder Art in doppelter Weise bestellt werden, nämlich entweder durch pactiones und stipulationes<sup>21</sup> oder durch Quasitradition.

19) Nicht selten wird die Ansicht vertreten, daß die Römer ursprünglich durch pactiones und stipulationes nur persönliche Verbindlichkeiten des Promittenten und seiner Erben zur Verstattung der Ausübung der Servitut begründet hätten und daß man erst im Laufe der Zeit in diesen Geschäften eine unmittelbare Bestellung der Servitut gesehen habe. So neuerdings Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1. Dies ist, wie Lenel a. a. D. S. 184 mit Recht bemerkt, durchaus unglücklich. Denn a) wenn es sich um eine bloß persönliche Verbindlichkeit gehandelt hätte, so wäre die Stipulation ausreichend gewesen und die „pactio“ ein unbegreifliches Superfluum. b) In Provinzen mit hoher Kultur, z. B. Sicilien, muß vor der Eröberung durch die Römer Bestellung von Servituten üblich gewesen sein. Wie sollten die Römer dazu gekommen sein, den Erwerb von Servituten hier unmöglich zu machen und die Betheiligten auf persönliche Verbindlichkeiten zu verweisen, die nicht ausreichen konnten. c) Gaj. Inst. II § 31 betrachtet die pactiones und stipulationes als Bestellungsform der Servituten, ohne auf einen anderen älteren Rechtszustand hinzuweisen. — Von den Doppelgeschäften ist nun offenbar die pactio der auf Einräumung der Servitut gerichtete dingliche Vertrag. Dies bezeugt Theophilus II 3 § 4 und es ergibt sich auch aus dem Wesen der Stipulation. Denn Stipulationen enthalten Versprechen einer Leistung, also eines Thuns oder eines Unterlassens des Promittenten, und solcher Art waren auch die Stipulationen bei Bestellung von Servituten, vgl. l. 2 § 5. l. 4 § 1. l. 38 § 6. l. 75 § 7. l. 85 § 3 D. de verb. obl. 45. l. Karlowa a. a. D. S. 224. Dies alles legt nahe, die pactio als den peregrinen Bestellungsakt der Servituten zu betrachten, welchem die Römer durch die Anforderung der Stipulation einen römisch-rechtlichen Halt gaben. Die Stipulation hat nicht, wie Karlowa und Lenel annehmen, bezweckt, ein Traditions-surrogat herzustellen, dies kann sie nicht leisten, und als man sie einföhrte, war der Gedanke, daß Servituten durch Tradition begründet werden können, den Römern noch fremd.

20) l. 11 § 1 D. de Publiciana 6, 2 abgedruckt oben § 239 Anm. 4. l. 1 pr. D. q. m. ususfr. 7, 4. l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. 7, 9. l. 3 D. si usus fr. 7, 6. l. 1 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. l. 16 D. si serv. vind. 8, 5.

21) § 1 J. de usu fructu 2, 4. § 4 J. de serv. 2, 3. l. 3 pr. l. 25 § 7 D. de usu fructu 7, 1. l. 33. l. 36 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Vangerow freilich a. a. D. S. 716 will „im Sinne der justinianischen Gesetzgebung in der Mehrzahl der Stellen, wo die pactiones et stipulationes aufgeföhrt werden, die quasitraditio als selbstverständlich subintelligiren“, was ein verzweifeltes Beginnen ist.

Was ist das Facit für das gemeine Recht? Stipulationen sind dem gemeinen Rechte fremd. Mit Unrecht folgern manche hieraus, daß nunmehr Servituten nur auf dem Wege der Quasitradition, nicht auf dem des Vertrages bestellt werden könnten.<sup>22</sup> Die Stipulation ist in Folge des Princips der Formlosigkeit der Verträge beseitigt. Die Futhat ist damit gefallen, aber der Kern des Geschäftes, nämlich der Pakt der Servitutenbestellung ist nicht berührt.

Servituten werden also gemeinrechtlich durch bloßen Vertrag begründet.

Die Gegenansicht kommt zu dem Resultate, daß die größere Formlosigkeit des gemeinen Rechtes zu einer erschwerten Form der Servitutenbestellung, nämlich der Nothwendigkeit der Quasitradition geführt habe. Dies ist nicht annehmbar.

### § 252. Die Servitutenersetzung.<sup>1</sup>

Die Servitutenersetzung hatte in Rom wechselnde Schicksale.

Ursprünglich wendete man die usucapio auch auf die Servituten an, so daß die Uebung einer Servitut in kurzer Frist zum Rechte wurde. Dies erschien derart lästig und schädlich, daß eine lex Scribonia die usucapio der Servituten schlechthin aufhob.<sup>2</sup>

Man war hiermit von einem Extrem in das andere gerathen. Die laxen Anforderungen der usucapio hatten die Gefahr mit sich gebracht, daß nachbarliche Gefälligkeiten oder auch Usurpationen zu Rechten wurden. Dem entgegenzutreten war zweckmäßig. Aber die gänzliche Ausschließung der Ersetzung der Servituten hatte eine sehr bedenkliche Seite. Denn althergebrachte Servituten verlieren im Laufe der Zeiten oft die Möglichkeit des Nachweises ihrer ursprünglichen

22) So Karlowa a. a. D. S. 227, Lenel a. a. D. S. 186. Sie stützen sich besonders auf die Behauptung, daß die stipulationes „Traditionsjurrogat“ gewesen seien. Vgl. hierüber Anm. 19.

1) Muther, die Ersetzung der Servituten 1852; dort S. 1 Anm. 1 siehe die ältere Litteratur. Hedemann, Erwerb und Schutz der Servituten 1864.

2) I. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum. Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Vgl. oben § 219 Ziff. 1. Uebrigens streitet man darüber, ob die alte usucapio sich auf alle Servituten oder nur auf einzelne Arten, namentlich die servitutes praediorum urbanorum erstreckte. Das letztere vertheidigen u. a. Böhr, Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 3 Heft 1 n. 3 S. 120 ff. und Vangerow Bd. 1 § 351, das erstere nimmt mit vollem Rechte Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 247 Anm. 2 an. Vgl. auch Voigt, über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen 1875.

Erwerbstitel, die in Vergessenheit gerathen sind; sie finden dann ihre Deckung in dem Institute der Erfizung, nach welcher ihre langjährige Uebung ausreicht. Beseitigung der Servitutenerfizung entzieht also gerade den bestbegründeten und ältesten Rechten nothwendigen Schutz.

So sah man sich in der Kaiserzeit veranlaßt, eine neue Art der Servitutenerfizung, die *longa possessio* einzuführen.<sup>3</sup> Von der Eigenthumserfizung — der *usucapio* — blieb sie scharf geschieden.<sup>4</sup> Sie setzt voraus:

a) langjährige Uebung; man setzte die Zeit auf 10 Jahre, wenn der Erfizende und der Eigenthümer in derselben Provinz wohnten — *inter praesentes* —, auf 20 Jahre, wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten — *inter absentes*;<sup>5</sup>

b) daß die Ausübung als Recht geschah<sup>6</sup> und

3) l. 10 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. l. 5 § 3 D. de itinere 43, 19, l. 1 § ult. D. de aqua 39, 3, l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 1, l. 2 C. de serv. 3, 34, l. 12 in f. C. de praescr. longi temp. 7, 33.

4) Pal. l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 16 ad edictum: Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Hier wird die *usucapio* der Servituten verneint, keineswegs der Erwerb durch die wesentlich anders geartete *longa possessio* in Abrede gestellt. Die Aeußerung hat auch für das justinianische Recht unseres Erachtens Bedeutung. Es soll die Anwendung der Eigenthumserfizung auf die Servituten in Abrede gestellt werden. Ueber andere Erklärungen siehe Vangerow Bd. 1 § 351 S. 763. Hedemann a. a. O. S. 1 ff. leugnet auf Grund dieser Stelle jede Art der Servitutenerfizung. Er will in der *longa possessio* nur eine Vermuthung des Erwerbes sehen, welche durch den „Gegenbeweis der Nichterfizung der Servitut“ entkräftet werden könne! Aber die Quellen sprechen vom „tempore acquiri“. J. B. l. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

5) Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtlichen Untersuchungen behauptete, die *longa possessio* der Servituten kenne keine fixirte Zeit, sie bestimme sich nach richterlichem Ermessen. Aber bereits Paulus sent. V 5<sup>a</sup> § 8 erklärt: *longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur*. Justinian ferner entscheidet in der l. 12 § 4 C. de praescr. longi tempores 7, 33, nachdem er die Begriffe der *praesentia*, wobei 10, und der *absentia*, wobei 20 Jahre erfordert würden, fixirt hat: *eodem observando et si res non soli sunt, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes*. Dies kann sich nur auf die Servitutenerfizung beziehen. Weniger beweiskräftig ist l. 2 C. de servit. 3, 34 in Folge der Unsicherheit der Lesart „*rerum immobilium*“, an deren Stelle Krüger liest „*mobiliium*“.

6) l. 25 D. quaemadmodum serv. 8, 6, l. 7 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 19 D. de aqua cott. 43, 20. Der Erwerb einer Servitut durch Verjährung kann auch durch Besitzhandlungen begründet werden, welche der Prätendent der Servitut in der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthumsrechtes an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat. Denn wie das R. O. Bd. 4 S. 137, Bd. 7 S. 148 zutreffend ausführt: die einschlägigen, die Servitutenerfizung betreffenden Quellenstellen verlangen nirgend etwas mehreres, als daß der Erfizende mit dem Willen von einem Rechte Gebrauch zu machen dasselbe ausgeübt hat, daß dies gerade mit dem Bewußtsein von der juristischen Natur dieses Rechtes geschah, ist irrelevant.

c) daß die Uebung während der gesammten Zeit dem Eigenthümer gegenüber weder vi<sup>7</sup> noch clam<sup>8</sup> noch precario war, also weder eine Usurpation noch einen Mißbrauch seiner Gefälligkeit enthielt.<sup>9</sup>

Die Quellen nehmen keine Art der Servituten von dieser Erfüzung aus. Es war daher nicht richtig, wenn viele neuere die unständigen,<sup>10</sup> andere die persönlichen, noch andere die negativen Servituten<sup>11</sup> ausschließen wollten.

Böskartige Streitfragen hat folgender Umstand erzeugt. Die ältere gemeinrechtliche Theorie stempelte die Requisite der Eigenthümerserfüzung zu generellen Voraussetzungen der erwerbenden Verjährung und wendete sie natürlich auch auf die Servitutenerfüzung an. Demgemäß forderte sie für die Servitutenerfüzung einen Titel, wie für die Erfüzung des Eigenthumes.

7) Auch außergerichtlicher Widerspruch des Eigenthümers genügt, um den Besitz des Nichtberechtigten zu einem gewaltsamen im Sinne des Erfüzungsrechtes zu machen. l. 2 C. de serv. 3, 34, R.G. Bd. 1 S. 104.

8) Ein besonderes Requisit der scientia des Eigenthümers giebt es nicht. Nur wird im Falle seiner Nichtkenntniß oft Ausübung clam vorhanden sein. Daraus erklärt sich l. 2 C. de servit. 3, 34 die Hervorhebung „eo sciente“.

9) Bestritten ist die Frage, ob Kläger anführen und beweisen müsse, daß er die Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise ausgeübt habe. Hierfür scheint die oben Anm. 3 abgedruckte l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5 zu sprechen. Vgl. Seckendorf im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 89 ff. Indessen kann nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast nur verlangt werden, „daß die vom Erfüzenden im Rechtsstreite nachgewiesenen Besitzeshandlungen nicht als gewalthätige, heimliche oder bittweise ausgeübte erscheinen, so zwar, daß, wenn dies nicht der Fall ist, der Beweis des Vorhandenseins dieser Besitzfehler vom Gegner im Gegen- oder Einredebeweis zu erbringen ist“. R.G. Bd. 1 S. 103.

10) Schon in der Glosse quaesiisti bei l. 2 C. de serv. 3, 34 und forte tot bei l. 10 D. si serv. vind. 8, 5 macht sich die Ansicht geltend, daß servitutes discontinuae nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnten. Dies war lange Zeit die herrschende Meinung; sie wurde vom Reichskammergericht adoptirt, Mynsinger, observat. cameral. cent. IV obs. 6 und 53, und in vielen Territorien observanzmäßig angewendet, siehe u. a. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 2 S. 116, Bd. 7 S. 266. Aber schon im vorigen Jahrhunderte fand sie entgegengesetzte Bekämpfung. Vor allem ist ihr in neuerer Zeit Savigny Bd. 4 S. 480 entgegengetreten. Man hat sich für die Ausschließung der Erfüzung bei serv. discontinuae vorzugsweise auf l. 3 § 4 D. de aqua cott. 43, 20 von Pomponius und die l. 26 D. de aqua pluvia 39, 3 von Scaevola berufen. Doch dort werden die servitutes „discontinuae“ nicht besonders ausgezeichnet, vielmehr wird für den Erwerb von Wasserleitungen unvordenkliche Verjährung für nöthig erklärt. Wir erklären dies daraus, daß zur Zeit der Abfassung dieser Stellen die Servitutenerfüzung noch keine allgemeine Anerkennung hatte, so daß die Unvordenklichkeit allein Schutz bot. Andere Auffassungen hat Savigny a. a. D. Wie dem aber auch sei, keinesfalls beweisen die Stellen dafür, daß unständige Servituten der Servitutenerfüzung entzogen sind. Dies bringt das R.G. Bd. 4 S. 210 selbst für gemeinrechtliche Territorien zur Geltung, in welchen ein entgegengesetzter Gerichtsgebrauch bestand.

11) So Bessel im Archiv für civ. Praxis Bd. 13 S. 410; dagegen Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 10.

Neuerdings sieht man hiervon ab, weil eben die Servitutenerfüllung besonderer Art ist.<sup>12</sup> Ferner wurde die Servitutenerfüllung bei usufapionsunfähigen, insbesondere bei fiskalischen Sachen ausgeschlossen und hierfür eine außerordentliche Erfüllung angenommen. Auch dies ist den Quellen fremd, doch hat die neuere Theorie und Praxis hieran überwiegend festgehalten.<sup>13</sup>

Bona fides endlich war nach römischem Rechte gleichfalls nicht erforderlich. Gemäß den recipirten kanonischen Grundsätzen muß sie aber vorhanden sein.

Die Unterbrechung der begonnenen Servitutenerfüllung geschieht, wenn der Besitzer anfängt vi, clam oder precario in der Ausübung der Servitut zu sein. Um deswillen tritt sie auch mit Erhebung der Klage seitens des Eigenthümers ein. Denn hierin liegt ein Verbot, welches die weitere Ausübung als gewaltthätig erscheinen läßt.

#### § 253. Richterspruch und Gesetz.

Durch den Richter können Servituten in Theilungsprozessen unmittelbar begründet werden.<sup>1</sup>

Der Richter kann ferner in Nothfällen zur Bestellung eines Weges gegen Entschädigung verurtheilen.<sup>2</sup> Vorausgesetzt ist, daß der ordnungsmäßige Gebrauch des Grundstückes des Klägers ohne einen derartigen Nothweg nicht möglich ist. Die Klage ist gegen den Eigenthümer eines Nachbargrundstückes, welches zum Wege tauglich ist, zu richten. Der Beklagte darf einwenden, daß ein anderer Nachbar durch den Weg weniger belästigt werde.

12) Einen Titel verlangt noch Muther a. a. O. § 13, vgl. dagegen Bangerow Bd. 1 § 352 Anm. 766, Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 7. Auch das R.G. Bd. 4 S. 137 fordert keinen Titel.

13) Die gemeine Meinung theilen u. a. Bangerow Bd. 1 § 352 Ziff. 5 und Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 9, neuerdings R.G. Bd. 6 S. 232, dagegen ist Puchta § 188 Anm. m, Brinz Bd. 1 S. 793. Der Hauptgrund der gemeinen Meinung ist, daß nicht abzusehen sei, warum dem Fiskus gegenüber das Eigenthum nur durch außerordentliche Erfüllung erworben werden könne, eine das Eigenthum mehr oder weniger erschöpfende Servitut dagegen nur den gewöhnlichen Zeitraum erfordern solle. Allein es handelt sich nicht um ein einheitliches Erfüllungsinstitut, sondern um Institute, die eine historisch getrennte Entwicklung haben und nicht immer parallel laufen.

1) 1. 6 § 1 D. de usufructu 7. 1, 1. 16 §§ 1 und 2, 1. 22 § 3 D. fam. erc. 10, 2. Vgl. 1. 18 D. comm. div. 10, 3. Siehe auch oben § 218.

2) Das römische Recht ließ nur im religiösen Interesse den Zwang zur Einräumung eines Weges nach sonst unzugänglichen Begräbnisstätten zu, 1. 12 pr. D. de religiosis 11, 7. In älteren deutschen Quellen dagegen wird mehrfach ein Anspruch auf einen Nothweg anerkannt, vorzugsweise wohl veranlaßt durch das Durcheinanderliegen der Grundstücke der Dorfbewohner, vgl. Kraut, Grundriß § 98 n. 13 ff. Es wurde hieraus im Anschluß an die römische Bestimmung eine gemeine Gewohnheit. Ueber das einzelne vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 1 § 297.

Von Rechtswegen entsteht in Folge familienrechtlicher Beziehungen in mehreren Fällen ein — f. g. gesetzlicher — Nießbrauch.

### § 254. Untergang der Servituten.

Die Servituten gehen unter durch Wegfallen ihrer Existenzbedingungen, durch Verzicht und durch Nichtgebrauch.

1. Sie endigen:

a) wenn die dienende Sache untergeht oder zur Servitut unfähig wird, sei es rechtlich, indem sie extra commercium tritt,<sup>1</sup> sei es thatsächlich, indem sie die natürlichen Eigenschaften verliert, auf welche sich die Servitut gründete, — es versiegt z. B. die Quelle für immer, aus welcher die Wasserleitung zu Gunsten eines Nachbargrundstückes gespeist wurde.<sup>2</sup>

Der Nießbrauch insbesondere erlischt in Folge erheblicher Veränderung der dienenden Sache, durch welche die bisherige Art der Nutzung unmöglich wird. Demnach endigt Zerstörung des Nießbrauchshauses durch Brand oder Zusammensturz oder Abtragung den Nießbrauch; derselbe erhält sich nicht an der Grundfläche. Ebenso macht die Errichtung eines Miethhauses auf dem Gartengrundstücke dem Nießbrauche an diesem ein Ende.<sup>3</sup>

Für den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen gilt dies nicht.<sup>4</sup>

b) Die Prädialservitut endigt ferner, wenn das herrschende Grundstück untergeht, z. B. durch Abspülung, Erdschlupf.

1) Vgl. l. 17 pr. D. de usu fructu 7, 1. Die Servitut geht übrigens nach gemeinem Rechte nur dann nothwendig unter, wenn sie im Widerspruch mit der öffentlichen Bestimmung der Sache steht.

2) l. 24 pr. § 1 D. quib. mod. us. am. 7, 4.

3) Es war altes Princip, „rei mutatione interire usum fructum“. l. 5 § 2 D. quib. mod. us. am. 7, 4. Mit der späteren Entwicklung des Ususfructs steht dasselbe aber nicht mehr im Einklang. Jenes Princip beruhte auf der Anschauung, daß dem Nießbraucher für seine Person die spezifische Nutzung, welche gerade die Nießbrauchssache abwirft, eingeräumt werden solle. Nach der Weiterentwicklung des Nießbrauchsinstitutes bezweckt dasselbe aber dem Nießbraucher den pekuniären Ertrag eines Werthstückes zu sichern. Nur dieser Gedanke erklärt die Zulässigkeit der Veräußerung der Ausübung des Nießbrauches. Er muß folgerichtig dahin führen, von der Veränderung der Benutzungsweise abzusehen, wenn nur die Sache dieselbe bleibt. Uebrigens läuft die Unterscheidung der römischen Juristen zwischen „erheblicher“ Veränderung, die den Nießbrauch endet, und „unerheblicher“, die ihn bestehen läßt, in Willkür aus. Verwandlung eines Waldes in einen Acker soll erheblich, Verwandlung eines Weinberges in Getreidefeld unerheblich sein, l. 6 — l. 12 D. q. m. u. a. 7, 4. — Ging die erhebliche Veränderung vom Proprietar aus, so wird er „ex testamento“ oder „de dolo“ zur Entschädigung des Nießbrauchers verpflichtet.

4) l. 34 § 2 D. de usu fructu 7, 2.

Dem Nießbrauche steckt der Tod des Nießbrauchers das Ziel. Doch können die Erben aufs neue zum Nießbrauche berufen sein.<sup>5</sup>

Der Nießbrauch zu Gunsten einer juristischen Person geht mit dieser unter;<sup>6</sup> er läuft ferner mit 100 Jahren ab.<sup>7</sup> Das längste menschliche Lebensalter sollte seine Grenze sein, damit nicht eine mit den Grundgedanken des Institutes unvereinbare beständige Entwerthung der Proprietät eintrete. Seit die erbliche Bestellung des Nießbrauches zulässig wurde, ist folgerichtig auch die dauernde Einräumung des Nießbrauches zu Gunsten einer juristischen Person durch besondere Willensbestimmung nicht mehr unmöglich.<sup>8</sup>

c) Durch Konsolidation erlischt der Nießbrauch, wenn der Nießbraucher das Eigenthum aus einem unwiderruflichen Grunde erwirbt,<sup>9</sup> durch Konfusion die Prädiälservitut, wenn das Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstückes in eine Hand kommt.<sup>10 11</sup> Die durch Konfusion erloschene Servitut lebt im Falle einer späteren Entäußerung eines der Grundstücke nicht wieder auf. Nur Neubestellung der früheren Servitut ist in diesem Falle möglich.<sup>12</sup>

2. Verzicht seitens des Berechtigten beendet die Servitut. Er kann einseitig sein — Dereliktion —, bedarf also nicht der Annahme seitens des Eigenthümers.<sup>13</sup> Auch stillschweigender Verzicht genügt, er

5) Vgl. oben § 246 Anm. 4.

6) l. 21 D. q. m. u. a. 7, 4.

7) l. 56 D. de usu fructu 7. l. Gajus libro 17 ed edictum provinciale: An usufructus nomine actio municipibus dari debeat: quaesitum est: periculum enim videbatur, ne perpetuus fieret . . . qua ratione proprietates inutilis esset futura semper abscedente usufructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipales: et placuit centum annos tuendos esse municipales. quia is finis vitae longaevis hominis est.

8) So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 8 und dort citirte.

9) § 3 J. de usu fructu 2, 4. Finitur autem usus fructus . . . si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Vgl. l. 17 D. q. a. m. u. a. 7, 4, l. 35 D. de bonis libert. 38, 2.

10) l. 1 D. quemadmodum serv. an. 8, 6. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Servitutes praediorum confunduntur. si idem utriusque praedii dominus esse cooperit. Ueber den Satz: servitus per partes retinetur vgl. oben § 241 Anm. 5.

11) Die Servitut lebt wieder auf, wenn der Eigenthümerwerb rückwärts hin rescindirt wird, l. 57 D. de usu fructu 7. l. vgl. l. 7 pr. D. de fundo dotali 23, 5. Auch eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Servitut kann eintreten.

12) l. 30 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2. Ueber die j. g. Relativität der Konsolidation und Konfusion vgl. unter § 273 Anm. 3.

13) Ob einseitiger Verzicht genügt, oder ob es der Annahme des Verzichtes seitens des Proprietars bedarf, ist bestritten. Die Frage ist besonders wichtig für den Usufrukt, welcher mit Lasten verknüpft sein kann, die den zeitigen Ertrag übersteigen, so daß es im Interesse des Proprietars liegen mag, den Verzicht auf den Usufrukt zur Zeit nicht anzunehmen. Nach altem römischen Rechte bedurfte es der

liegt unter anderem in der Zustimmung des Servitutberechtigten zu solchen Veränderungen der dienenden Sache, welche die fernere Ausübung der Servitut dauernd unmöglich machen.<sup>14</sup>

3. Endlich gehen die Servituten durch Nichtgebrauch — non-usus — unter.

Personalservituten<sup>15</sup> und Felddienstbarkeiten<sup>16</sup> endigen in Folge bloßen Nichtgebrauchs — eine besondere Art der erlöschenden Verjährung. Gebrauch heißt hier nicht Thätigkeit; ein entsprechender Zustand gilt vielmehr als Gebrauch, z. B. das stetige Fortfließen des Wassers in der Wasserleitung.<sup>17</sup> Der Servitutberechtigte muß nicht persönlich handeln, der Ususfruct erhält sich auch durch die Ausübung seitens eines Pächters, Käufers, Geschenknehmers,<sup>18</sup> die Prädialservitut ferner durch die Benutzung für das herrschende Grundstück, geschehe sie nun durch die Familie und das Gefinde seines Eigentümers oder durch Dritte und selbst durch einen bösgläubigen Grundstücksbefitzer.<sup>19</sup> 20

in *jure cessione* an den Proprietar, damit die Servitut untergehe, also seiner Mitwirkung, doch ist zu beachten, daß ein Theil der römischen Juristen den Untergang auch im Fall der in *jure cessione* an einen extraneus eintreten ließ, so daß sich der Servitutberechtigte nach ihrer Ansicht von der Servitut ohne Mitwirkung des Proprietars losmachen konnte, vgl. oben § 246 Anm. 5. Im justinianischen Rechte ist nur noch von *cedere usum fructum domino proprietatis* oder *concedere* die Rede, § 3 J. de usu fructu 2, 4, vgl. l. 21 D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 20 D. de serv. pr. rust. 8, 3, l. 17 D. comm. praed. 8, 4. Die Annahme dieser Concession seitens des Proprietars wird aber nicht gefordert. Die l. 64 und l. 65 D. de usu fructu 7, 1 behandeln das „*derelinquere usum fructum*“ als rechtsbeständig. Es genügt also einseitiges Aufgeben des Nießbrauches zu seiner Beendigung. Anders Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 11.

14) l. 8 D. quemadm. serv. 8, 6. Paulus libro 15 ad Plautium: Si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus viae. Die Verstattung kann auch im bloßen Dulden der Anlage liegen. Aber nicht jedes Wissen von der Anlage ohne Widerspruch ist Verstattung.

15) § 3 J. de usu fructu 2, 4, l. 25 D. quemadm. serv. 7, 4.

16) l. 6 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

17) l. 12 D. quemadm. serv. 8, 6.

18) In l. 38 und l. 39 D. de usu fructu 7, 1 behaupten Gajus und Marcianus, den Ususfruct über auch aus, wer seine Ausübung verkauft habe „quia, qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur“. Dies ist sehr gekünstelt. Ulpian in der l. 29 pr. § 1 quemadm. serv. 7, 4 huldigte dieser Ansicht mit Recht nicht.

19) l. 20 ff. D. quemadm. serv. 8, 6.

20) Die Servitut geht unter, wenn die Ausübung auf eine Servitut anderer Art ging, l. 10 § 1, l. 11 pr., l. 17, l. 18 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6, nicht wenn sie weiter reichte, l. 11 pr. D. cit. Theilweise Ausübung genügt zur Erhaltung des vollen Rechtes, wenn man dies und nicht etwa bloß ein vermeintes anderes Recht ausüben wollte, l. 20 D. quemadm. serv. 7, 4, l. 2, l. 8, l. 9 D. quemadm. serv. 8, 6.

Aus welchem Grunde die Ausübung unterblieb, kommt nicht in Betracht; die Servitut erlischt daher, auch wenn ihrer Benutzung unübersteigliche Hindernisse entgegenstanden; doch findet in solchen Fällen Restitution statt.<sup>21</sup>

Zur Beendigung der Gebäudeervituten genügt bloßer Nichtgebrauch nicht; vielmehr muß *usucapio libertatis* hinzukommen, d. h. es ist nothwendig, daß sich der Besizer des dienenden Grundstückes während der Verjährungszeit in dem Besitze des entgegengesetzten Zustandes befand.<sup>22 23</sup> Dieser Zustand darf nicht auf präferistischer Verstattung beruhen,<sup>24</sup> denn hierin liegt Bethätigung des Rechtes seitens des Koncedirenden, nicht dessen Vernachlässigung. Dagegen ist für die *usucapio libertatis* weder Titel noch guter Glaube erfordert. Selbst Gewalt und Heimlichkeit steht ihr nicht entgegen. Denn im Grunde handelt es sich um Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch, welcher hier nur die besondere Form der Duldung der Erziehung des entgegengesetzten Zustandes haben muß.<sup>25</sup>

Die Verjährungszeit bilden 10 Jahre unter Gegenwärtigen und 20 Jahre unter Abwesenden.<sup>26</sup>

21) l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8, 6, l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

22) l. 6 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Haec autem jura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiat, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitatem. item si tigni immissi aedes tuae servitatem debent et ego exemero tignum. ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet. Wirth, die libertatis usucapio 1854.

23) Unter serv. pr. urbanorum sind hier diejenigen zu verstehen, welche regelrecht als solche klassifiziert werden; vgl. oben § 239. Die *usucapio libertatis* ist auf Gebäudeervituten beschränkt. Sie kann nicht etwa bei Rustikalservituten gefordert werden, die in ähnlicher Weise einen dauernden Zustand des dienenden Grundstückes begründen, die z. B. das Recht geben, eine feste, haufsrte Straße oder einen Stall zur Aufnahme des weidewerthigen Viehes zu haben. Vgl. jedoch Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 2.

24) l. 32 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2, l. 17 D. communia praediorum 8, 4.

25) Brinz Bd. 1 S. 796, dagegen Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 9 und 10.

26) Nach älterem Rechte erloschen Servituten durch Nichtgebrauch an Mobilien in einem Jahre, an Immobilien in 2 Jahren, l. 13 C. de servit. 3, 34. Justinian hat die Zeit der *longi temporis praescriptio* eingeführt, also 10 Jahre *inter praesentes*, 20 Jahre *inter absentes*. Er hat sich hierbei zum Theil unpräcis ausgedrückt, was Veranlassung zu zahlreichen, höchst unerquicklichen Streitfragen gegeben hat. Zunächst beschäftigt er sich in der l. 16 C. de usu fructu 3, 33 mit dem Untergang

## Fünftes Kapitel.

## Rechtsmittel des Servitutenrechtes.

## § 255. Die actio confessoria.

Um der Servituten willen bestehen zwei Kategorien von Klagen, nämlich die actiones confessoriae wegen behaupteter und die actiones negatoriae gegen angemachte Servituten.

Die actio confessoria ist der rei vindicatio verwandt.<sup>1</sup> Aber es handelt sich nicht wie bei der Eigenthumsklage bloß um Herausgabe des Besitzes; denn der Servitutenbesitz giebt dem Besitzer keineswegs eine so feste Stellung wie der Eigenthumsbesitz. Die confessoria bezweckt vielmehr Sicherung der Ausübung des eingeklagten Servitutenrechtes.<sup>2</sup> Daher steht sie dem besitzenden, wie dem

des Nussfructs durch ein- bez. zweijährigen non usus, hebt denselben auf, endigt aber damit, daß dem Nussfruct doch eine 10- oder 20jährige praescriptio entgegengesetzt werden könne. Hiernach nehmen manche an, daß der Nießbrauch nicht mehr durch Nichtgebrauch, sondern nur durch Ersetzung der Freiheit, welche seitens des Präskribenten Besitz und etwa auch bona fides verlangen würde, verloren gehe. Justinian aber wollte bloß die Zeit verändern, nicht auch die juristische Konstruktion des Verjährungsinstitutes. Dies beweist l. 13 C. de servit. 3, 34 vom Jahre 531, wo Justinian erklärt, was vom Nussfruct gelte, solle hinfort auch bei allen anderen Servituten eintreten, „ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, . . . sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatium contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis differentiis explosis“. Hieraus wollen nun wiederum manche schließen, daß die alte usucapio libertatis bezüglich der Urbanalservituten abgeschafft sei und alle Servituten durch bloßen non usus untergingen; dies ist ebenfalls verfehlt. Justinian wollte auch hier nur die Zeit gleich machen, nichts anderes. Dies geht namentlich daraus hervor, daß in die Pandekten das alte Recht, soweit es sich um den usus und die usucapio libertatis handelt, unverändert aufgenommen wurde. Hierüber sind die neueren Schriftsteller einig, siehe Vangerow Bd. 1 § 357, Arndts § 134 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 2.

1) Nicht eine allgemeine confessoria actio für alle Arten von Servituten war im prätorischen Album aufgestellt. Vielmehr waren besondere Klageformeln für den Nießbrauch, für Wegrechte, Wasserleitungen und bestimmte Urbanalservituten proponirt, vgl. Lenel, edictum S. 148.

2) Die actiones confessoriae waren zweifelsohne arbitrariae. Aber sie enthielten nicht wie die Eigenthumsklage den Zusatz, nisi ea res arbitrio tuo restituetur, vgl. l. 19 in fine D. de her. pet. 5, 3. Vielmehr ging beim Nussfruct das richterliche Gutfinden dahin, ob Beklagter „patitur uti frui“, im Verneinungsfalle erfolgte Geldfondemnation, l. 1 pr., l. 5 § 6 D. si ususfr. pet. 7, 6. In ähnlicher Weise war auch ohne Zweifel bei den actiones confessoriae wegen Prädialservituten, die ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent — l. 2 pr. D. si serv. vid. 8, 5 — abgefaßt waren, die Ermächtigung zum Zwischenbescheide gefaßt. Andere Auffassungen hat Lenel a. a. O. Er nimmt in die actio confessoria wegen des Nussfructs eine Klausel auf „neque ea res restituetur“, wofür

nichtbesitzenden Servitutberechtigten zu.<sup>3</sup> Hiernach gestaltet sich das einzelne folgender Art.

1. Kläger ist der Servitutberechtigte.

Den Nutzfrucht einklagen kann wie der ursprüngliche Nießbraucher, so auch wenn die Ausübung veräußert ist.<sup>4</sup>

Die Einklagung von Prädialservituten gebührt dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, als dem Servitutberechtigten.<sup>5</sup> Jeder Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes ist selbständig servitutberechtigt und um deswillen selbständig zur Klage legitimirt.<sup>6</sup> Siegt er und fügt sich der Beklagte, so kommt dies auch den übrigen Miteigenthümern zu gute, unterliegt er, so schadet die Niederlage den übrigen nicht.<sup>7</sup>

Superficiare, Emphyteuta, Pfandgläubiger sind gleichfalls zur Einklagung der Prädialservituten des Grundstückes legitimirt, an welchem sie ein dingliches Recht haben.<sup>8</sup> Der Nießbraucher ist hierzu befugt, soweit er durch Beeinträchtigung der Ser-

die von ihm angezogene l. 5 § 4<sup>a</sup> D. si usus fr. pet. 7, 6 nur eine gebrechliche Stütze giebt, und er will bei den anderen actiones confessoriae mit der einfachen Geldcondemnation auskommen, was aus sachlichen und historischen Gründen unannehmbar ist.

3) l. 5 § 5 D. si usus fructus pet. 7, 6.

4) Vgl. oben § 246 Anm. 7.

5) l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5, „nulli alii quam domino fundi competit“.

6) l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5, l. 6 § 4 D. eod., l. 1 § 5 D. de arbor. caed. 43, 27.

7) Hat das Urtheil im Prozesse mit einem der Miteigenthümer Rechtskraft für und gegen die anderen Miteigenthümer, welche am Prozesse keinen Theil hatten? Dies behauptet man meist. So namentlich Savigny Bd. 6 S. 479. Hierin läge aber eine nicht zu billigende Singularität, welche durch die Quellen nicht erhärtet wird. l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 führt aus, daß der Sieg eines von mehreren Miteigenthümern eines Grundstückes im Streite um eine Prädialservitut den übrigen Miteigenthümern zu gute komme, wenn sich der Beklagte dem Servitutenrechte fügt. Dies ist nothwendige Folge. Aber wenn es zur Geldverurteilung kommt, kann, wie die Stelle gleichfalls entscheidet, der Kläger doch nur sein persönliches Interesse liquidiren. Hieraus ergibt sich, daß die Klagen der übrigen Miteigenthümer intact bleiben, so daß sie ihre Ansprüche noch geltend machen können. Keinesfalls kann das dem klagenden Miteigenthümer ungünstige Urtheil den Miteigenthümern schaden. Wie sollte ihr Recht durch die Prozeßführung Dritter vernichtet werden. Die hierfür angeführte l. 19 D. si serv. vind. 8, 5 Marcianus libro 5 regularum bezeugt dies nicht. Si de communi servitute quis bene quidem debere intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus scripsit idque ait Sabino placuisse. Nachlässige Prozeßführung des einen präjudicirt hiernach den anderen nicht. In dem Schlußsatz möchte an den Fall gedacht sein, in welchem, während der eine Miteigenthümer die Klage mit der Absicht des Verrathes anstellte, die Servitut durch non usus unterging. Er harmonirt, wie er jetzt vorliegt, nicht mit dem Vorderjaf.

8) l. 16 D. de servit. 8, 1, l. 3 § 3, l. 9 D. de o. n. nunt. 39, 1.

vitut in seinem Nießbrauche geschädigt ist.<sup>9</sup> Gemeinrechtlich ist auch die Berechtigung des publicianischen Besitzers zur Geltendmachung der Servituten des von ihm besessenen Grundstückes anerkannt.<sup>10</sup>

Wer die Servitut von einem publicianischen Besitzer oder einem Emphyteuta oder einem Superficiar des dienenden Grundstückes erwarb, hat eine Klage gegen alle, denen diese seine Autoren unterlegen wären.<sup>11</sup>

2. Beklagt werden kann, wer sich zu der Servitut in Gegensatz setzt, wer sie stört oder bedroht. Dieser Gegensatz kann ein thätlicher oder ein wörtlicher, er kann ein totaler oder ein bloß partieller sein. Die Opposition muß sich aber gegen die Servitut selbst richten, nicht bloß gegen die Person des Servitutberechtigten, mit anderen Worten, die Servitut muß als solche in Frage gestellt, es darf nicht bloß eine persönliche Verletzung beabsichtigt sein.

Unter diesen Voraussetzungen sind belangbar Eigenthümer, Besitzer und bloße Detentoren des dienenden Grundstückes, wie auch andere Personen, z. B. wer eine kollidirende Servitut in Anspruch nimmt.<sup>12</sup>

Besitzer in fremdem Namen haben das Recht der *nominatio auctoris*.<sup>13</sup>

Auch f. g. *ficti possessores* sind haftbar.<sup>14 15</sup>

9) Die herrschende Ansicht der römischen Juristen formulirt l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro 8 apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui. Dagegen verstattete Julian dem Usufructuar die Vindication der an das Nießbrauchgrundstück geknüpften Realservituten, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25. Ueber die praktische Tragweite dieser Kontroverse vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 389.

10) Dem römischen Rechte ist dieser Satz noch fremd, er beruht auf einer gemeinrechtlichen Weiterentwicklung. Sie geht auf die Glosse zurück l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 gl. potest, vgl. Glück Bd. 10 S. 288 Anm. 10, Zhering, Abhandlungen S. 107, Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 7.

11) Siehe oben § 251 Anm. 5.

12) l. 10 § 1 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam (non) ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri poterit. — Anders steht es bei der servitus oneris ferendi l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 haec actio non alii competit quam domino aedium et adversus dominum.

13) Oben § 225 Ziff. 2.

14) Oben § 225, l. 6 D. si usus fructus pet. 7, 6.

15) Kläger hat die Existenz der Servitut und bei Prädialservituten seine Aktivlegitimation zu beweisen. Ebenso liegt ihm der Nachweis der Passivlegitimation des Beklagten ob.

3. Klagzweck ist Anerkennung und Sicherung der eingeklagten Servitut. Je nach Bedürfniß schließt sich eine Verurtheilung zur Herstellung des der Servitut gemäßen Zustandes an, z. B. durch Einräumung des Besitzes, durch Wegräumung von hindernden Anlagen.<sup>16</sup> Insbesondere ist künftigen Störungen zu begegnen. In Rom geschah dies regelmäßig durch Auflage einer f. g. cautio de non turbando.<sup>17</sup> Gemeinrechtlich begnügt man sich in der Regel mit richterlichem Verbot unter Androhung einer Strafe, und nöthigt zur Kautionstellung nur, wenn sie aus besonderen Gründen nöthig erscheint.<sup>18</sup>

Auch wegen der dem Kläger entgangenen Nutzungen hat dieser Ansprüche. Sie richten sich nach den bei der Eigenthumsklage entwickelten Grundsätzen, so daß zwischen dem bösgläubigen und dem gutgläubigen Beklagten zu unterscheiden ist. In entsprechender Weise ist sonstiger Schadensersatz zu gewähren.<sup>19</sup>

### § 256. Die actio negatoria.

Die actio negatoria ist das Gegenstück der actio confessoria.<sup>1</sup> Zahlreiche Einzelheiten entsprechen sich in beiden Klagen. In ihrem tieferen Grunde sind sie jedoch wesentlich verschieden. Denn die actio negatoria ist nach ihrem Grundcharakter eine Klage aus dem Eigenthume und hat die Vertheidigung des Eigenthumes zum Ziele.<sup>2</sup>

Nach römischem Rechte diente die actio negatoria nur der Abwehr angemessener Servituten.<sup>3 4</sup> Dies beruhte zum Theil auf ihrer

16) Die Beseitigung geschieht auf Kosten des Beklagten, wenn diesen eine Schuld an der Anlage traf, sonst auf Kosten des Klägers, arg. l. 6 § 7 D. de aqua 39, 3, oben § 232 Anm. 26.

17) Vgl. l. 7 D. si serv. vind. 8, 5.

18) C.P.D. § 775 insbesondere Absatz 3.

19) Im römischen Rechte war diese Seite der confessoria wenig entwickelt, Ihering, das Schuldmoment S. 26 Anm. 42<sup>a</sup>; vgl. jedoch l. 5 § 3 D. si usus fructus pet. 7, 6, l. 4 § 2, l. 6 § 6, D. si serv. vind. 8, 5, l. 5 C. de serv. 3, 34.

1) Daher lautet Tit. Dig. 7, 6 si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur und Tit. Dig. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Vgl. Hesse, die Negatorienklage in Iherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 4.

2) Derzeit wird die actio negatoria meist unter den Eigenthumsklagen abgehandelt. Windscheid Bd. 1 § 198 spricht von „Eigenthumsklage wegen Eingriffs“. Die Darstellung neben der a. confessoria rechtfertigt sich historisch und aus Zweckmäßigkeitsgründen.

3) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . . tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

4) Im prätorischen Album war nicht eine allgemeine actio negatoria aufgestellt, vielmehr bestanden specielle actiones negatoriae gegen die Annahmung des Usus

geschichtlichen Entwicklung, da sie sich an die actio confessoria anlehnte. Es trat aber auch später in Rom ein dringendes Bedürfnis zur Erweiterung der Klage über ihre ursprünglichen Grenzen nicht ein.<sup>5</sup> Nach gemeinem Rechte dagegen ist die actio negatoria weiter ausgedehnt und der Abwehr jeder angemessenen Eigenthumsbeschränkung bestimmt. Demzufolge kann der Eigenthümer heutzutage negatorisch klagen, wenn eine Hypothek im Grundbuche eingetragen ist, deren Rechtsgültigkeit er nicht anerkennt und deren Löschung er fordert.

Immerhin ist der Normalfall die Abwehr einer Servitut. Für diesen Fall sind im folgenden die Rechtsgrundsätze zu entwickeln. Dieselben sind auf die anderen Klagefälle entsprechend anzuwenden.

1. Klagberechtigt ist der Eigenthümer der Sache, an welcher die Servitut in Anspruch genommen wird.<sup>6</sup>

Miteigenthümer haben gegenüber einem angemessenen Ueßfrucht getheilte Klage, da jeder nur die Freiheit seines ideellen Theiles von der Last des Nießbrauches zur Geltung bringen kann. Gegenüber der Annäzung einer Prädialservitut hat jeder der Miteigenthümer das Recht, die Freiheit des Grundstückes zu vertheidigen, da die Prädialservitut dasselbe entweder ungetheilt verhaftet oder nicht besteht.<sup>7</sup>

Zweifelsohne ist zur actio negatoria auch berechtigt der publicianische Besizer, ferner der Superficiar, Emphyteuta und der Pfandgläubiger.<sup>8</sup>

2. Die Klage ist gegen jeden begründet, der sich eine Servitut an der Sache des Klägers annäzt.

Es genügt wörtliche Inanspruchnahme der Servitut, auch wenn der

fruktus und bestimmter Prädialservituten. Lenel, edictum S. 148, oben § 255 Anm. 1. Die intentio der gewöhnlichen Formel lautete: si paret N° N° jus non esse per fundum illum ire agere invito A° A°. Streitig ist, ob außerdem eine actio „prohibitoria“ bestand mit der Formel si paret A° A° jus esse prohibendi. Das Nebeneinanderbestehen beider Formeln vertheidigte Zachariä in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 258 unter Berufung auf ein Scholium von Stephanos. Gegen die actio prohibitoria hat sich aber neuerdings Lenel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 1 romanistische Abtheilung S. 72 erklärt. Mag man indessen die Autorität von Stephanos noch so niedrig anschlagen, die actio prohibitoria scheint uns nach wie vor durch l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 5 — siehe unten Anm. 16 — und l. 11 D. si serv. vind. 8, 4 bewiesen zu sein. Die Frage hat übrigens keinerlei praktische Bedeutung.

5) Ueber die Frage, ob der Miteigenthümer gegen Miteigenthümer die actio negatoria anstellen konnte, vgl. oben § 196 Anm. 12.

6) l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 5.

7) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5.

8) Der Nießbraucher, welcher durch eine angemessene Servitut in seinem Nießbrauche gestört wird, klagt konfessorisch zur Erhaltung der Integrität seines Nießbrauches.

Versuch thätlicher Ausübung noch nicht geschah.<sup>9</sup> Es reicht andererseits thätliche Anmaßung einer Servitut aus, auch wenn man nicht ausdrücklich das Recht in Anspruch nimmt. Die Handlungen müssen darauf hinweisen, daß man sich dauernd wie ein dinglich an fremder Sache Berechtigter betragen will. Wer z. B. Früchte eines fremden Grundstückes stiehlt, ist nicht negatorisch zu belangen, wer sie wiederkehrend an sich nimmt, kann mit der *actio negatoria* beklagt werden.

3. Der Zweck der Klage ist Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes von der angemessenen Servitut.

Hieran schließt sich die Sicherung gegen weitere Störungen. Nach römischem Rechte wurde der Beklagte angehalten, eine *j. g. cautio de non turbando* zu stellen.<sup>10</sup> Im heutigen Rechte ist nach richterlichem Ermessen Strafe für weitere Störungen anzudrohen und nur in besonderen Fällen auch Sicherstellung anzuordnen.<sup>11</sup>

Der Beklagte hat auch Schadenserzatz zu leisten. Dabei sind die Grundsätze der Eigenthumsklage maßgebend. Selbst dann, wenn der Beklagte die angemessene Servitut noch nicht thatsächlich in Anspruch nahm, kann er schadenserzatzpflichtig werden, z. B. wenn der Kläger in Folge der dolösen Behauptung des Beklagten, daß ihm ein Wege-recht am Grundstücke des Klägers zustehe, am projektirten Verkaufe des Grundstückes an einen Baumeister gehindert wurde.<sup>12</sup>

4. Bezüglich der Beweislast bei der *actio negatoria* bestehen drei Meinungen:

a) Nach der einen Ansicht hat Kläger zu beweisen, daß die Servitut, welche der Beklagte in Anspruch nimmt, nicht bestehe.<sup>13</sup> Man stützt sich hierfür auf den allgemeinen Satz, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe. Diese Auffassung führt jedoch zu ganz

9) Dies ist herrschende, aber keineswegs unbestrittene Ansicht. Insbesondere verlangt Pesse a. a. D. S. 122 thatsächlichen Widerstand; vgl. hiergegen Arndts § 169 Anm. 3, arg. l. 14 pr. D. si serv. vind. 8, 5 „si nova velis immittere, prohiberi a me potes, ferner Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 9.

10) l. 12 D. si serv. vind. 8, 5. Javolenus libro 2 epistolarum: Egi jus illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.

11) C. P. D. § 775 Abf. 3.

12) Vgl. l. 4 § 2 D. si serv. 8, 5. Im römischen Rechte war freilich diese Funktion der *actio negatoria* wenig entwickelt. Daher half man sich je nach Umständen durch *cautio damni infecti*, siehe Burdhard bei Glück Buch 39 und 40 der Pandekten Bd. 2 S. 237 ff. Auch die *actio doli* konnte eingreifen.

13) Hierfür Du Roi im Archiv für civ. Praxis Bd. 40 n. 2, Pape in Lindes Zeitschrift Bd. 16 n. 6. Dort finden sich weitere Literaturangaben.

verkehrten Resultaten. Der Eigenthümer müßte hiernach jedem verwegenen Angriffe gegenüber, z. B. eines Dritten, der über sein Grundstück geht, erweisen, daß hinter dieser Anmaßung kein Recht stehe.

b) Manche unterscheiden, ob der Beklagte im Besitze der Servitut ist oder nicht.<sup>14</sup> Sie behaupten, wenn er im Besitze der Servitut sei, müsse Kläger die Nichtexistenz des Rechtes des Beklagten beweisen. Denn überall liege dem Kläger der Beweis ob, überall sonst sei der Besitzer vom Beweise frei. Nur wenn der Eigenthümer, trotzdem daß der Besitzstand der Freiheit für ihn sei, etwa um ein alsbaldiges Definitivum zu schaffen, anstatt sich im Besitze zu vertheidigen, sofort zur Negatoria greifen wolle, dann müsse man dem Beklagten die Beweislast aufbürden; der Umstand, daß der Eigenthümer Kläger sei, werde dann von der Thatsache, daß er Besitzer sei, überwogen.

c) Die derzeit herrschende<sup>15</sup> und richtige Meinung ist, daß Kläger nur zu beweisen hat, daß er Eigenthümer des Grundstückes ist, dessen Freiheit er in Anspruch nimmt, oder daß er sonst legitimirt ist, dasselbe zu vertreten. Er hat also nicht zu beweisen, daß die vom Beklagten angesprochene Servitut nicht existirt, mag dieser nun besitzen oder nicht. Denn wer sein Eigenthum nachgewiesen hat, hat damit auch sein Recht, jeden Dritten auszuschließen, dargethan. Es ist daher dessen Sache, zu seiner Vertheidigung ein Recht nachzuweisen, mit dem er das Eigenthum überwinden kann. Wie sollte auch die Nichtexistenz einer Servitut des Beklagten nachgewiesen werden? Welche Thatsachen sollte man hierfür anführen? Man versuche die thatsächliche Substanzirung und man wird finden, daß man ins Bodenlose geräth.<sup>16</sup>

14) Hauptvertreter ist neuerdings Brinz Bd. 1 S. 668.

15) Vgl. Vangerow Bd. 1 § 353 Anm. 2, Arndts § 169 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 15 und 16.

16) Die Quellen ergeben, daß der Kläger, welcher mit der actio negatoria auftritt, zu beweisen hat. Was er aber beweisen muß, darüber sprechen sich die Quellen nicht aus. Doch wird die hier vertretene Ansicht unterstützt durch l. 5 pr. D. si usus fructus petetur 7, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . quamquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi. quod si forte, qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarium jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Bezüglich anderer Stellen ist zu bemerken, daß der Besitz und die Beklagtenrolle nicht bloß für die Beweislast wichtig ist, sondern auch für die Frage des interimistischen Zustandes bis zur definitiven Entscheidung des petitorischen Rechtsstreites. Daher l. 8. § 3 D. si serv. vind. 8, 5: Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi debere ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat. Am bedenk-

§ 257. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes.<sup>1</sup>

Zu Gunsten des Servitutenbesitzes bestehen besondere possessoriſche Klagen. Sie entwickelten ſich in Rom nicht generell nach einer allgemeinen Idee, ſondern ſpeciell nach konkret hervortretenden Bedürfnissen. Daher hatten nicht alle Servituten possessoriſchen Schutz. Die einzelnen Interdikte ferner ſind nach der Verſchiedenheit des äußeren Habitus der Servituten verſchieden geartet.

1. Der Beſitz des Nießbrauchs ſowie anderer mit der Detention der dienenden Sache verbundener Perſonalſervituten wurde in Rom durch *interdictum uti possidetis*<sup>2</sup> und *i. unde vi utile*<sup>3</sup> nach Analogie des Sachbeſitzes geſichert. Gemeinrechtlich wendet man das *possessorium ordinarium* und die *Spolienklage* entſprechend an.

2. Folgende Interdikte knüpfen ſich an den Beſitz von Prädialſervituten.

a) Daß *i. de itinere actuque privato*<sup>4</sup> findet wegen ländlicher Wege ſtatt.<sup>5</sup> Vorausgeſetzt iſt Benutzung des Weges durch oder für den Kläger oder deſſen Autor im letzten Jahre vor der Klagerhebung<sup>6</sup>

liſtens iſt l. 15 D. de o. novi nunt. 39, 1: *Si prius quam aedificatum esset. ageretur jus vicino non esse aedes altius tollere nec res ab eo defenderetur. partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset jus sibi esse altius tollere. idemque e contrario, si cum quis agere vellet jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter. inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum. eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, puniatur. ut de jure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere. Daß auch hier feſtgeſtellt wird, daß der Kläger zu beweifen habe, nicht aber was er beweifen müſſe, iſt offenbar. Vgl. zu l. 15 cit. übrigens auch l. 7 D. de aqua cottidiana 43, 20, wo in beiden Gliedern zu ergänzen iſt „nec res defendatur, ſiehe Lenel, edictum S. 386.*

1) Heerwart, zur Lehre von der *quasipossessio* und den damit verbundenen possessoriſchen Rechtsmitteln in Linds Zeitſchrift Bd. 12 n. 6 und n. 9.

2) l. 4 D. uti possidetis 43, 17. fragm. Vat. § 90. Vgl. über die Faſſung deſ i. utile Lenel, edictum S. 381.

3) l. 3 § 13 ff. D. de vi 43, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: *Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet „si prohibeatur uti frui usufructu fundi“* fragm. Vat. § 91, Lenel, edictum S. 376.

4) Tit. Dig. de itinere actuque privato 43, 19. Albert, über den Beſitz unkörperlicher Sachen n. 1 1826, Althof, das *interdictum de itinere actuque privato* 1836, Pfeiffer, praktiſche Ausführungen Bd. 7 S. 463. Ueber das Interdiktsformular ſiehe l. 1 pr. D. h. t. und Lenel, edictum S. 383.

5) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 19.

6) l. 1 § 3 D. h. t. 43, 19. In Fällen einer Behinderung in der Benutzung des Weges während des letzten Jahres, welche *restitutio in integrum* rechtfertigt, wird auf das vorletzte Jahr geſehen, l. 1 §§ 9 und 10 D. h. t. 43, 19.

eine mäßige Zeit hindurch, und zwar nicht mit Gewalt oder heimlich gegen den Beklagten oder bittweise von ihm. Als mäßige Zeit wird Benutzung an 30 Tagen bezeichnet.<sup>7</sup> Doch begnügt sich die gemeinrechtliche Praxis auch mit weniger Tagen, wenn eine häufige Ausübung nicht thunlich war.<sup>8</sup> Die Klage fordert ferner Behinderung der Wegnutzung durch den Beklagten mittels Wort oder That.<sup>9</sup>

Ziel des Interdiktes ist Sicherung künftiger Wegnutzung durch Strafandrohung eventuell durch Kaution.<sup>10</sup> Ausbesserung des Weges kann man mit diesem Rechtsmittel nicht durchsetzen; dieser Anspruch verlangt Nachweis des Rechtes.<sup>11</sup>

b) das *i. de aqua cottidiana et aestiva*<sup>12</sup> ist für ländliche und städtische Wasserleitungen bestimmt.<sup>13</sup> Es genügt einmalige Leitung im letzten Jahre, die nicht gewaltsam, heimlich oder bittweise vom Beklagten war. Sie muß aber in gutem Glauben geschehen sein, um in das Gewicht zu fallen.<sup>14</sup>

7) l. 1 § 2 D. h. t. 43, 19. Ulpianus libro 70 ad edictum: Hoc interdicto praetor non inquit, utrum habuit jure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam XXX diebus. Nach der herrschenden Ansicht wird hier Benutzung des Weges an 30 Tagen des letzten Jahres gefordert. Dies entspricht den Sprachgesetzen. Nach einer anderen Auslegung wird nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre verlangt, so jedoch, daß bezügliche Handlungen mindestens 30 Tage von einander entfernt sind. So Althof a. a. D. S. 12 ff. und Vangerow Bd. 1 § 355 Anm. 1. Hierfür beruft man sich vorzugsweise auf innere Gründe. Denn nach der herrschenden Theorie ist der Beweis sehr schwierig, und in manchen Fällen ist eine Ausübung des Weges an 30 Tagen des Jahres nicht thunlich, z. B. beim Rechte auf Ernteführen über das Nachbargrundstück. Dies rechtfertigt, wie auch die Praxis thut, in den Fällen, in welchen die Ausübung an 30 Tagen nicht thunlich oder gar rechtlich unmöglich ist, von dieser Anforderung etwas nachzulassen, aber die Rechtsnorm an und für sich ist um deswillen nicht in Frage zu stellen.

8) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 122.

9) l. 3 §§ 3 und 5 D. h. t. 43, 19.

10) Vgl. l. 3 § 3 D. h. t. 43, 19.

11) In Rom bestand ein besonderes interdictum de itinere reficiendo. l. 3 §§ 13 ff., l. 4, l. 5 pr. § 1 D. h. t. 43, 19. Dasselbe war aber nicht possessoriisch, setzte vielmehr außer der letztjährigen Benutzung des Weges den Nachweis des rechtlichen Bestehens der Servitut voraus. Das Interdikt muß einer Zeit angehören, in der man mit der actio confessoria noch nicht die Bornahme der Wegbesserung erzwingen konnte, weil dieselbe nicht direkt den Inhalt der Servitut bildete. Seit sich dies änderte und dazu die Vortheile des Interdiktenprozesses wegfielen, fehlt dem *i. de itinere reficiendo* jede praktische Bedeutung.

12) Tit. Dig. de aqua cottidiana et aestiva 43, 20.

13) l. 1 § 13 D. h. t. 43, 20.

14) l. 1 § 10 und 19 D. h. t. 43, 20.

Wiederherstellung und Reinigung der Leitungen kann, gestützt auf derartige leztjährige Benutzung, gleichfalls beansprucht werden.<sup>15</sup>

Behufß Wassererschöpfens und der Viehtränke bestehen entsprechende Klagen.<sup>16</sup>

c) Die Anlage einer Kloake, die aus unserem Gebäude oder Plage über ein fremdes Grundstück führt, rechtfertigt für sich allein die Klage auf Verstattung ihrer Wiederherstellung und Reinigung.<sup>17</sup> Es kann nicht einmal eine Einrede daraus entnommen werden, daß Kläger die Kloake gewaltsam oder heimlich oder bittweise benutzt hat, denn das öffentliche Wohl fordert die Reinigung derselben.<sup>18</sup>

3. Servituten, welche sich in der äußeren Gestalt des herrschenden Grundstückes verkörpern, wie namentlich die Servituten des Einbaues und Ueberbaues, bedürfen besonderen Besitzeschutz nicht. Denn ihre Verletzung ist zugleich Störung des Besitzes der herrschenden Sache. In Folge dessen stehen diesen Servituten die possessoriischen Rechtsmittel und die Spolienklage zu Gunsten des Sachbesitzes zu Gebote.<sup>19</sup>

4. Der Besitz negativer Servituten, z. B. einer Aussichtsgerechtigkeit, hatte im römischen Rechte keinen possessoriischen Schutz.<sup>20</sup> Einen Ersatz gewährte das *interdictum quod vi aut clam*.<sup>21</sup>

Die gemeinrechtliche Praxis schützt den Rechtsbeiz generell durch Possessorium und Spolienklage.<sup>22</sup> In Folge dessen hat jeder Servitutenbesitz possessoriischen Schutz; auch wenn er desselben

15) l. 1 pr. ff. D. de rivis 43, 21.

16) Es bestanden i. de fonte und de fonte reficiendo, siehe l. un. D. de fonte 43, 22.

17) l. 1 pr. § 8 D. de cloacis 43, 23.

18) l. 1 § 7 D. eod.

19) l. 20 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. l. 32 § 1 D. eod.

20) Der Besitz negativer Servituten wird nicht schon durch das Vorhandensein des entsprechenden Zustandes in Verbindung mit dem Willen dessen begründet, der daraus Vortheil zieht, sich die Verkümmernng nicht gefallen zu lassen. Wer sich z. B. einer freien Aussicht über die Nachbargrundstücke erfreut, kann sich zweifellos nicht durch seinen Entschluß ohne weiteres zum Besitzer einer Aussichtsgerechtigkeit machen, wie Hölder im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 113 ff. mit Zug bemerkt. Der Besitz derartiger Servituten verlangt vielmehr einen erkennbaren Kausalzusammenhang zwischen dem Bestehen des betreffenden Zustandes und dem Willen des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes. Dieses Kausalitätsverhältniß kann durch ein Verbot des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes hergestellt werden, dem sich der andere Theil fügt, oder auch durch einen Vertrag, welcher den Zustand sichern soll. So mit Recht Voffert, Servitutenbesitz S. 25.

21) l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5, oben § 232 Anm. 21.

22) Oben § 189 Anm. 8.

nach römischem Rechte entbehrte. Die possessoriſchen Rechtsmittel des römischen Rechtes für einzelne Arten von Servituten haben in ihrem besonderen Gebiete jedoch ihre Geltung behauptet.<sup>23</sup>

## Vierter Abschnitt.

### Superficies und Emphyteusis.

#### § 258. Entwicklung von Superficies und Emphyteusis.

Superficies und Emphyteusis, die vererblichen und veräußerlichen dinglichen Rechte zu dauernder Benutzung fremden Bodens für ein Gebäude und behufs der Landkultur, haben ihre Wurzeln auf publicistischen Gebiete.<sup>1</sup> In Folge dessen konnte man für sie juristische Konstruktionen verwerthen, welche das römische Privatrecht ursprünglich nicht zuließ.

Es handelte sich darum, Staats- und Gemeinland und kaiserliche Domanalgüter besser zu kultiviren, als dies durch fiskalische Selbstbewirthschaftung oder mittels Zeitpacht möglich war, zudem kapitalarme Bevölkerungsklassen in eine ähnliche Stellung wie Grundeigentümer zu bringen, dennoch aber die ihnen überlassenen Besitzthümer dem Gemeinwesen nicht ganz zu entfremden, dem öffentlichen Schatze vielmehr durch einen Bodenzins eine stetige gleichmäßige Rente zu sichern.

Zuerst bildete sich die Superficies aus.<sup>2</sup> Alten Rechtens ist das *interdictum de superficibus* des Superficiars, welcher ein Gebäuderecht auf Grund eines Erbpachtes hatte.<sup>3</sup> Das Interdikt war

23) Die neueren Romanisten lehren meist, die römischen Interdikte zum Schutze des Besitzes bestimmter Servituten seien analog auf solche Servituten anzuwenden, die des possessoriſchen Schutzes in Rom entbehrten, aber derzeit wegen ihrer größeren Wichtigkeit solchen in Anspruch nähmen. Insbesondere will Puchta, Pand. § 139 bei Servituten, deren Ausübung in bloßen Handlungen bestehe, die Grundsätze des *interdictum de itinere*, bei solchen, deren Ausübung nicht ohne besondere umständlichere Verrichtung möglich sei, die des *interdictum de aqua* angewendet haben. So auch Wächter, Pand. Bd. 2 § 161 S. 261, Windscheid Bd. 1 § 164 Anm. 18. Mit Recht verhält sich hierzu kritisch Arndts § 192 Anm. 6. Die Grundsätze insbesondere des *i. de itinere* passen auf die Weide- und Forstservituten keineswegs. Die Praxis weiß von deren analoger Anwendung nichts.

1) Pernice, Parerga II S. 83 in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 82.

2) Ueber die Geschichte der Superficies siehe vorzugsweise Degenſolb, Dekret der Dekurionen, von Puteoli in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 und Degenſolb, Flakrecht und Miethel 1867.

3) Das *interdictum* lautete — l. 1 pr. D. de superficibus 43, 18 —: *Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam*

bestimmt, den Streit zum Austrage zu bringen, wer von mehreren Prätendenten der wahre Superficiar sei, eine Frage, die bei Erbpachtsverhältnissen, welche in ferner Vorzeit begründet sind, sehr leicht zweifelhaft werden kann. Dem *i. de superficiebus* schloß sich später eine *actio in rem utilis* des Superficiars gegen den Besitzer der Sache an. Sie ging auch gegen den Grundherrn, wenn derselbe dem Superficiar den Besitz der Superficiēs vorenthielt. Damit erhielt die Superficiēs das Gepräge eines dinglichen Rechtes.<sup>4</sup>

Im Laufe der Zeit wurde auch Privaten verstattet, ihre Grundstücke zur Superficiēs auszuthun. Dieser Schritt war nicht ohne Bedenken. Bis dahin hatte das Privatrecht solche dingliche Rechte ausgeschlossen, welche eine dauernde Trennung der Nutzung vom Eigenthume mit sich führten, da dieselbe in der That sociale und wirthschaftliche Nachtheile im Gefolge hat. Man sah jetzt hierüber hinweg, um kleinen Leuten den dauernden Besitz von Wohngebäuden zu verschaffen.

Utherkömmlicherweise verpachteten ferner<sup>5</sup> Gemeinden und Priesterschaften landwirthschaftliche Grundstücke — *agri vectigales* — für immer oder für lange Zeit vererblich gegen einen jährlichen Zins.<sup>6</sup> Der Prätor gewährte auch solchen Erbpächtern eine *actio in rem utilis* gegen jeden Besitzer und erkannte ihnen damit ein dingliches Recht zu.<sup>7</sup> Nunmehr entstand die Kontroverse, ob solche Geschäfte Kauf oder Pacht seien.<sup>8</sup> Waren sie Pacht, so hatte der Erbpächter

*nec precario alter ab altero fruemini, quominus fruamini, vim fieri veto.* Ueber die Verwandtschaft mit dem *interdictum uti possidetis* und mit dessen ursprünglichen Zielen vgl. oben § 171 Anm. 2.

4) Daß man den Schritt zögernd that, ergiebt die Fassung des in l. 1 pr. D. h. t. mitgetheilten Edictes: *si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* Die *causae cognitio* betraf ursprünglich ohne Zweifel das ganze Sachverhältniß. Nur wenn der Prätor die Sache besonders dazu angethan fand, gab er also die dingliche Klage. Nachdem sich die Klage eingebürgert hatte, erschien der Zweck besonderer *causae cognitio* zweifelhaft. Jetzt bezog man sie einzig auf die Frage, ob das Verhältniß für eine so lange Zeit begründet sei, daß eine besondere dingliche Klage erforderlich schien, l. 1 § 3 D. h. t. 43, 18.

5) Ueber die Geschichte der Emphyteuse vgl. Vuy, *de originibus et natura juris emphyteutici Romanorum*, Heidelberg 1838, auch Tigerström, über das frühere Verhältniß des Rechtes am *ager vectigalis* 1828.

6) In der l. 1 D. *si ager vectigalis* 6, 3 geht Paulus durchweg davon aus, daß die *agri vectigales* Grundstücke der Gemeinden seien. Auch Gaj. Inst. IV § 134 versteht unter derartigen Grundstücken nur *praedia municipum*. Ebenso Hygin p. 116: *virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri sunt vectigalibus redditu sunt locatim.* Private konnten ihre Besitzthümer nicht als Vectigalland verpachten, vgl. Pernice a. a. D. S. 84.

7) l. 1 § 1 D. *si ager vectigalis* 6, 3, vgl. Lenel, *edictum* S. 146.

8) Gaj. Inst. III § 145.

in Fällen der zufälligen Verminderung des Vectigalgrundstückes, ja selbst bei außergewöhnlichem Mißwachs Anspruch auf Nachlaß vom Pachtzinse.<sup>9</sup> Behandelte man das Geschäft als Kauf, so traf den Bebauer als Käufer alle Gefahr.

Erbpacht kam auch an kaiserlichen Domanalgrundstücken — fundi patrimoniales — in Gebrauch. Man sprach hier von Emphyteusen<sup>10</sup> und nannte den Erbpächter Emphyteuta. Das Vectigalrecht bildete das Vorbild des emphyteutischen Rechtes und ging schließlich in diesem Institute auf.<sup>11</sup> Auch Kirchen gaben mit der christlichen Kaiserzeit ihre Güter oft zur Emphyteuse. Emphyteusen mit privaten Grundherren finden sich erst im justinianischen Rechte.<sup>12</sup>

Der alte Streit über die Natur des Erbzinsvertrages wurde von Kaiser Zeno geschlichtet. Er soll nicht Pacht und nicht Kauf sein, sondern ein eigener emphyteutischer Vertrag. Die wichtigste praktische Frage, welche sich an den Streit knüpfte, wurde dabei zu Ungunsten des Bebauers entschieden. Es soll eine Reduktion des Zinses bei zufälliger Verminderung oder Verschlechterung der Emphyteuse nicht mehr eintreten.<sup>13</sup> Der Billigkeit und wahren Gerechtigkeit entspricht dies schwerlich.

9) Insbesondere vertheidigte Papinian die Remission am Zins bei Mißwachs der Vectigalgrundstücke, l. 15 § 4 D. locati 19, 2. Viele beziehen Papinians Aeußerung auf „Zollpachtungen“, so Vangerow Bd. 1 § 359, Windscheid Bd. 1 § 220 Anm. 7. Dies stimmt nicht mit dem Zusammenhange seiner Ausführung; siehe Pernice a. a. D. S. 86.

10) Der Ausdruck findet sich zuerst bei Ulpian in der l. 3 § 4 D. de rebus eorum 27, 9.

11) In der l. 15 § 1 D. qui satisfacere cog. 2, 8 wird Macer in den Mund gelegt: sed et qui vectigalem id est emphyteuticum agrum possidet. Offenbar ist dies Interpolation. Sie beweist aber, daß das justinianische Gesetzbuch Emphyteuse und Vectigalrecht gleichstellte. Dies geht auch aus der Ueberschrift des Pandektentitels 6, 3 hervor: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur. Mit Grund spricht sich Lenel, edictum S. 146, gegen Rudorff aus, welcher hier Worte des Edictes findet. Die Ausbildung des emphyteutischen Rechtes geschah erst nach Hadrian, seine Identificirung mit dem Vectigalrechte erfolgte Jahrhunderte später.

12) Vgl. l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66, Pernice, Parerga a. a. D. S. 85.

13) l. 1 C. de emphyteutico jure 4, 66. Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.: Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulus addendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum, ea, quae fortuitis casibus, sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo

Superficiar und Emphyteuta nahmen im wirthschaftlichen und socialen Leben eine den Grundeigenthümern ähnliche Stelle ein. Dies machte sich auch bei der Ausbildung ihrer Rechte geltend. Man verwertete für sie die Analogie des Eigenthumes, joweit dies mit dem Grundcharakter dieser Institute als weitausgedehnter Nutzungsrechte vereinbar war. Gleichwohl bilden sie nur dingliche Rechte an fremden Sachen. Eigenthümer ist der Grundherr. Sein Recht ist das fundamentale, auf die Totalherrschaft angelegte. Daher konsolidirt es sich von Rechtswegen, wenn Superficiēs oder Emphyteufis erlöschen.

Lange Zeit hindurch nahm die Theorie der neueren bei der Emphyteufis, der Superficiēs und bei dem Lehen eine Theilung des Eigenthumes an. Dem Nutzungsberechtigten schrieb man nutzbares Eigenthum oder Untereigenthum — *dominium utile* —, dem Grundherrn Obereigenthum — *dominium directum* — zu. Heutzutage aber verwirft man die Lehre vom getheilten Eigenthume.<sup>14</sup> Sie ist mit dem römischen Eigenthumsbegriffe unvereinbar. Nach diesem ist Eigenthümer, dessen Recht auf die Gesamtherrschaft über die Sache geht, wer also alle Befugnisse hat, die nicht besonders anderen verliehen sind. Diese Stellung hat nur der Grundherr, nicht der Superficiar<sup>15</sup> oder Emphyteuta.<sup>16</sup>

*intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia. hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum a. 476—484.*

14) Der Ausdruck *dominium utile* stammt von den Glossatoren her. Diese sprechen überall von einem *dominium utile* in dem Sinne, wie nach den Quellen eine *utilis rei vindicatio* besteht, vgl. Landsberg, Glossen des Accursius S. 97. Das *dominium utile* umfaßte hiernach ganz verschiedene Fälle — auch die oben § 225 Anm. 4 ff. besprochenen —, eine gemeinsame Idee lag ihm offenbar nicht zu Grunde. Später identificirte man aber das *dominium utile* mit nutzbarem Eigenthume. Damit beschränkte man den Begriff auf das Recht des Emphyteuta, Superficiars, Vasallen und ähnlicher Nutzungsberechtigter. Nunmehr kam der Gedanke der Theilung des Eigenthumes auf. Man unterstellte, daß die in dem Eigenthume begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Eigenthümern zukämen. Wer nur die Proprietät, d. h. die Verfügung über die Substanz habe, galt als Obereigenthümer, wer einige Rechte der Proprietät und zugleich die Nutzung der Sache habe, als nutzbarer Eigenthümer. Gegen diese Theorie trat vor allem Thibaut auf: Veriuche Bd. 2 Abh. 3 und Abhandlungen n. 11. Seine Ausführungen hatten durchschlagenden Erfolg.

15) l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 49 D. de V. S. 50, 16.

16) l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3, „quamvis non efficiantur domini“. l. 3 § 4 D. de rebus eorum 27, 9, l. 71 §§ 5 und 6 D. de legatis I, l. 10 D. fam. erc. 10, 2. In l. 12 C. de fundis patrimonialibus 11, 62 heißt es freilich von dem Emphyteuta „cum fundorum sint domini“. Dies ist nicht wörtlich zu nehmen; es sollte die eigenthumsgleiche wirthschaftliche Stellung emphatisch betont werden. Die Erklärung Thibauts, Abhandlungen S. 274, 281, daß hier von einem besonderen Falle gesprochen werde, in welchem der Bedauer zu seinem *ius in re* das Eigenthum erwarb, ist schwerlich zutreffend.

§ 259. Superficies.<sup>1</sup>

Superficiarrecht oder Platzrechte ist das vererbliche und veräußerliche dingliche Recht, ein Gebäude oder eine andere Anlage dauernd auf fremdem Boden zu haben. Dies Recht hat im gemeinen Rechte einen weiteren Thatbestand als in Rom.

Denn die Römer kannten Superficiarrechte nicht ohne Bodenzins — solarium<sup>2</sup> —: gemeinrechtlich ist ein Bodenzins nichts wesentliches.<sup>3</sup> In Rom galt ferner als selbstverständlich, daß der Superficiar das Gebäude auf dem fremden Boden seinerseits errichte;<sup>4</sup> nach gemeinem Rechte ist Begründung einer Superficies an einem bestehenden Gebäude oder auch an einem Stockwerke desselben zulässig.<sup>5</sup> Endlich kennen die Römer Superficiarrechte nur für Gebäude; gemeinrechtlich finden sie sich auch für andere Anlagen, z. B. für Bäume, Wälder.<sup>6</sup>

Die Quellen regeln die Verhältnisse der Superficies nur unvollständig; die Lücke ist durch Schlüsse aus dem Wesen des Institutes

1) Tit. Dig. de superficibus 43, 18; Degenfolt, Platzrecht und Miethe 1867; Wächter, Platzrecht in den Programmen der Leipziger Juristenschule und in 2. Ausgabe in der Sammlung von Abhandlungen dieser Schule 1868. Die ältere Literatur führt Wächter in der Einleitung an.

2) Degenfolt a. a. O. S. 29. Das i. de superficibus l. 1 pr. D. h. t. — abgedruckt oben § 258 Anm. 3 — forderte Ueberlassung des Baurechtes „ex lege locationis sive conductionis“. Wenn Ulpian bei Besprechung der Klagen des Superficiars in der l. 1 § 1 D. h. t. äußert: „si conduxit superficium, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest“, so denkt er unversehens nicht an verschiedene Verträge, sondern an die verschiedene Auffassung, welchen der Normalvertrag bei den Juristen der klassischen Zeit fand, indem er von einigen als Miethe, von anderen als Kauf charakterisirt wurde, vgl. Gaj. Inst. III § 145. Daher konnte Gajus libro 25 ad edictum provinciale l. 2 D. h. t. definiren: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt. Ähnlich Paulus in der l. 74 D. de rei vind. 6, 1; vgl. ferner l. 17 D. de pign. a. 13, 7, l. 15 D. qui pot. 20, 4, l. 39 D. de damno infecto 39, 2, l. 2 § 17 D. ne quid in loco publico 43, 8. Offenbar kannte man hiernach nur zinsbare Superficiarrechte. Die l. 32 § 2 D. de jure dotium 23, 3 steht nicht entgegen. Sie handelt vom Verkauf eines Hauses auf Abbruch, Degenfolt a. a. O. S. 38; Pernice, Parerga II a. a. O. S. 90 Anm. 1.

3) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 145.

4) So Degenfolt in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 484; Brinz, Pand. Bd. 1 S. 807; Pernice, Parerga a. a. O. S. 90 Anm. 1, anders Wächter a. a. O. S. 76. Vgl. die Inschrift des Abrast II. Bruns fontes p. 223: Exemplaria litterarum . . . quibus ei permissum, sit aedificare loco cannabae a solo juris sui pecunia sua praestaturus solarium sicut ceteri.

5) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 145.

6) Wächter a. a. O. S. 54. Eine Superficies ist auch in Gestalt eines Kellers möglich. Denn auch der Keller liegt über dem Boden; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 152, Wächter a. a. O. S. 53.

auszufüllen. Die Analogie des Eigenthumes kommt hierbei vorzugsweise in Betracht.<sup>7</sup>

Zur Begründung von Superficiarrechten genügt hiernach bloßer Vertrag nicht, vielmehr ist Tradition erforderlich.<sup>8</sup> Auch durch Vermächtniß kann zweifellos eine Superficies verliehen werden.<sup>9</sup> Endlich ist Ersitzung nicht zu entbehren und praktisch anerkannt. Wo blieben sonst altbegründete Superficiarrechte, deren Titel im Laufe der Zeiten verschollen sind? Die Analogie der Eigenthumserrsitzung bestimmt das einzelne. Fundamentale Voraussetzung ist natürlich Besitz des superficariischen Rechtes.<sup>10</sup>

Der Erwerb der bestehenden Superficies geschieht, entsprechend der Begründung einer noch nicht bestehenden, durch Tradition,<sup>11</sup> Vermächtniß, Ersitzung.

Ob der Superficiar Sachbesitz habe oder für den Grundherrn detinire und bloßer Rechtsbesitzer sei, ist bestritten. Nirgends ist aber ausgesprochen, daß der Grundherr Besitz der superficariischen Grundstücke behalte. Dies ließe in der That auf eine bloße Fiktion hinaus. Der Superficiar ist vielmehr als der Sachbesitzer anzuziehen.<sup>12</sup>

Als Besitzer hat der Superficiar die possessoriischen Klagen. Ihm stehen ferner die petitorischen Rechtsmittel wie dem Eigenthümer zu, also namentlich Vindikation, konfessorische und negatorische Klagen.

Der Superficiar kann sein Recht veräußern, aber auch die Sache verpfänden,<sup>13</sup> mit Lasten beschweren,<sup>14</sup> unvorgreiflich der Rechte des

7) Vgl. oben § 258 am Ende.

8) Tradition ist nach l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18 die Form für die Uebertragung einer bestehenden Superficies. Die Konsequenz verlangt, daß man sie auch für die Neubegründung fordert. Windscheid ist anderer Ansicht Bd. 1 § 223 Anm. 12 und 15, aber mit Recht erklärt sich gegen ihn Lenel in Ihering's Jahrbuch Bd. 19 S. 191. Vgl. H.G. Bd. 7 S. 145.

9) Vgl. Arndts gesammelte Schriften Bd. 1 S. 233.

10) H.G. Bd. 9 S. 146. Auch publicianische Superficiarrechte sind möglich, insbesondere im Falle gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigenthümer.

11) l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18.

12) Vgl. oben § 173 Anm. 3. Gegen den juristischen Besitz des Superficiars erklären sich Degenkolb a. a. D. S. 92, Wächter a. a. D. S. 45. Vor allem in Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 S. 367 ff. und in den gesammelten Schriften Bd. 1 S. 277 zu vergleichen. Doch auch seine Gründe sind nicht schlagend. Man mag nach heutigem Rechte dem Grundherrn Besitz seines Rechtes gegenüber dem Emphyteuta zuschreiben. Dies entspricht dem realen Verhältnisse und giebt den Schlüssel zur Lösung von Schwierigkeiten, die Arndts hervorhebt. Aber Besitzer der Sache ist er nicht.

13) l. 1 § 6 D. h. t. 43, 18, l. 16 § 2 D. de pign. a. 13, 7, l. 13 § 3 D. de pign. 20, l. 1, 15 D. qui pot. 20, 4. Der Superficiar verpfändet nach römischer Auffassung die Sache — Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 218 ff. —, nicht bloß sein Pfandrecht — Wächter a. a. D.

14) l. 1 § 9 D. de superficibus 43, 18, l. 1 pr. D. quibus modis usus fructus 7, 4; siehe oben § 251 Anm. 4.

Grundherren. Er hat das unbeschränkte Dispositionsrecht über das Gebäude. Nach dessen Abbruch gehören ihm die Baumaterialien.<sup>15</sup> Erhaltung oder Wiederherstellung des Gebäudes liegt ihm an sich nicht ob; sie kann ihm aber aufgelegt sein. Insbesondere ist, wer eine Superficiēs an einem Theile eines Hauses, z. B. an einem Keller, einem Stockwerke hat, gegenüber dem Eigenthümer, sowie den Superficiariern anderer Theile zur Erhaltung seines Gebäudetheiles verpflichtet. Dies ist eine aus seinem eigenartigen Rechte nothwendig fließende Belastung.

Der Grundzins, welchen der Superficiar dem Grundherrn zu leisten hat, gleicht einer Reallast. Er verpflichtet jeden Besitzer der Superficiēs zur Zahlung der während seiner Besitzzeit fälligen Prästationen und verhaftet ihn zur Leistung der Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer.<sup>16</sup>

Der Superficiar hat die öffentlichen Abgaben zu entrichten.<sup>17</sup> Die Superficiēs erlischt, wenn die bei ihrer Begründung gesteckte Zeit abgelaufen ist, ferner wenn eine Verfallsklausel zugesügt ist, deren Fall, z. B. mehrjährige Nichtzahlung des Bodenzinses, eintritt, sofern der Grundherr sich für die Verlostigung erklärt.<sup>18 19</sup> Auch Vereliction

15) Wächter a. a. D. S. 39.

16) Wie die Römer die Verpflichtung des Superficiars und Emphyteutas zur Zahlung des Erfases rechtlich konstruirten, ist streitig. Der erste Erbzinsmann willigte für sich und seine Erben in die lex locationis ausdrücklich; sie hafteten also in Folge der actio locati — l. 1 § 1 D. de superficibus 43, 18, l. 1 ff. D. si ager vectigalis 6, 3 —, Singularsuccessoren unterwarfen sich der lex locationis stillschweigend. Und zwar galt es als Vertragsrecht, daß sie auch die Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer übernahmen, arg. l. 7 D. de publicanis 39, 4, l. 39 § 5 D. de leg. I. Ohne Zweifel war für die Ausbildung dieser Rechtsätze die Behandlung der öffentlichen Abgaben Vorbild; vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 352; Pernice, Parerga a. a. D. S. 88. Zimmerlin mußte es möglich sein, sie nach privatrechtlichen Kategorien zurechtzulegen. Im gemeinen Rechte sind die Verbindlichkeiten zur Zinszahlung einfach als reallastähnliche, den jeweiligen Besitzer verpflichtende und zugleich auf der Sache lastende zu behandeln. Die Ansicht Wächters a. a. D. S. 88, daß die Superficiare, welche die Superficiēs im Wege der Singularsuccession erworben hatten, zur Zahlung des solarium nicht verbunden seien, daß vielmehr diese Zahlung nur Bedingung ihres superficiariischen Rechtes sei, entspricht den Quellen nicht und ist gesucht und unhaltbar; vgl. Pernice, Parerga a. a. D. S. 90 ff.

17) Nach Analogie der Emphyteusis und des Ufusufructes, Windscheid Bd. 1 § 223 Anm. 10.

18) Gesetzliche Fälle der Verlostigung wie bei der Emphyteusis giebt es bei der Superficiēs nicht; vgl. Wächter a. a. D. S. 108.

19) Untergang der belasteten Sache beendet die Superficiēs. Untergang des Hauses beendet sie in der Regel nicht, da sie in dem Rechte besteht, auf fremdem Boden ein Haus zu haben und zu errichten. Natürlich kann aber das Recht durch besondere Vereinbarung an das konkrete Haus geknüpft sein, so daß es mit dessen Zerfall erlischt. Wächter a. a. D. S. 116.

beendet die Superficiēs.<sup>20</sup> Endlich ist erlöschende Verjährung möglich. Man hat sie nach Analogie derjenigen des Pfandrechtes zu behandeln.<sup>21</sup>

### § 260. Emphyteusis.<sup>1</sup>

Emphyteusen sind dingliche Erbpachtsrechte, welche auf dem Grunde des römischen gesetzlichen Normalstatutes über die Rechte und Pflichten des Emphyteuta beruhen. Im römischen Reiche waren — von der Superficiēs abgesehen — dingliche Erbpachtsrechte nur in der Form der Emphyteuse möglich. In Deutschland bestanden seit alters Erbzinsgüter verschiedener Art. Sie sind nach den Verträgen, nach ihrem Herkommen und nach lokalen Rechtsnormen zu beurtheilen. Der Theorie der römischen Emphyteusen unterliegen sie nur, wenn sie als solche gewollt waren.<sup>2</sup> Dies ist nicht häufig, kommt aber vor. Namentlich finden sich hier und da kirchliche Emphyteusen,<sup>3</sup> d. h. solche, deren Grundherren Kirchen oder kirchliche Institutionen sind. Dieselben weichen indessen in mehreren Beziehungen von weltlichen ab.

Die römische Emphyteuse entwickelte sich bei landwirthschaftlichen Grundstücken, ist aber auch an anderen Immobilien und selbst bei Gebäuden möglich geworden.<sup>4</sup>

Die Begründung neuer Emphyteusen, wie auch der Erwerb bestehender geschieht wie bei der Superficiēs durch Tradition,<sup>5</sup> Ver-

20) Vgl. Wächter a. a. D. S. 120, siehe auch unten § 261 Anm. 25.

21) Vgl. Wächter a. a. D. S. 109.

1) Vgl. vorzugsweise Arndts gesammelte civilistische Schriften Bd. 1 S. 210 ff.

2) Im deutschen Mittelalter erhielten die Bauern vielfach von den Gutsherrn Bauerngüter zu erblichem Nuzungsrechte, und zwar unter mancherlei Namen und vielfach verschiedenen rechtlichen Bedingungen; vgl. Stobbe, deutsches P.R. Bd. 2 § 132. Sie unter die Normen der römischen Emphyteusen zu spannen, wie die romanistisch gebildeten Juristen früher zeitweise thaten, hat man mit Recht längst aufgegeben. Aber auch das hat keinen Grund, wie Windscheid Bd. 1 § 218 versucht, erbliche Nuzungsrechte an „fruchttragenden Grundstücken“ dann nach den Grundsätzen der römischen Emphyteuse zu behandeln, wenn partikularrechtlich am Begründungsorte kein deutschrechtliches Erbszinsrecht besteht. Zur Anwendung dieser Grundsätze ist vielmehr erforderlich, daß eine „Emphyteuse“ gewollt war.

3) Arndts, Pand. § 195 Anm. 4.

4) Arndts gef. Schriften Bd. 1 S. 215. Die l. 15 § 26 D. de damno infecto 39, 2 bezieht sich wohl auf eine Superficiēs, bei der auch vectigal scil. solarium üblich war. Anders jedoch steht es mit nov. 7 cap. 3 § 2 und nov. 120 cap. 1 § 2.

5) In den Quellen wird von der Nothwendigkeit der Tradition nichts gesagt. Viele halten daher den Vertrag zur Begründung der Emphyteuse für ausreichend; vgl. Windscheid Bd. 1 § 221 Anm. 3 und dort citirte. Aber die Analogie der Superficiēs spricht hiergegen. — Gutgläubiger Erwerb vom Nichteigenthümer giebt publicianisches emphyteutisches Recht, l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2.

mächtniß, Ersizung.<sup>6</sup> Für die Begründung kirchlicher Emphyteusen durch Vertrag bedarf es der Schriftlichkeit. Abweichungen von den gesetzlichen Normen müssen auch bei weltlichen Emphyteusen schriftlich vereint sein.<sup>7 8</sup>

Der Emphyteuta hat Recht auf den Sachbesitz und in Folge dessen die possessoriischen Rechtsmittel.<sup>9</sup> Auch petitorische Klagen stehen ihm in der Weise eines Eigenthümers zu.<sup>10</sup> Er kann veräußern, verpfänden und dingliche Lasten auf die Sache legen, unbeschadet der Rechte des Grundherrn.<sup>11</sup>

Das Nutzungsrecht des Emphyteuta ist ein ausgedehntes. Er gewinnt die Früchte mit ihrer Separation, nicht erst wie der Nießbraucher durch Perception.<sup>12</sup> Auch gebühren ihm nicht bloß Früchte im eigentlichen Sinne, sondern auch andere Erträgnisse der Sache, z. B. Windbrüche. Aber die dem Eigenthume accedirende Hälfte des im emphyteutischen Grundstücke gefundenen Schatzes gehört nicht dem Emphyteuta, sondern dem Grundherrn.<sup>13</sup>

Dem Emphyteuta liegen Verpflichtungen gegen den Grundherrn ob. Größere Verletzungen derselben begründen Verlostigung der Emphyteuse — i. g. Privation —, ohne daß der Emphyteuta Ersatz seiner Meliorationen erhält.<sup>14</sup>

1. Der Emphyteuta hat die Emphyteuse im Stande zu halten und darf sie nicht verschlechtern.<sup>15</sup>

Deteriorationen ermächtigen den Grundherrn zur Privation.<sup>16</sup> Natürlich müssen sie schuldhaft und erheblich sein.

6) In l. 12 § 2 D. de Publ. a. 6, 2 wird die Möglichkeit der usucapio von Bekkigalgrundstücken geleugnet. Dies beweist aber nichts gegen die Zulassung der longi temporis praescriptio und der justinianischen Ersizung. Jedenfalls ist Herkommen und Praxis für die Ersizung der Emphyteusen, welche sich auch durch Analogie und durch das Bedürfniß des Lebens rechtfertigt; vgl. Arndts' ges. Schriften S. 235. Anderer Ansicht Zimmern in seinen und Neustetels Untersuchungen n. 5 S. 127.

7) Dies ist die gemeine Meinung, welche sich auf nov. 120 cap. 6 § 2 stützt. Glück Bd. 8 S. 462; Arndts, Schriften S. 232.

8) l. 1 C. de emph. jure 4, 66, abgedruckt oben § 258 Anm. 13, l. 2 pr. C. eod.

9) Die Streitfrage ist dieselbe wie bei der Superficies, vgl. oben § 259 Anm. 12.

10) l. 16 D. de serv. 8, 1.

11) Vgl. l. 31 D. de pignoribus 20, 1. Ueber das einzelne siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 221 und die bei Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. 8 citirten.

12) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1.

13) Es ist dies derzeit herrschende Meinung; vgl. Arndts' Schriften Bd. 1 S. 216, Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. 3. Doch ist die Frage eine bestrittene.

14) Vgl. l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66, nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

15) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

16) Die Quellen heben dies nur für kirchliche Emphyteusen hervor, nov. 120

2. Der Emphyteuta ist ferner zur Entrichtung eines jährlichen Zinses verpflichtet.<sup>17</sup> Er hat diesen dem Grundherrn an den Fälligkeitsterminen unaufgefordert zu bringen.<sup>18 19</sup> Partielle Zerstörung oder Verminderung der Emphyteuse giebt keinen Anspruch auf Minderung des Zinses.<sup>20</sup>

Der Emphyteuta hat auch die öffentlichen Abgaben zu berichtigen.

Wenn der Emphyteuta 3 Jahre lang dem Grundherrn den Zins und dem Staate die öffentlichen Abgaben nicht geleistet hat, so unterliegt er der Privation.<sup>21</sup> Bei kirchlichen Emphyteusen ist zweijährige Nichtentrichtung des Zinses Privationsfall.<sup>22</sup>

3. Der Emphyteuta ist endlich verbunden, dem Grundherrn die Veräußerung der Emphyteuse und die Bedingungen des Veräußerungsvertrages anzuzeigen.

Der Grundherr hat dann ein alternatives Recht. Er kann entweder 2% des Verkaufspreises — bei Veräußerungen, die nicht auf Verkauf beruhen, des Werthes der Emphyteuse — fordern oder ein Vorkaufsrecht geltend machen, mittels dessen er in das Kaufgeschäft eintritt und sein Eigenthum konsolidirt.

Nichtanzeige oder unredliche Anzeige, insbesondere falsche Angabe des Kaufpreises, ist mit Verlust der Emphyteuse bedroht.<sup>23</sup>

Das Recht der Privation ist dem Grundherrn erworben, sowie ihr Fall eingetreten ist. Es hängt von seiner Entscheidung ab, ob er von ihm Gebrauch machen will. Nach römischem Rechte kann der Emphyteuta den Verlust nicht mehr dadurch abwenden, daß er nach Eintritt des Falles seine Verpflichtungen erfüllt, daß er namentlich die schuldigen Abgaben noch leistet. Gemäß des kanonischen Rechtes<sup>24</sup> aber erhält er sich die Emphyteuse durch nachträgliches Angebot voll-

cap. 8, cap. 3 X. de locato 3, 18. Allein es liegt hierin ein allgemeiner Rechtsfall, welcher im Miethrechte wurzelte, l. 3 C. de locato 4, 65. Ueber Kompensation von Verschlechterungen und Verbesserungen siehe Thibaut, Versuche Bd. 2 n. 2.

17) Der Zins wird vectigal, pensio, reditus und canon — l. 3 § 3 C. h. t. 4, 66 — genannt.

18) l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66.

19) Vgl. oben § 258 Anm. 16.

20) l. 1 C. h. t., abgedruckt oben § 258 Anm. 13. Ueber l. 15 § 4 D. locati 19, 2 siehe oben § 259 Anm. 9.

21) l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66.

22) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

23) l. 3 C. de emphyt. jure 4, 66.

24) cap. 4 X. de locato 3, 18 verb. „si sibi satisfactione celeri non providit“. Andere behaupten, daß die Mora bis zur Erhebung der Emmissionsklage noch purgirt werden könne, vgl. Arndts Schriften S. 245 Anm. 159.

ständiger Leistung, solange der Grundherr ihm die Einziehung noch nicht angezeigt hat.

Die Emphyteuse endigt durch Vereliction seitens des Emphyteuta,<sup>25</sup> ferner durch erlöschende Verjährung.<sup>26</sup>

## Fünfter Abschnitt.

### Das Pfandrecht.

#### Erstes Kapitel.

#### Wesen und Geschichte.

##### § 261. Begriff des Pfandrechtes.<sup>1</sup>

Die Lebensbedingung des Rechtsverkehrs ist der Kredit. Man entnimmt Darlehen, borgt in hundert Formen, kauft auf Kredit. Der Gläubiger gewährt ihn ohne Sicherstellung in der Regel nur Personen,

25) Dies ist die in der Praxis herrschende Meinung, Glück Bd. 8 S. 532 Anm. 9. Sie ist auch die richtige. Es spricht hierfür die Analogie des Eigenthumes und des Nießbrauchs. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 3. Er meint: „Bis zur Acceptation besteht die Emphyteusis fort, bis zur Acceptation wird daher auch der Emphyteuta von seinen Pflichten nicht frei, und wenn die Acceptation verweigert wird, wird er von seinen Pflichten überhaupt nicht frei.“ Das hieße den Emphyteuta nöthigen, die für ihn werthlos gewordene Emphyteusis an irgend ein beliebiges Subjekt zu verchenken. Damit wäre er frei, der Grundherr könnte zusehen, was ihm der Geschenknnehmer leistete. Eine Konstruktion, die zu solchen Konsequenzen führt, ist keine gesunde.

26) Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 4. Natürlich geht die Emphyteusis auch unter durch Untergang der Sache, durch Ausscheiden derselben aus dem Verkehr und durch Konsolidation, wenn sie sich mit dem Eigenthume vereinigt.

1) Vom Pfandrechte handelt das 20. Buch der Digesten Justinians. Der römische Hauptschriftsteller war Marcianus ad formulam hypothecariam. — Eine ausführliche Bearbeitung giebt H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundlagen des heutigen römischen Rechtes 2 Bde. 1860 und 1864. Ältere dogmatische Bearbeitungen sind Gesterding, Pfandrecht 1816, 2. Auflage 1831, und Sintenis, Pfandrecht 1836. Historische Zwecke verfolgt Bachofen, das römische Pfandrecht Bd. 1, 1847. — Eine Exegese des ersten Titels des 20. Buches der Digesten hat Bethmann-Hollweg unternommen unter dem Titel: das 20. Buch der Pandekten 1877. Die Principien des Pfandrechtes untersuchen vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus 1864; Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte 1867; Cyner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes 1863; Pfaff, zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 41 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen 1882. — Ueber das deutsche Pfandrecht vgl. Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867, Sohm, Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 10 ff.

deren Zahlungsfähigkeit ihm genau bekannt ist, und nur auf kurze Zeit. In weiteren Kreisen, auf längere Zeit giebt er Kredit nicht leicht auf bloße Handschrift — chirographarisch —, verlangt vielmehr Deckung durch Pfand — Realkredit.

Zu unterscheiden ist Pfandrecht im weiteren und im engeren Sinne. Im weiteren Sinne ist es ein unwandelbares Recht an einem Vermögensobjekte, aus welchem man im Falle nicht rechtzeitiger Abzahlung einer Forderung Befriedigung entnehmen kann. In diesem Sinne ist es nicht an eine einzelne Rechtsform gebunden, nimmt vielmehr verschiedene Gestaltungen an. Es kann durch Uebertragung des Eigenthumes, wie durch Bewilligung eines dinglichen Rechtes an fremden Sachen begründet werden. Nicht bloß körperliche Sachen dienen ihm, vielmehr zieht es alle verkäuflichen Vermögensobjekte in seinen Kreis, insbesondere Forderungen und Servituten.

Drei Dinge charakterisiren es vorzugsweise, einmal sein Ziel, die Sicherung einer Forderung, zweitens sein Mittel, das Recht der Verwerthung des Pfandobjectes zu diesem Behufe, und drittens die Konstanz und Unwandelbarkeit dieses Mittels, so daß es als wahre Sicherheit erscheint.

Im besondern und eigentlichen Sinne bezeichnen wir als Pfandrecht das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer fremden körperlichen Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf behufs seiner Befriedigung ermächtigt.

Diese Verpfändungsweise ist die gewöhnlichste. In ihr hat die Idee des Pfandrechtes ihren vollkommensten Ausdruck gefunden. Denn dem Gläubiger werden keine anderen Rechte übertragen als solche, die den Zweck der Beitreibung seiner Forderung haben; hierzu dient ihm das Recht des Pfandverkaufes, und dieses Recht ist ihm vollkommen gewährleistet, da es als dingliches die Sache unmittelbar und dauernd ergreift und jedes Eigenthumswechsels unerachtet bleibt.<sup>2</sup>

2) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 96. Neuere Schriftsteller verwerfen meist die Unterscheidung des Pfandrechtes im engeren und im weiteren Sinne. Der Begriff des Pfandrechtes soll ein einheitlicher sein. Damit sucht man, wie wir fürchten, die Quadratur des Kreises. Sohm, subpignus, behauptet, das Pfandrecht habe zwar einheitlichen Inhalt, aber verschiedene Formen; danach ist kein sachlicher Streit zwischen uns. Bremer a. a. D. glaubt die Einheit des Pfandrechtes dadurch zu schaffen, daß er jedes Pfandrecht als Recht am Rechte charakterisirt. Wer also ein Grundstück verhypothecirt, thut dies nur scheinbar, er verpfändet in Wahrheit sein „Eigenthumsrecht“ an dem Grundstücke. Dies ist gesucht und überkünstlich. Exner a. a. D. — S. 189 — führt aus, daß alles Pfandrecht mit unmittelbar dinglicher, wenngleich verschieden gespannter und möglicherweise latenter Kraft körperliche Sachen ergreife; auch das Pfandrecht an Forderungen gebe dem Gläubiger

Als Sicherstellung ist das Pfandrecht der Bürgschaft verwandt, bei welcher sich ein Nebenschuldner — der Bürge — für die Schuld eines anderen obligirt.<sup>3</sup> Den Römern erschien die Bürgschaft als das bessere Sicherheitsmittel, denn sie fügt der materiellen eine moralische Gewähr hinzu, indem unzuverlässige Personen nicht leicht gute Bürgen finden.<sup>4</sup> Im neueren Rechte gilt das Pfandrecht als das bessere Kreditmittel, denn es hat den Vorzug größerer Unerlöschlichkeit und Durchsichtigkeit.<sup>5 6</sup>

Das Pfandrecht und die Bürgschaft sind *accessorische Rechte*, d. h. sie sind seiner persönlichen Forderung zuliebe da, und erlöschen nothwendig mit deren Untergang. Dies ist die herrschende Meinung.<sup>7</sup> In neuerer Zeit hat jedoch dieselbe zahlreiche und gewichtige Gegner gefunden, welche die Verbindung des Pfandrechtes mit einer persönlichen Forderung für nichts wesentliches erachten.<sup>8</sup>

Es ist zuzugeben, daß die Konstruktion des selbständigen Pfandrechtes sehr wohl denkbar ist. Sie findet sich in deutschen Partikularrechten, mehr oder minder ausgebildet.<sup>9</sup> Ein solches Pfandrecht läßt sich

dingliches Recht, nämlich an der geschuldeten Sache; die persönliche Klage des Forderungsgläubigers bezwecke nur dies Recht zur Perfektion zu bringen, indem sie dessen Objekt aus dem Vermögen des Drittschuldners in das des Verpfänders hinüberschaffe, in dieser Funktion vergleichbar einer *actio ad exhibendum*. So scharfsinnig diese Deduktion erscheint, so kann sie gleichwohl nicht überzeugen; auch sie ist zu künstlich und verdunkelt die Verschiedenheiten zwischen den verschiedenen Verpfändungsweisen. Wieder anders Pfaff in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 73. Vgl. noch Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 7 und Arndts § 364 Anm. 4.

3) Siehe über das Verhältniß von Pfandrecht und Bürgschaft Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 1 ff.

4) Die *praetoriae stipulationes* insbesondere — vgl. oben § 167 — verlangten Bürgen; Pfandbestellung genügte nicht, l. 7 D. de stip. praet. 46, 5.

5) Insbesondere sind die Prozeßkautionen nach der C.P.D § 101 durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Wertpapieren zu bestellen, welche nach richterlichem Ermessen genügende Deckung gewähren.

6) Schon Pomponius libro 11 ad Sabinum — l. 25 D. de R. J. 50, 17 — äußert: *plus cautionis in re est quam in persona*.

7) Vgl. l. 43 D. de solut. 46, 3. Ulpianus libro 2 regularum: *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora*.

8) Brinz, Pand. Bd. 2 Aufl. 2 S. 839 ff. nimmt an, daß zwar nach römischem Rechte kein Pfandrecht ohne persönliche Obligation entstehe, daß aber der Fortbestand dieser letzteren nicht mehr von dem der persönlichen Obligation, sondern einzig von Leistung oder Nichtleistung, Befriedigung oder Nichtbefriedigung als seiner Bedingung abhängig sei. Ähnlich Windscheid Bd. 1 § 225 Ziffer 2 und viele andere. Der scharfe Gegensatz zu der — oben Anm. 7 angeführten — *regula des Ulpian* bleibt hierbei ungelöst. Auch Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 1 behauptet, daß das Pfandrecht ohne Obligation entstehen und trotz des Unterganges der Obligation fortbestehen könne.

9) So zuerst Mecklenburger Hypothekenordnungen, ferner das preußische Gesetz über den Eigenthümerwerb an Grundstücken vom 5. Mai 1872 § 19.

definiren als die dingliche Berechtigung, durch Verwerthung der Pfandsache eine bestimmte Geldsumme in unser Vermögen zu bringen. Aber eine einfache und naturwüchsigte Konstruktion liegt hierin nicht. Der natürliche Verlauf bei der Kreditirung ist vielmehr, daß man denjenigen, welchem man Werthe überläßt, auch persönlich zur Erstattung der Aquivalente verbindet, und daß die Pfandhaftung nur sichernd hinzutritt.

Diesen Verlauf setzt das römische Recht als den gesetzmäßigen und nothwendigen voraus.<sup>10</sup>

Das Pfandrecht hat zwei Unterarten:

a) *pignus* (Faustpfand) das mittelst Ausshändigung der Pfandsache an den Gläubiger begründete Pfandrecht,<sup>11</sup> und

b) *hypotheca*, das ohne sofortige Ausshändigung an den Gläubiger bestellte Pfandrecht.

Ihrem Wesen nach sind beide Arten nicht verschieden, denn beide gewähren das Verkaufsrecht, beide die dingliche Pfandklage.<sup>12</sup> Doch thatsächlich giebt das Faustpfand höhere Sicherheit, indem der Besiz gegen Verbringung und Verderb der Pfandsache sichert.

Das römische Recht läßt die Hypothek an Mobilien wie an Immobilien zu;<sup>13</sup> das Reichsrecht dagegen fordert zur vollen Wirksamkeit der Verpfändung von Mobilien Uebertragung des Besizes an den Gläubiger oder an einen Dritten, der für ihn besizt.<sup>14</sup>

10) Pfandbestellung ist keine Schenkung an den Gläubiger, weil sie dessen Ansprüche sichert, nicht sein Vermögen vergrößert, l. 1 § 19 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, ebensowenig bildet der Erlaß eines Pfandrechtes eine wahre Schenkung, da der Gläubiger sein Forderungsrecht behält und nur eine Sicherung aufgibt, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 20.

11) l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam. cum non transit nec possessio ad creditorem.

12) In l. 5 § 1 D. de pign. 20, 1 geht Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam so weit, auszusprechen: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; vgl. § 7 J. de act. 4, 6: inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest. Eine Konsequenz der begrifflichen Gleichheit von pignus und hypotheca zieht Ulpian libro 40 ad Sabinum in l. 1 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Si igitur contractum sit pignus nuda conventionione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

13) Vgl. übrigens Gajus libro 6 ad legem XII tabularum l. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16 pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Diese naive Etymologie des Wortes pignus gab Veranlassung zur Bildung des deutschen Wortes „Faustpfand“. Ueber die sprachliche Abstammung des Wortes pignus vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 49.

14) Siehe unten § 264.

## § 262. Dinglicher Charakter des Pfandrechtes.

Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht.<sup>1</sup> Wohl ist es anderer Art, als die bisher betrachteten dinglichen Rechte an fremden Sachen; denn nicht auf den physischen Gebrauch und die Gewinnung des Ertrages zielt es ab, sondern es berechtigt zur Veräußerung der Substanz; zu diesem Zwecke aber bindet es die Sache unmittelbar und dauernd, und unterwirft sie so der Verfügung des Gläubigers. Darin liegt das Wesen des dinglichen Rechtes.<sup>2</sup>

Die Folgen des dinglichen Charakters sind:

a) Die Pfandsache bleibt dem Pfandgläubiger, jedes Eigenthumswechsels unerachtet, verhaftet: es macht hierfür keinen Unterschied, ob der spätere Eigenthümer sein Recht vom Verpfänder herleitet, oder ob er das Eigenthumsrecht originär, etwa durch Erbsizung erwarb.

b) Das einmal begründete Pfandrecht geht späteren Pfandrechten vor. Es hat auch die Priorität vor dinglichen Rechten anderer Art, die nach ihm entstehen, z. B. einem Nießbrauch, einer Grundgerechtigkeit.

Von vielen wird der dingliche Charakter des Pfandrechtes bekämpft. Sie wollen es als Forderungsrecht aufgefaßt haben. Und zwar betrachten einige das Pfandrecht als ein Forderungsrecht gegenüber der Sache selbst,<sup>3</sup> andere als eine Forderung gegenüber dem jeweiligen Eigenthümer der Sache.<sup>4</sup>

Beides ist unhaltbar.<sup>5</sup> Die Sache kann nicht Schuldner sein,

1) l. 30 D. de noxalibus actionibus 9, 4. Gajus libro ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto: ... sive domini sint sive aliquid in ea res jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. Die Neußerung wiederholt l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2.

2) Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 26 ff. sucht das charakteristische des dinglichen Rechtes in der Befugniß, selbst handelnd auf das Objekt des Rechtes einzuwirken. Der Hypothekengläubiger habe aber wenigstens nach neuerem Rechte nicht die Befugniß zu eigenen Handlungen in Bezug auf das hypothekarische Grundstück; denn den Zwangsverkauf besorge das Gericht. Der Vordersatz Sohms ist nicht richtig. Eine Aussichtsgerechtigkeit z. B. giebt ein Verbotungsrecht, aber nicht die Befugniß, selbst handelnd auf die dienende Sache einzuwirken. Und doch wurde ihr dinglicher Charakter noch nie bezweifelt.

3) Diese Ansicht vertheidigte Büchel, civilrechtliche Erörterungen I 2. 1833, in 2. Auflage 1847 Bd. 1 S. 259 ff. So dann auch Sintenis, Pfandrecht § 2; Bangerow Bd. 1 § 363 Anm. 2.

4) Meibom, Mecklenburg. Hypothekenrecht § 5; ferner Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 27; Ehrenberg, beschränkte Haftung S. 434 und andere.

5) Ueber die dingliche Natur des Pfandrechtes vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 104 ff.; Erner, Kritik S. 47; Kohler, pfandrechtliche Forschungen § 5. Für dieselbe sind u. a. Puchta, Pand. § 193; Keller, Pand. § 190; Windscheid Bd. 1 § 224 Anm. 8; Arndts § 364 Anm. 3.

denn ein Schuldner soll leisten, handeln! wie sollte dies der Sache möglich sein? Denkbar wäre eher, den jeweiligen Eigenthümer der Sache als Schuldner anzusehen. Doch diese Konstruktion entspricht dem Thatbestande des Pfandrechtes nicht. Denn:

a) Forderungsgläubiger haben gleiche Rechte, das Alter giebt dem einen vor dem anderen keinen Vorzug; dagegen ordnen sich dingliche Rechte untereinander nach dem Alter.<sup>6</sup>

Dem Pfandrechte nun ist es eigenthümlich und charakteristisch, daß das Alter den Vorrang giebt. Nicht den Forderungsrechten also gehört es zu, sondern den dinglichen Rechten. Man kann nicht mit Fug einwenden, daß auch gewisse Forderungen ein Vorrecht — *privilegium exigendi* — vor anderen haben, denn dies ist Ausnahme, das Vorrecht des älteren Pfandrechtes Regel. Zudem aber beruht das Privileg von Forderungen nie auf ihrem Alter, sondern ausschließlich auf gewissen Eigenschaften derselben.

b) Wäre das Pfandrecht ein Forderungsrecht, so könnte es den später begründeten dinglichen Rechten an der Pfandsache, z. B. einem Nießbrauche, nicht die Spitze bieten; und doch ist dies der Fall. Auch hierin offenbart sich der Charakter des dinglichen Rechtes.

c) Endlich weist die Gestaltung der römischen Pfandklage unzweideutig auf die Dinglichkeit des Pfandrechtes hin.

Die Pfandklage geht nämlich nicht auf Zahlung der Schuld, wie dies der Fall sein müßte, wenn sie aus einer Forderung entspränge. Ihr *petitum* ist Herausgabe der Sache, nicht anders wie bei einer Eigenthumsklage. Man darf nicht einwenden, daß der Beklagte die Klage durch Angebot der Schuldsumme befeitigen darf, denn hierin liegt ein Recht der Vertheidigung, nicht der Gegenstand der Klage.

Nach moderner Praxis klagt der Gläubiger allerdings meist auf Zahlung der versicherten Forderung „bei Vermeidung der Vollstreckung in das Pfand.“ Aber auch hierbei handelt es sich nur um das Recht des Zugriffes auf das Pfand; die Klage hat also ihren dinglichen Charakter keineswegs abgestreift.

Einen gewissen Eindruck zu Gunsten der Gegner macht auf den ersten Blick, daß die Quellen regelmäßig von „*rem obligare*“ und von „*rei obligatio*“ reden, wenn sie von Verpfänden und Pfandrecht handeln. Damit scheint der Charakter als Forderungsrecht klar bezugt. Aber auch dies entscheidet nicht, denn das römische „*obligare*“

6) Vgl. oben § 42 Ziff. 6.

bedeutet nichts anderes als „rechtlich festbinden“. Demnach begreift es nicht bloß die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nicht minder die dingliche Unterwerfung der Sache unter das Recht des Pfandgläubigers.<sup>7</sup>

### § 263. Fiducia und Hypothek.

Dem älteren römischen Rechte war die Hypothek fremd. Die echt-römische Verpfändungsweise war die fiducia.<sup>1</sup>

Sie bildete ein Doppelgeschäft. Man übereignete nämlich das Pfandobjekt dem Gläubiger in den publiquen Formen der mancipatio oder in jure cessio und verband hiermit einen Nebenvertrag — pactum fiduciae —, wonach der Pfandgegenstand in treuen Händen des Gläubigers sein sollte.<sup>2</sup>

Als Eigenthümer hatte der Gläubiger die volle Legitimation zu jedweder Verfügung über das fiducirte Objekt. Er konnte es beliebig für sich verwerthen. Aber in Folge des pactum fiduciae sollte er sein Recht nur zu Pfandzwecken ausüben.

Zwei Klauseln waren gewöhnlich, einmal ein pactum de vendendo, wonach sich der Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Tilgung der versicherten Forderung durch Verkauf der fiducirten Sache aus deren Erlös befriedigen durfte, und außerdem eine lex commissoria,

7) Brinz, Pand. Bd. 2 §§ 206, 346 definiert Obligation so allgemein, daß Sachen- und Personenehaftung inbegriffen sind. Vgl. gegen ihn Rümelin im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 n. 8. *f. 188*

1) Ueber die fiducia siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 2. Die dort gegebene Rekonstruktion des Institutes hat Bestätigung gefunden durch das später entdeckte — in Anm. 2 abgedruckte — Schema einer pfandrechtlichen fiducia. Vgl. die Untersuchungen über diese Urkunde von Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 117 und von Krüger, kritische Versuche S. 43. Siehe ferner Lenel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte neue Folge Bd. 3 n. 6 und n. 9. *P. 84. 25. 1. 97*

2) Das Formular der fiducia lautete in der ersten Kaiserzeit nach der in Spanien aufgefundenen Erzinschrift folgendergestalt: *Dama L. Titi servus fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optimus maximusque esset, sestertio nummo uno et hominem Midam sestertio nummo uno fidi fiduciae causa mancipio sive accepit ab L. Bajano libripende ... antestato ... adfines fundo dixit L. Bajanus L. Titium et C. Sejum et populum et si quos dicere oportet. Pactum conventum pactum est inter Damam L. Titi servum et L. Bajanum quam pecuniam L. Bajano dedit dederit credidit crediderit expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit, spondit sponderit fideve quid sua jussit jusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiducia essent donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset. si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius heresve ejus vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet; mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret...*

wonach er die Sache in jenem Falle statt der Forderung endgültig für sich behalten konnte.<sup>3</sup>

Gegen Treubruch des Pfandgläubigers schützte die *actio fiduciae*. Mittels derselben konnte der Verpfänder Rückübereignung der fiducirten Sache gegen Angebot der Schuldsomme fordern, sofern sie noch nicht kontraktgemäß verkauft oder dem Gläubiger verfallen war. An die Verurtheilung des Gläubigers in Folge der *actio fiduciae* knüpfte sich Infamie; sie bildete die Strafe seiner Untreue.<sup>4</sup> Auf dieses persönliche Forderungsrecht beschränkte sich aber der Anspruch des Verpfänders. Sein Eigenthumsrecht an der Fiducia hatte er aufgegeben und damit jede dingliche Klage wegen derselben. Gegenüber Dritten, welchen der Gläubiger die fiducirte Sache treulos zuwendete oder die sonst, z. B. durch Entwendung, in deren Besitz gekommen war, hatte er also kein Rückforderungsrecht.

Der Gläubiger war als Eigenthümer der fiducirten Sache zu deren Besitz berechtigt. Doch überließ er sie häufig dem Verpfänder *precario* — auf Widerruf. Thatsächlich war dem Verpfänder damit zunächst geholfen, aber sein Besitz war ein unselbständiger, vom guten Willen des Gläubigers durchaus abhängiger.<sup>5</sup>

Der Gläubiger hatte eine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner und daneben deren Sicherung an der Fiducia.<sup>6</sup> Hierdurch unterscheidet sich die Fiducia wesentlich von dem Kaufe auf Wiederkauf zu Pfandzwecken, welcher heutzutage oft vorkommt. Bei diesem Geschäfte verkauft der Schuldner seinem Gläubiger Objekte bis zum Betrage seiner Schuld, kompensirt diese Schuld mit dem Kaufpreise und bedingt sich das Recht des Rückerverbes der verkauften Objekte gegen eine Summe aus, welche dem Verkaufspreise unter Zuschlag von Zinsen entspricht. Nicht selten behält ein solcher Verkäufer hierbei den Naturalbesitz leihweise zurück und überträgt den Sachbesitz auf den Käufer nur durch *constitutum possessorium*. Eine Forderung des Geldgebers auf Schuldzahlung besteht bei diesem Geschäfte nicht, die Rückzahlung ist Vergünstigung, um die verkauften Objekte zurückzuerlangen; sie ist keine Pflicht.

3) Vgl. Paul. sent. II. 13.

4) Siehe oben § 58.

5) Auf die sich anschließende *usureceptio fiduciae* kann hier nicht eingegangen werden; vgl. Gaj. Inst. II §§ 59 und 60, Dernburg, Pfandr. Bd. I S. 23.

6) Siehe das Schema in Anm. 2, Paul. sent. II 13 § 2.

Neben der Fiducia entwickelte sich die Hypothek in Rom nur allmählig.<sup>7</sup> Keime der Hypothek finden sich zwar frühzeitig im nationalen römischen Verkehr. Aber ihre Ausbildung verdankten sie dem Einflusse des hellenischen Rechtes.<sup>8</sup>

Seit altere war es nicht seltenes, einem Gläubiger eine Sache zum Faustpfande — *pignus* — einzuhändigen, so daß er sie bis zur Tilgung seiner Forderung zurückbehielt. Die Sicherung des Gläubigers war hier eine bloß thatsächliche. Sein Besitz gab ihm Gewähr.

Einen Fortschritt vermittelte der Pachtvertrag. Die Pächter verpfändeten häufig den Verpächtern ihr in das Pachtgut eingebrachtes — *inferirtes* — Mobilien und gaben ihnen das Recht, dasselbe im Falle der Nichtzahlung des Pachtzinses zurückzuhalten.<sup>9</sup> Auch ein solches Pfandrecht hatte ursprünglich seinen Schutz in der thatsächlichen Stellung und Macht des Verpächters. Aber diese reichte nicht aus, wenn der Pächter mit seinen Sachen, ohne den Pachtzins zu zahlen, abzog, ehe das Vorhaben zur Kunde des Verpächters kam. Um deswillen gab der Prätor den Verpächtern zunächst das *interdictum Salvianum* wegen der ihm verpfändeten Mieten des Pächters<sup>9</sup> und dann auch eine dingliche Klage, die *actio Serviana*.<sup>10</sup>

In Anlehnung hieran gewährte er später auch aus anderen Pfandverträgen dingliche Klagen.<sup>11</sup> Sie führten den Namen *actio quasi Serviana*, aber auch *actio hypothecaria*, *pigneratitia in rem*. Von dem Einflusse des griechischen Rechtes giebt die Aufnahme der Worte

7) Ueber die Verpfändung an den Staat — die Prädiatur — siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 3, Mommsen, die Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855 S. 466 ff., Zimmermann, de notione et historia cautionis praedibus praediisque 1857, Rivier, cautio praedibus praediisque 1863.

8) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 4 ff.

9) Gaj. Inst. IV § 147. *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.* Die Stelle ist übernommen in § 3 J. de interdictis 4, 15.

10) § 7 J. de actionibus 4, 6. *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecae persequuntur.* Die *actio Serviana* wurde hinter das *Salvianum* eingeschaltet, woraus sich erklärt, daß die römischen Juristen das Pfandrecht in den Edictcommentarien bei Gelegenheit der Interdicte behandelten.

11) Lenel, edictum perpetuum S. 397 rekonstruirt die Formel der *actio quasi Serviana* folgendergestalt: *Si paret inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et Lucium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> pignori hypothecae esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> stare quominus solvatur, nisi ea res arbitrato tuo restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> s. n. p. a.*

hypotheca, hyperocha, antichresis in das römische Pfandrecht Zeugniß. Seit langer Zeit waren in griechischen Rechten formlose Pfandverträge anerkannt; es liegt zu Tage, daß dies Vorbild die Ausbildung des römischen Pfandrechtes wesentlich mitbestimmt hat.<sup>12</sup>

Die Hypothek verdrängte die fiducia Schritt für Schritt. Namentlich geschah dies außerhalb Italiens. Im justinianischen Rechtsbuche ist die fiducia, mit welcher sich die römischen klassischen Juristen noch häufig beschäftigten, ausgemerzt.<sup>13</sup>

### § 264. Die Formalisirung des Pfandrechtes in Deutschland.

Die formlose Hypothek war den Römern als bequemes Kreditmittel willkommen. Aber schließlich war Zerrüttung der Kreditverhältnisse die Folge des Institutes.

Dasselbe brach der Generalhypothek Bahn, d. h. der Verpfändung aller Vermögensobjekte des Schuldners, auch der künftig von ihm zu erwerbenden mittels einer Generalklausel.<sup>1</sup> Hiermit konnten sich einzelne Gläubiger ein Vorrecht zum Nachtheil der übrigen beliebig schaffen. Man suchte ein Gegengewicht in zahlreichen gesetzlichen Special- und Generalhypotheken, welche besonders zu begünstigenden Forderungen zu gute kamen. Im Grunde wurde damit das Uebel nur ärger.

Der Personalkredit verlor die gesunde Basis. Auch der dingliche Rechtszustand gerieth in Unsicherheit. Niemand konnte beim Erwerbe von Sachen oder von dinglichen Rechten an denselben, insbesondere von Hypotheken, mit Sicherheit wissen, ob sie nicht bereits durch Hypotheken entwerthet waren. Den Betrügereien, die sich hieran anknüpfen ließen, konnte die Drohung der öffentlichen Strafe wegen Betruges — Stellionat — nur zum Theile steuern.<sup>2</sup>

Eine besonders gefährliche Form des Betruges war, daß man Hypothekenurkunden mit einem gefälschten Datum versah und ihnen hierdurch einen Altersvorzug vor bereits bestehenden Hypotheken

12) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 67 ff. Einen Gegenatz zum römischen Rechte in Beziehung auf einen einzelnen Punkt weist nach Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechtes S. 113 ff.

13) Lenel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 3 S. 104 ff.

1) Pal. über die Generalhypothek Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 65 ff. Gaius in der l. 15 § 1 D. pign. 20, 1 nennt die Generalverpfändung eine Klausel „quae cottidie inseri solet cautionibus“. Siehe über sie l. 6, 7, 8 D. de pignoriibus 20, 1, l. 9 C. quae res pignori 8, 16.

2) l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20.

andichtete. Hiergegen traf Kaiser Leo Maßnahmen. Pfandrechte aus Urkunden, die vor der Obrigkeit — publice — oder vor 3 Zeugen — quasi publice — errichtet waren, sollten den privatschriftlichen vorgehen, auch wenn die letzteren ein älteres Datum an sich trügen.<sup>3</sup> Es war dies ein nützliches Palliativ gegen grobe Ausschreitungen; an der Wurzel war damit das Uebel nicht gefaßt.<sup>4</sup>

In Deutschland recipirte man mit dem römischen Rechte auch die römische Hypothek. Nur lokal erhielt sich zunächst älteres Recht, wonach die Bestellung von Pfandrechten an Immobilien vor dem Richter der belegenen Sachen geschah und in dessen Bücher eingetragen wurde.

Allmählig aber kam man zu Umgestaltungen des gemeinen Rechtes. Sie fielen größtentheils der partikularen Gesetzgebung<sup>5</sup> anheim; schließlich hat auch die Gesetzgebung des neuen Reiches eingegriffen. Ein Abschluß ist noch nicht erreicht.

a) Die Reform des Pfandrechtes an Immobilien knüpfte sich vorzugsweise an die Verordnung des Kaisers Leo. Man behandelte als öffentliche Pfandrechte an Immobilien nur die beim Richter der belegenen Sache angemeldeten und eingetragenen. Man beseitigte ferner das Vorrecht der „*pignora quasi publica*“ und entzog schließlich ihnen und den bloßen Privathypotheken an Immobilien die dingliche Kraft. Am meisten Widerstand fand, weil auch ethische und humane Rücksichten im Spiel zu sein schienen, die Einführung des Grundsatzes, die gesetzlichen Hypotheken lediglich als Titel zur Eintragung auf die Grundstücke des Schuldners gelten zu lassen. Doch auch dies wurde durchgesetzt.

3) l. 11 C. qui potiores in pignore 8, 17. Imp. Leo: *Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet condicionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus.* § 1 *Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.* a. 472.

4) Ueber die Streitfragen, die sich daran knüpften, daß man dieser Verordnung eine Tragweite geben wollte, die ihr an sich nicht innewohnte, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 151, Arndts § 386, Windscheid Bd. 1 § 245.

5) Die Entwicklung der preussischen Gesetzgebung, die den größten Einfluß gemann, giebt Dernburg und Hinrichs, preussisches Hypothekenrecht Bd. 1 S. 6 ff. in der Sammlung deutscher Hypothekenrechte von Meibom Bd. 8.

Heutzutage vollzieht sich die Verpfändung von Immobilien nach fast sämtlichen deutschen Partikularrechten nur durch Eintragung in die Hypotheken- oder Grundbücher. Ihre Einrichtung und ihr Charakter ist indessen ein sehr verschiedener. Nach vielen Partikularrechten haben die Eintragungen öffentlichen Glauben, d. h. wer von dem als Eigenthümer Eingetragenen im Glauben an die Rechtsbeständigkeit der Eintragung Rechte erwirbt, erlangt vollkräftige Rechte, auch wenn die Eintragung dem wahren Rechte nicht entspricht.<sup>6</sup>

b) Die Verpfändung von Mobilien wurde durch zahlreiche Partikularrechte an die reale Uebertragung des Besizes geknüpft. Das *constitutum possessorium*, d. h. die Erklärung des Verpfänders, für den Pfandgläubiger besizen zu wollen, genügt hierbei nicht.<sup>7</sup>

Die Reichsgesetzgebung schloß sich dem insoweit an, als sie das Verhältniß des Mobiliarpfandgläubigers zu anderen Gläubigern des Pfandschuldners regelte. Nur der Pfandgläubiger, welcher die Gewahrjam der Pfänder erlangte und behielt, hat hiernach im Falle des Konkurses des Pfandschuldners ein Absonderungsrecht gegenüber der Konkursmasse, nur er hat ein Vorrecht im Falle einer Pfändung seitens eines persönlichen Gläubigers des Pfandschuldners.<sup>8 9</sup>

6) Auf das Princip des öffentlichen Glaubens der Grundbücher und die Bedeutung dieses Principes kann hier nicht näher eingegangen werden. Es bestehen zwei Grundauffassungen. Nach der einen (namentlich durch Meibom, mecklenburg. Hypothekenrecht S. 81 ff., Erner, Publicitätsprincip, vertretenen) haben die Eintragungen im Grundbuche schlechthin rechtsbegründende, rechtsverändernde, rechtszerstörende Wirkung ohne Rücksicht auf die der Eintragung unterliegenden materiellen Verhältnisse, dies auch zu Gunsten des eingetragenen selbst und sogar dann, wenn er mala fide war, etwa durch strafbare Handlungen die Eintragung herbeiführte. Nur eine persönliche Anfechtungsklage gewährt man dem Verletzten, die folgerecht gegen seine Konkursmasse nicht dinglich wirkt und gegen Dritte nicht Platz greifen kann, selbst wenn sie in Kenntniß des Sachverhaltes erwarben. Dies System nennt man das der formalen Rechtskraft der Eintragungen. In ihm liegt eine Ueberspannung. Es handelt sich nur darum, den gutgläubigen Verkehr zu schützen, d. h. dritte Erwerber, welche im Glauben der Rechtsbeständigkeit der Eintragung handeln, der Eingetragene selbst erlangt durch die Eintragung nur Rechte, wenn die materiellen Voraussetzungen des Erwerbes vorhanden sind. Man kann dieses System das des Schutzes des Verkehrs nennen. Vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 201 Anm. 1.

7) Siehe übrigens Leonhard, über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag in den — von Gruchot begründeten — Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 25 S. 177 ff.

8) Einführungsgefeß zur Konkursordnung § 14: Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnungen bestehen an unbeweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn die Gewahrjam der Sache erlangt und behalten hat; C.P.O. § 710.

9) Oft wählen die Parteien zum Schutze des Geldgebers Verkauf von Objekten

## Zweites Kapitel.

### Voraussetzungen des Pfandrechtes.

#### I. Die Entstehungsgründe.

##### § 265. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im allgemeinen.

Das Pfandrecht entsteht durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung,<sup>1</sup> ferner durch den Richter und endlich unmittelbar in Folge des Gesetzes.<sup>2</sup>

Es wird also entweder mit dem Willen des Eigenthümers durch Rechtsgeschäft oder ohne und gegen den Willen des Eigenthümers durch das Gericht oder von Rechtswegen begründet. Wenn die Römer dies gesetzliche Pfandrecht ein stillschweigendes nennen, also auf den präsumtiven Willen des Eigenthümers zurückführen,<sup>3</sup> so ist dies eine Vorstellung, welche der Realität der Verhältnisse nicht entspricht. Denn auf das Vorhandensein dieses Willens kommt es nicht an.

Die Verpfändung ist entweder eine specielle oder eine generale, d. h. das ganze jetzige und künftige Vermögen ergreifende.

Im heutigen deutschen Rechte sind, wie oben ausgeführt wurde, Momente eingetreten, welche für die Entstehung der Pfandrechte von der größten Bedeutung sind.

des Geldempfängers unter Vorbehalt des Wiederkaufes in der oben § 263 geschilderten Weise. Hierbei bleibt der Verkäufer nicht selten im Naturalbesitz, indem er die verkauften Objekte bloß durch *constitutum possessorium* tradirt. Es fragt sich, ob solche Geschäfte wie wahre Verpfändung von Mobilien mittels bloßen *constitutum possessorium* zu behandeln sind? Man muß das bejahen, da sie geschlossen werden, um die Ausschließung der bloßen Verhypothezirung von Mobilien zu umgehen. Vgl. R.G. Bd. 2 n. 44 und 45, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 52, Sellwig im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 n. 9, siehe auch oben § 31 Anm. 11.

1) 1. 26 D. de pign. a. 14, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 33 und 34.

2) Erziehung eines Pfandrechtes findet nicht Statt. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 178.

3) Die Römer sprechen von *tacitae conventiones*, *hypotheca tacita*. Vgl. 1. 3, 4, 6 D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2, 1. un. § 1<sup>b</sup> C. de rei uxoriae actione 5, 13, 1. 1 § 2 C. communia de legatis 6, 43. Vgl. oben § 80, siehe auch Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 292.

Das Pfandrecht an Immobilien vollendet sich erst durch die Eintragung im Grundbuche, das Pfandrecht an Mobilien wird vollwirksam erst durch die Einhändigung des Besitzes.<sup>4</sup>

Die römischen Entstehungsgründe geben in Folge dessen nach heutigem Rechte im Grunde nur Anspruch auf die Herstellung eines formgemäßen Pfandrechtes; sie sind zu f. g. Pfandrechtstiteln geworden.

Gleichwohl ist das römische System der Begründung des Pfandrechtes im folgenden in seiner echten Gestalt darzustellen; daß es derzeit nur in modificirter Art zur Anwendung kommen kann, ist zur Genüge hervorgehoben.

### a) Die freiwillige Bestellung.

#### § 266. Die regelrechte Pfandkonvention.<sup>1</sup>

Der formlose Vertrag genügt zur Verpfändung.<sup>2</sup> Ausdrücklichkeit ist nicht erfordert. Oft werden indirekte, verhüllende Ausdrücke gewählt, z. B. „deponiren“, „Deckung geben“, „Kautionsstellen“.<sup>3</sup> Stillschweigen kann ausreichen; es ist z. B. der Eigenthümer, welcher sein Recht kennt, bei der Verpfändung seiner Sache gegenwärtig und schweigt.<sup>4</sup> Reservation eines Pfandrechtes seitens eines Veräußerers ist nichts seltenes; hierin liegt aber nicht Erhaltung bestehenden Rechtes, sondern die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses.<sup>5 6</sup>

Schriftlichkeit der Pfandbestellung ist nichts nothwendiges, tatsächlich bildet sie aber begreiflich die Regel.<sup>7</sup> Wer es erforderlich

4) Vgl. oben § 264.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 22.

2) „nuda conventione“ l. 1 D. de pign. act. 13, 7.

3) Vgl. l. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22, l. 2 C. quae res pignori 8, 16.

4) l. 26 § 1 D. de pignoribus 20, 1, l. 2 C. si aliena res 8, 15, l. 5 § 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2; vgl. oben § 98 Riff. 2, Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 217.

5) l. 1 § 4, l. 2 D. de rebus eorum 27, 9, oben § 251 Anm. 15; Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 32; Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 11; Freisen, Vorbehalt 1881 S. 43 ff.; Kohler, pfandrechtl. Forschungen S. 261 Anm. 1. Anderer Ansicht Lang im Archiv für civ. Praxis Bd. 28 S. 383, Arndts § 371 Anm. 2.

6) Ueber das bedingte und betagte Pfandrecht vgl. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 5, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 181, Bd. 2 S. 296, Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 48 ff.

7) l. 4 D. de pignor. 20, 1.

findet, sich durch Pfand zu sichern, wird sich auch eine Urkunde verschaffen, ohne welche sein Recht nicht zu beweisen und demzufolge fast werthlos ist.

Wer kann ein Pfand bestellen? wer erwerben?

a) Nur der Gläubiger der persönlichen Forderung kann für dieselbe ein Pfandrecht erwerben.<sup>8</sup> Es macht keinen Unterschied, ob dies der ursprüngliche Gläubiger oder ein Cessionar ist. Statt des Gläubigers können Bevollmächtigte handeln.<sup>9</sup> Erwerb durch einen negotiorum gestor fordert Genehmigung des Gläubigers. Sie hat nach allgemeinen Grundsätzen rückwirkende Kraft, vorbehaltlich inzwischen erworbener Rechte Dritter.<sup>10</sup>

b) Nur der Eigenthümer kann seine Sache mit vollem Effekte verpfänden.<sup>11 12</sup> Emphyteuten, Superficiare,<sup>13</sup> publicianisch Berechtigte<sup>14</sup> können dies nur mit beschränkter Wirkung, d. h. unbeschadet der Rechte derer, denen sie selbst nachstehen.

Verpfänden kann man seine Sache wie für die eigene Schuld so für diejenige eines Dritten.<sup>15</sup> Pfandbestellung für die Schuld eines Dritten bildet eine Art der Intercession.<sup>16</sup>

### § 267. Pfandkonventionen über fremde Sachen.<sup>1</sup>

Die Entstehung des Pfandrechtes verlangt der Regel nach Eigenthum des Verpfänders zur Zeit der Pfandkonvention.

8) Eine Anwendung macht l. 33 D. de pignoribus 20, 1.

9) Anders nach justinianischem Rechte, l. 11 § 6 D. de pign. a. 13, 7, vgl. freilich l. 21 pr. D. de pign. 20, 1. Ueber den Widerstreit siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 204.

10) Wer unfähig ist, Eigenthum an einer Sache zu erwerben, ist um deswillen nicht auch unfähig, ein Pfandrecht an derselben zu erlangen, l. 24 D. de pign. 20, 1. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 194.

11) Siehe unten § 267 Anm. 2.

12) Gesetzliche Veräußerungsverbote stehen auch der Bewilligung von Pfandrechten entgegen, vgl. oben § 217 Anm. 6. Eine Beschlagnahme der Sache ferner, z. B. in Folge der Konkursöffnung, hindert die Rechtswirksamkeit des Pfandrechtes gegenüber denjenigen, zu deren Gunsten die Beschlagnahme ausgebracht ist.

13) Vgl. oben § 259 Anm. 13.

14) l. 18 D. de pignoribus 20, 1. Paulus libro 10 ad edictum: Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accipi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam, l. 21 § 1 D. eod., vgl. l. 14 D. qui pot. 20, 4.

15) l. 5 § 2 D. de pignoribus 20, 1.

16) l. 1 § 4 D. de pign. oribus 20, 1, siehe oben § 55 Anm. 2.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 28 ff. und dort citirte, insbesondere Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 6, ferner Erner, Kritik S. 105.

Demgemäß forderte die römische Pfandklage das „in bonis esse tempore conventionis“.<sup>2</sup> Aber die Regel ist keine ausnahmslose. Man erkannte vielmehr in zahlreichen Fällen die Verpfändung fremder Sachen als rechtsbeständig an, in denen der Verpfänder erst nach Abschluß der Pfandkonvention Eigentümer der Pfandsache wurde. Diese Fälle ordnen sich zwei Kategorien unter:

1. Pfandverträge, die in Erwartung künftigen Erwerbes durch den Verpfänder abgeschlossen werden — anticipirende Pfandkonventionen<sup>3</sup> —, erhalten Wirksamkeit, wenn sich diese Erwartung hinterher erfüllt.<sup>4</sup>

Dies gilt für die Verpfändung bestimmter fremder Sachen, wie für Pfandkonventionen über Gesamtheiten, die einer regelmäßigen Ergänzung und Erneuerung unterliegen. Hauptbeispiel der ersten Art ist Verpfändung einer dem Verpfänder geschuldeten Sache;<sup>5</sup> denn der Sinn dieses Geschäftes ist Bewilligung eines Pfandrechtes an dem Schuldobjekte für den Fall seiner Leistung an den Verpfänder. Hauptbeispiel der zweiten Art ist die Generalhypothek, da sie alle Objekte, die der Verpfänder hat und erwerben wird, umfaßt.<sup>6 7</sup>

Eine wichtige Streitfrage begriff die Rangordnung mehrerer zu verschiedenen Zeiten bezüglich künftigen Erwerbes bewilligter Hypotheken. Einige Schriftsteller ordnen sie nach dem Datum des Verpfändungsgeschäftes, andere schreiben ihnen gleichen Rang zu. Nach einem einzelnen, aber wichtigen Falle pflegt man die Streitfrage auch so zu formuliren, ob mehrere zu verschiedenen Zeiten bestellte General-

2) Vgl. die oben § 263 Anm. 11 wiedergegebene Formel, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1, l. 6 C. si aliena res 8, 15.

3) Der Pfandvertrag kann auch andere Umstände anticipiren, namentlich die Entstehung der Forderung, welche versichert werden soll. Wir bezeichnen jedoch die dem Erwerbe des Pfandobjektes vorgehende Konvention in vorzüglichem Sinne als anticipirende.

4) l. 16 § 7 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit.

5) l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 4, l. 1 pr. D. de pign. 20, 1, abgedruckt unten Anm. 6.

6) l. 1 pr. D. de pignoribus 20, 1. Papinianus libro 11 responsorum: Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventionione, si non fuit ei qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio. Vgl.erner, Kritik S. 112, Bethmann-Hollweg a. a. D.

7) Vgl. ferner l. 13 pr. D. de pign. 20, 1, l. 34 D. eod., abgedruckt unten § 272 Anm. 7.

hypotheken bezüglich des späteren Erwerbes des Verpfänders nach dem Datum der Bestellung zu ordnen sind, oder hinsichtlich dieses Erwerbes gleiche Rechte haben? Die erstere Ansicht ist die richtige. Denn wenn auch, was die Gegner betonen, die mehreren Pfandrechte die Sache in einem Momente, nämlich dem des Erwerbes durch den Verpfänder ergreifen, so geschieht dies doch in dem Sinne und in der Ordnung, in welcher sie ursprünglich bewilligt sind, so daß das zuerst begründete als vorgehendes, das später bestellte als nachfolgendes anzusehen ist.<sup>8</sup>

2. Die Verpfändung fremder Sachen konvalescirt, wenn der Verpfänder später deren Eigenthümer wird, falls der Gläubiger denselben zur Zeit des Pfandgeschäftes für berechtigt zur Verpfändung gehalten hatte.<sup>9</sup> Nicht minder konvalescirt unter

8) Für die hier vertheidigte Ansicht sind die Quellen. l. 7 C. qui potiores 8, 17. Imp. Diocletianus et Maximianus: Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Wie aus dem Schlußsaze hervorgeht, lag ein Rechtsfall vor, in welchem der Schuldner in Bezug auf eine künftig zu erwerbende Sache successive verschiedenen Gläubigern Hypotheken bewilligt hatte. Indem nun das Rescript feststellt, daß zwar in der Regel die früher begründete Hypothek an und für sich vorgehe, dennoch aber die spätere den Vorzug habe, wenn durch das spätere Pfandgeschäft die Pfandsache für den Schuldner erworben wurde, giebt es deutlich dem Saze die Sanction, daß auch unter den mehreren den Erwerb anticipirenden Pfandrechten die Zeitfolge der Bestellung entscheide. Dies Zeugniß hält auch Windscheid Bd. 1 § 242 Anm. 10 „für ein nicht leicht zu beseitigendes“. Aber auch l. 3 § 1, l. 21 pr. D. qui pot. 20, 4 sind beweiskräftig. Dagegen führt man an l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. Diese Stelle beweist indeß für die Gegner nur, wenn man unterstellt, daß die in ihr erwähnten Pfandrechte successive begründet wurden. Allein dies geht aus derselben nicht hervor, vielmehr ist gleichzeitige Verpfändung an die beiden Hypothekarien anzunehmen, wofür das concurrere „et“ in pignore einen Anhalt giebt. — Hauptvertreter der Gegenansicht ist Vangerow Bd. 1 § 369 Anm. 1, für die hier vertretene vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 29 und 30, Regelsberger, Altersvortrag der Pfandrechte S. 68, siehe auch R.Ü. Bd. 10 S. 41.

9) Freilich ist bestritten, ob wahre Konvalescenz eintritt. Die Gegenansicht stützt sich auf l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4. Africanus libro 8 quaestionum: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc quum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse. Die von der Titia bewilligte Nachhypothek soll also nicht konvalesciren, wenn die Titia im Augenblicke der Abfindung des ersten Hypothekars nicht mehr Eigenthümerin ist. Diese Entscheidung ist nur daraus zu erklären, daß

dieser Voraussetzung die Verpfändung, wenn der Eigenthümer Erbe des verpfändenden Nichteigenthümers wird.<sup>10</sup> Wird er bloß Theilerbe, so erhält das Pfandrecht an dem ideellen Theile der Pfandsache Geltung, welcher der Erbportion des Eigenthümers entspricht.<sup>11</sup>

Werden künftige Sachen verpfändet, so tritt das Pfandrecht an ihnen in Kraft, sofern sie in der That entstehen und Eigenthum des Verpfänders werden. Dies gilt insbesondere für verpfändete nichtgetrennte Früchte, falls sie in das Eigenthum des Verpfänders nach ihrer Separation kommen.<sup>12</sup>

### b) Gesetzliche Pfandrechte.<sup>12</sup>

#### § 268. Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters.

Die römischen gesetzlichen Pfandrechte sind theils specielle — an einzelnen Vermögensbestandtheilen, theils generelle — an einem Gesamtvermögen.

Africanus in Uebereinstimmung mit der älteren römischen Jurisprudenz die Bewilligung einer Nachhypothek noch als bedingt durch die Abfindung des vorstehenden Gläubigers ansah. Unter dieser Voraussetzung ließ sich sagen, das dem Mävius bewilligte Pfandrecht kann nicht entstehen, wenn sich keine Bedingung durch Abfindung seines Vorgängers, des Titius, purificirt; denn nunmehr war die Verpfänderin, die Titia, nicht mehr Eigenthümerin der Pfandsache; es kann aber auch nicht durch Rückziehung auf den Augenblick der Pfandkonvention Kraft gewinnen, denn damals war die Titia noch nicht Eigenthümerin. Im späteren Rechte gilt die Nachhypothek nicht mehr als bedingte; der Entscheidung des Africanus ist also das Fundament entzogen. Ueber die verschiedenen Auffassungen vgl. Windscheid in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 n. 10 und Pand. Bd. 1 § 230 Anm. 8.

10) Gegen die Konvalescenz in diesem Falle erklärt sich Paulus libro 3 quaestionum l. 41 D. de pign. act. 13, 7: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori. non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. Für die Konvalescenz spricht sich aus Modestinus libro 7 differentiarum l. 22 D. de pignoribus 20, 1. Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. Die zahlreichen Vereinigungsversuche sind sämmtlich mißlungen, der Widerspruch ist nicht zu beseitigen. Nachhofen S. 548 zieht die Ansicht des Paulus vor. Aber die gemeine Meinung schließt sich mit Recht Modestinus an. Hierfür spricht die Analogie der exceptio rei venditae et traditae entscheidend. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 269.

11) arg. l. 14 C. de rei vind. 3, 32, vgl. oben § 216 Anm. 10.

12) Vgl. l. 15 pr. D. de pignor. 20, 1. l. 11 § 3 D. qui pot. 20, 4. Verschiedene Ansichten siehe bei Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 10, Cyner, Kritik S. 108.

1) Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2 Tit. Cod. 8, 14. Die gesetzlichen Pfandrechte behandelt ausführlichst Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte 2 Theile 1803,

Unter den Specialpfandrechten sind die des Vermiethers<sup>3</sup> und des Verpächters die wichtigsten.

a) Der Vermiether von städtischen Grundstücken — von Häusern,<sup>4</sup> Magazinen, Stallungen, Plätzen zum Verfertigen oder zum Aufbewahren von Objekten<sup>5</sup> — hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethverhältniß<sup>6</sup> ein gesetzliches Pfandrecht an den in die Miethsache eingebrachten Mobilien des Miethers — dessen Illaten. Nicht verpfändet ist bloß gelegentlich und vorübergehend eingestelltes.<sup>7</sup> Objekte Dritter unterliegen dem Pfandrechte nur, wenn deren Eigenthümer der Verpfändung zustimmen.<sup>8</sup> Die vom Untermiether eingebrachten Mobilien sind auch dem ersten Vermiether verpfändet, jedoch nur zu dem Betrage, welchen der Untermiether seinem Vermiether schuldet.<sup>9</sup>

ferner Dernburg, Pf.R. Bd. 1 §§ 35 ff., wo auch ältere Litteratur citirt ist; siehe auch Bangerow Bd. 1 §§ 374 ff.

2) Das neuere Recht hat mehrere der wichtigsten Fälle der Retentionsrechte zu gesetzlichen Pfandrechten gesteigert und damit dem Retinenten Verkaufrecht gewährt. So entsteht das Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers an dem Kommissions-, Expeditions- und Frachtgute nach H.G.B. Artt. 374, 382, 409, ferner das allgemeine kaufmännische Retentionsrecht nach H.G.B. Art. 313—315. Auch die R.D. giebt im § 41 mehreren Retentionsberechtigten die Rechte von Faustpfandgläubigern im Verhältniß zur Konkursmasse.

3) Das Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers, ursprünglich nur Usance der Stadt Rom, wurde von Justinian zum Rechte des gesammten Reiches erhoben, l. 7 C. in q. c. p. 8. 14.

4) l. 4 pr. D. in q. c. p. t. 20, 2. Neratius libro 1 membranarum: Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

5) l. 3, l. 4 § 1 D. h. t. 20, 2, l. 198 D. de V. S. 50, 16.

6) Das Pfandrecht schützt alle Ansprüche aus dem Miethskontrakt, nicht bloß Miethzinsforderungen, sondern auch Ansprüche wegen Deteriorationen der Miethsache und wegen Auslagen des Vermiethers in Folge des Miethsverhältnisses, l. 2 D. h. t. 20, 2.

7) l. 7 § 1 D. h. t. 20, 2. Pomponius libro 13 ex variis lectionibus: Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint, quod magis est, vgl. l. 32 pr. D. de pignoribus 20, 1, R.D.H.G. Bd. 6 S. 284. Das Pfandrecht des Vermiethers erstreckt sich auch auf verkäufliche Waaren, welche in die gemietheten Räume, Magazine, Läden eingebracht sind. Denn auch solche Waaren haben bis zu ihrer Fortschaffung dort ihren regelmäßigen Aufenthalt, gleichsam ihren Sitz. Es treten jedoch nach dem vermuthlichen Willen der Betheiligten die Waaren, welche bis zur Bornahme der Beschlagnahme des Vermiethers ordnungsmäßig veräußert wurden, aus der Haftung, vgl. l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1, R.D.H.G. Bd. 6 S. 285. — Nach R.G. in Strafsachen Bd. 4 S. 198 erstreckt sich das Pfandrecht auch auf Sachen, die nach § 216 der C.P.D. der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind.

8) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechtes. Inferirt der Miether Mobilien seiner Frau, und ist er nach dem ehelichen Güterrechte, unter dem die Eheleute stehen, zur Verpfändung ihrer Mobilien befugt, so gelten dieselben durch die Illation als verpfändet.

9) l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione 13, 7, Ulpianus libro 28 ad edictum:

b) Der Verpächter landwirthschaftlicher Grundstücke hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den Früchten des Pachtgutes,<sup>10</sup> welche der Pächter oder dessen Aftpächter<sup>11</sup> percipirt.

Ein besonderer Schutz des Pfandrechtes des Vermiethers liegt in seinem Verklusionsrechte, d. h. dem Rechte, die Wegschaffung der ihm verpfändeten Objekte aus der Miethsache zu verhindern.<sup>12 13</sup> Rechtswidrige Wegführung der Illaten zu Gunsten des Eigenthümers, wie auch der Versuch einer solchen ist mit öffentlicher Strafe bedroht.<sup>14</sup>

Der Miether hatte in Rom behufs Freigebung seiner perkludirten Objekte ein eigenes *interdictum de migrando*, falls er die Tilgung der Miethschuld nachwies oder darthat, daß die retinirte Sache nicht zu den gepfändeten gehörte. Hierzu reicht heutzutage die Klage aus dem Miethkontrakt aus.<sup>15</sup> Zweifelsohne kann der Miether auch eine einstweilige richterliche Verfügung erwirken, wonach der Vermiether nicht mehr zurückhalten darf, als zu seiner Sicherung unentbehrlich ist.

Das Recht des Vermiethers und Verpächters geht nicht in seinem Retentionsrechte auf, wie dies ältere Schriftsteller oft annahmen. Er

unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri — nam et Julianus scribit solvi ei posse — et si partem tibi, partem ei solvero, tantumdem erit dicendum, plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur, videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio cenacularii proficiat domino, sed sua propria. Vgl. über diese Stelle Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 307.

10) l. 7 pr. D. in quib. caus. p. 20, 2, vgl. l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2.

11) l. 24 § 1, l. 53 D. locati 19, 2.

12) l. 9 D. in quib. caus. p. 20, 2, Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 332.

13) Das Zurückhaltungsrecht ist Ausfluß des Pfandrechtes. Es bildet also nicht ein selbständiges Retentionsrecht zu Gunsten des Vermiethers, doch wurde es früher vielfach als solches aufgefaßt. Mehrere Partikulargesetzgebungen haben daher das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers aufgehoben, ohne damit das Retentionsrecht des Vermiethers aufheben zu wollen, das sie als Recht selbständiger Art fortbestehend dachten. So war der Gang der Dinge namentlich in Bayern, vgl. R.G. in Strafsachen Bd. 11 S. 226.

14) Strafgesetzbuch § 289. Wer die inferirten Mobilien nicht zu Gunsten des Eigenthümers, sondern in eigenem Interesse wegbirgt, verfällt dem Strafgesetze nicht, R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 325. Der Miether ist nicht berechtigt, einzelne Sachen eigenmächtig fortzuschaffen und den Vermiether darauf zu verweisen, daß er in den zurückbleibenden übrigen Sachen eine genügende Deckung für die verfallene Miete finde, R.G. für Strafsachen Bd. 3 S. 24. Eine ausdrückliche Erklärung des Vermiethers, von seinem Zurückhaltungsrechte Gebrauch machen zu wollen, ist zur Strafbarkeit der Vorbringung der Illaten nicht erfordert, es genügt, daß die Umstände unzweideutig erkennen lassen, daß der Vermiether sein Pfandrecht an der gemietheten Sache geltend machen wollte. R.G. für Strafsachen Bd. 4 S. 43, Bd. 6 S. 321.

15) Tit. Dig. de migrando 43, 32, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 334.

kann auch das weggebrachte mit der Pfandklage verfolgen. Doch werden die mit Wissen und ohne Einspruch des Vermiethers aus der Miethsache weggeschafften Illaten von der Pfändung nach anerkannter Gewohnheit frei.<sup>16</sup>

Die deutsche Konkursordnung<sup>17</sup> enthält bezüglich des Rechtes des Vermiethers und Verpächters besondere Bestimmungen. Hiernach stehen den Faustpfandgläubigern im Konkurse gleich und haben ein Absonderungsrecht aus der Masse:

a) Vermiether wegen des nach Eröffnung des Verfahrens laufenden und des für das letzte Jahr vorher rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern diese Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden,

b) Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse in Ansehung der Früchte des Grundstückes und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden.

Auffallend ist, daß das Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters hiernach schlechthin an das Verbleiben der Illaten und Früchte auf dem Grundstücke gebunden scheint. Soll dies auch von dem gelten, was heimlich oder gewaltsam vor der Konkursöffnung aus der Miethsache entfernt und noch im Besitze des Gemeinschuldners oder seiner Helfershelfer ist? Dies ist wenig rationell und war wohl kaum Absicht des Gesetzes. Doch hält die Praxis am Wortlaut fest.<sup>18</sup>

§ 269. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte.

Die zahlreichen römischen Legahypotheken wurden durch die gemeinrechtliche Praxis zum Theil noch erweitert und vermehrt.

A. Gesetzliche Specialhypotheken stehen ferner folgenden Ansprüchen zur Seite:

1. Gelddarlehen zur Wiederherstellung von Gebäuden an den hergestellten Gebäuden;<sup>1</sup>

16) R.D.S.G. Bd. 16 S. 288 und dort citirte Schriftsteller.

17) R.D. § 41 Ziff. 2 und 4.

18) R.G. Bd. 8 S. 99. Die Bestimmungen der Konkursordnung können nur auf die Konkursgläubiger und Pfändungsgläubiger, nicht aber auf das Verhältniß zum Verpfänder oder zu Dritten, die für den Verpfänder oder als Eigenthümer besitzen, bezogen werden.

1) I. 1 D. in quib. caus. p. 20, 2. Madai in Lindes Zeitschrift Bd. 19 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 37, Schläger im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 S. 83.

2. Ersatzforderungen unmündiger Mündel an den mit ihrem Gelde von ihrem Vormunde oder von Dritten angeschafften Objekten; <sup>2</sup>

3. Vermächtnißforderungen an den Objekten, welche der Belastete vom Erblasser erhielt. <sup>3</sup>

B. Gesetzliche Generalhypotheken stehen zu:

1. dem Fiskus<sup>4</sup> wegen direkter Abgaben<sup>5</sup> und wegen Forderungen aus Kontrakten,<sup>6</sup> <sup>7</sup> der Kirche am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen Verschlechterung ihrer Emphyteuten<sup>8</sup> und nach der Praxis am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Ansprüche aus der Verwaltung,<sup>9</sup> endlich nach der Praxis auch den Städten wegen ihrer Ansprüche an ihre Verwalter an deren Vermögen; <sup>10</sup>

2. den Minderjährigen<sup>11</sup> und Geisteskranken<sup>12</sup> am Vermögen ihrer Vormünder; <sup>13</sup> <sup>14</sup>

2) l. 6 C. de servo pignori dato 7, 8. Dieses Pfandrechtes gedenkt auch l. 7 pr. D. qui pot. 20, 4, l. 3 D. de rebus eorum 27, 9. vgl. übrigens l. 17 C. de pignoribus 8, 13, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 39. Ueber ein anderes Recht, welches dem Unmündigen wegen der mit seinem Gelde angeschafften Objekte zusteht, siehe oben § 225 Anm. 8.

3) l. 1, l. 2 C. comm. de legatis 6, 43, nov. 108 cap. 2, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 40.

4) l. 1 C. in q. c. p. t. c. 8, 14, l. 1 C. si propter publicas pensationes 4, 46. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 43.

5) Dem Fiskus stehen Regent und Regentin allgemein gleich nach l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

6) l. 2 C. in q. c. p. t. c. 8, 14 Antoninus: Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur. l. 2, l. 3 C. de privilegio fisci 7, 73. l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 41 ff.

7) Streitfrage ist, ob der Fiskus für alle seine Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht erhielt. In der l. 46 § 8 D. de jure fisci thut Hermagenianus libro 1 juris epitomatum den Anspruch: fisco semper habet jus pignoris. Hierin sehen viele einen entscheidenden Beweis für die Allgemeinheit des fiskalischen Pfandrechtes. Aber der Ausspruch Hermagenians bezeichnet kurz das regelmäßige, ganz genau ist er nicht. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 340. Anders jedoch Windscheid Bd. 1 § 232 Anm. 1, Bangerow Bd. 1 § 375 n. 1, Arndts § 373 Ziff. a.

8) nov. 7 cap. 3 § 2.

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 13 und dort citirte, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 9, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

11) Dies Legalpfandrecht führte Konstantin ein, l. 20 C. de adm. tutelae 5, 37, vgl. l. 1 C. Theod. de adm. et per. tutorum 3, 30. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 45.

12) l. 7 §§ 5<sup>a</sup> und 6<sup>c</sup> C. de curat. furiosi 5, 70.

13) Heirathet die Mutter-Vormünderin vor Rechnungslegung und Herausgabe des Mündelvermögens an ihre Kinder aufs neue, so ist auch das Vermögen des Stiefvaters den Kindern verpfändet, l. 2 C. quando mulier 5, 35, l. 6 C. in q. c. p. t. 8, 14.

14) Die Hypothek verhaftet richtiger Ansicht nach auch das Vermögen der Protutoren, d. h. der Personen, die das Mündelgut, ohne Vormünder zu sein, gleich als wären sie Vormünder, verwalten, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 366 und dort citirte.

3. den Kindern am Vermögen ihres Vaters wegen ihrer mütterlichen Adventitien,<sup>15</sup> ferner am Vermögen von Vater oder Mutter wegen Erstattung der *lucra nuptialia*, welche diese in Folge einer früheren Ehe gewonnen und in Folge ihrer Wiederverheirathung an ihre Kinder aus dieser Ehe verloren haben;<sup>16</sup>

4. der Ehefrau wegen Rückgabe ihrer Dos am Vermögen des Mannes — *Dotalhypothek*<sup>17</sup> —, außerdem wegen ihres übrigen der Verwaltung des Mannes anvertrauten Vermögens — der *Paraphernen*,<sup>18</sup> und endlich dem Ehemanne am Vermögen des Bestellers der Dos wegen deren Entrichtung.<sup>19 20</sup>

5. Es besteht auch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen dessen, welchem das von seinem verstorbenen Ehegatten unter der Bedingung des Nichtwiederverheirathens hinterlassene interimistisch ausgehändigt wurde, für den Fall, daß die Bedingung nicht ausgehalten wird, zu Gunsten der dann Rückforderungsberechtigten.<sup>21</sup>

### c) Richterliche Pfandrechte.

#### § 270. Das *pignus praetorium*.

Richterliche, d. h. unter gerichtlicher Autorität begründete Pfandrechte bilden Mittel der Verfolgung und Verwirklichung der Rechte.<sup>1</sup>

15) l. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Justinianus: Illius etiam patris, qui in sua potestate... liberos... habens maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, isdem liberis bona supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus. Vgl. über die einschlagenden Streitfragen Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 47, Bangerow Bd. 1 § 375 n. 3.

16) l. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Zu den *lucra nuptialia* gehören Ehenfungen, die Dos, die propter nuptias donatio, letztwillige Zuwendungen vom Ehegatten und Intestaterbschaften, die dem Ueberlebenden in seiner Eigenschaft als Ehegatte zukommen.

17) Dies ist Bestandtheil der Regelung der *Dotalklage* durch Justinian in der l. un. § 1<sup>b, c</sup> C. de rei uxoriae actione 5, 13 a 530, vgl. l. 30 C. de jure dotium 5, 12, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 46.

18) l. 11 C. de pactis conventis 5, 14. Justinian giebt den Worten nach die Hypothek nur wegen *Paraphernalkapitalien*. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 393.

19) l. un. § 1<sup>b</sup> C. de rei uxoriae act. 5, 13.

20) Die *Legalhypothek* zu Gunsten der „propter nuptias donatio“ kann hier übergangen werden, als total unpraktisch.

21) nov. 22 cap. 43 und 44, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 50.

1) Kann der Richter in Theilungsprozessen Pfandrechte begründen? Den römischen Quellen ist dies unbekannt und auch im heutigen Rechte kommt derartiges nicht vor. Vgl. Dernburg Bd. 1 S. 177, anders Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 1. Der Richter begründet aber nach heutigem Rechte Pfandrechte im Gefolge der noth-

Sie stehen daher in engstem Zusammenhange mit der Verfassung und dem Verfahren der Gerichte.

In Rom bestanden zwei hierhergehörige Institutionen von verschiedenem historischen Ursprunge, nämlich das Einweisungspfandrecht — pignus praetorium — und das Pfändungspfandrecht — pignus in causa iudicati captum. Beide sind nur in sehr veränderter Gestalt heute noch in Geltung.

Das prätorische Pfandrecht knüpfte sich an die Besitznahme auf Grund einer Einweisung — missio — des Prätors.<sup>2</sup>

Es gab vier Missionen von pfandrechtlischem Charakter.<sup>3</sup>

a) Die missio rei servandae causa war Einweisung in das Gesamtvermögen des Schuldners. Sie leitete das Konkursverfahren ein, wenn sich der Schuldner der Eröffnung eines Prozesses durch die Flucht entzog — fraudationis causa latitavit — oder wenn er sein Vermögen wegen Ueberschuldung den Gläubigern abtrat — cessio bonorum — oder wenn er verstarb und sein Nachlaß keinen Erben fand; auch diente sie der Exekution von Urtheilen.<sup>4</sup>

b) Die missio legatorum servandorum causa wies die Legatäre in die Erbschaftsmasse, falls sich der Erbe der Bürgerstellung für Vermächtnisse weigerte, deren Auszahlung nicht sofort geschehen konnte.<sup>5</sup>

---

wendigen Subhastation von Grundstücken, wenn er die Ansprüche auf das vom Ersteher gebotene, aber nicht entrichtete Kaufgeld den Perceptionsberechtigten zumeist und zu ihren Gunsten Hypotheken auf dem subhastirten Grundstück eintragen läßt.

2) Das prätorische Pfandrecht behandelt eingehend Bachofen, Pfandr. S. 281 ff., vgl. weiter Dernburg, Pfandr. S. 400 ff.

3) Die prätorischen Missionen überhaupt zerfallen in zwei Kategorien. Die Missionen der einen Art stellen den faktischen Zustand her, auf welchen der Eingewiesene ein Recht behauptet. Hierher gehören die Einweisungen von Erben in den Nachlaß, z. B. die des Geisteskranken — bonorum possessio furiosi nomine — oder des in einem dem Anschein nach rechtsbeständigen Testamente Eingesezten. Solche Missionen begründen kein Pfandrecht. Die andere Kategorie bezweckt nicht unmittelbare Realisirung eines Anspruches, sondern nur Sicherung für dessen Erfüllung. Hier entsteht Pfandrecht. Die bezüglichen Fälle stellt l. 1 D. quibus ex causis in possessionem 42, 4 zusammen.

4) An die missio rei servandae causae schloß sich die emtio bonorum — der Gesamtverkauf des Vermögens des Schuldners. Das genauere gehört in die Darstellung des römischen Civilprozesses. Vgl. Keller, römischer Civilprozeß § 82, Bethmann-Hollweg, römischer Civilprozeß Bd. 2 § 114, Bd. 3 § 159, Dernburg, bonorum emtio 1850.

5) Vgl. l. 5 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Außer der missio legatorum servandorum causa bestand die s. g. missio Antoniniana, eine Einweisung des Vermächtnisnehmers, welcher die Entrichtung des fälligen Vermächtnisses vom Erben gerichtlich gefordert und binnen 6 Monaten nicht erhalten hatte, in das gesammte ererbte und eigene Vermögen des Erben mit dem Rechte, die Früchte behufs seiner Befriedigung zu gewinnen.

c) Die Einweisung in das Nachbargrundstück, von welchem Schaden drohte, sicherte den bedrohten Nachbar, im Fall ihm die *cautio damni infecti* verweigert wurde.<sup>6</sup>

d) Die *missio ventris causa* kommt der schwangeren Frau zu gute, wenn sie dem Erblasser präsumtiv einen künftigen Erben gebären wird. Sie setzt in die ruhende Erbschaft ein behufs Gewinnung und Sicherung von Alimenten.<sup>7</sup>

Der Eingewiesene erlangte mit der Besiznahme Detention und Obhut neben dem Sachbesitzer, der zunächst nicht aus dem Besitze verdrängt wurde.<sup>8</sup> An die Besiznahme knüpfte sich des weiteren prätorisches Pfandrecht,<sup>9</sup> welches jedoch eigenthümlicher Art war.<sup>10</sup>

Die *missio ventris nomine* ist praktischen Rechtes. Die drei anderen Missionen sind in ihrer römischen Gestalt antiquirt. Ein Surrogat besteht darin, daß in vielen Territorien die Eintragung einer Hypothek auf Grund rechtskräftigen Urtheiles stattfindet. Auch die Sequestration — Zwangsverwaltung — von Immobilien des Schuldners zum Zwecke der Urtheilsvollstreckung hat etwas verwandtes.<sup>11</sup>

### § 271. Pfändungspfandrecht.

Die zweite Hauptart des richterlichen Pfandrechtes, das Pfändungspfandrecht,<sup>1</sup> lehnt sich zwar historisch an das römische und gemeine Recht an, hat aber durch die C.P.D. eine besondere Ausprägung erhalten.

Pfändung ist ein Akt, durch welchen man einem Schuldner behufs Sicherung eines Anspruches die Verfügung über ein Vermögensobjekt

6) Oben § 231 Anm. 14 und 15.

7) Das nähere ist im Erbrecht darzustellen.

8) l. 3 § 23 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Vgl. oben § 174 Anm. 5.

9) l. 26 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 3 disputationum: *Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.* Als Pfandrecht faßt die Stellung des Zimmittirten bereits Julianus libro 44 Digestorum l. 2 pr. D. pro herede 41, 5: *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione jus pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.*

10) Erst Justinian gab in der l. 2 C. de pignore praetorio 8, 21 dem Zimmittirten eine *actio hypothecaria*.

11) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 416.

1) Rudolph, zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht in Ihering's Jahrb. Bd. 20 n. 8.

entzieht. Sie geschieht bei körperlichen Sachen vorzugsweise durch Aneignung des Besitzes. Ein Pfandrecht im wahren Sinne, insbesondere ein Vorrecht vor bereits bestehenden persönlichen Forderungen ist nicht nothwendig in ihrem Gefolge. Aber die Pfändung kann ein solches begründen.

a) In Rom kam erst seit der Kaiserzeit und nur im Extraordinarverfahren die Vollstreckung von Urtheilen durch richterliche Pfändung — *pignus in causa judicati captum* — in Aufnahme. Der Exekutor pfändete zunächst die Mobilien, eventuell auch die Immobilien des Schuldners und verkaufte, falls Zahlung dadurch nicht erreicht wurde, frühestens nach 2 Monaten die gepfändeten Objekte gegen baare Zahlung.<sup>2</sup> Wollte Durchbildung scheint das Institut nicht gefunden zu haben. Welche Rechte andere Gläubiger hatten, die sich solcher Pfändung anschließen wollten, ist nirgends unzweideutig bestimmt.<sup>3</sup>

b) Die C.P.D.<sup>4</sup> giebt dem Extrahenten der Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen.<sup>5</sup> Indessen erstrecken sich die Bestimmungen der C.P.D. nicht auf die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.<sup>6</sup>

Die Pfändung dient der Vollstreckung von Geldforderungen.

Sie geschieht an körperlichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher mittels Besiznahme der gepfändeten Objekte und unter gewissen Voraussetzungen mittels dauernder, die Pfändung manifestirender Zeichen, z. B. Anlegung von Siegeln, Aufrihtung von Pfandtafeln.<sup>7</sup> Ihre Wirkung erlischt mit dem Verlust der Gewahrjam durch den Gerichtsvollzieher, sowie mit völliger Verdunkelung der Pfandzeichen.

Das Pfändungspfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht.

2) Vgl. namentlich l. 15 D. de re judicata 42, 1, sowie l. 31 D. eod.

3) Gegen die Auffassung des römischen *pignus in causa judicati captum* als eines voll durchgebildeten Pfandrechtes hat sich Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 417 und Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 5 erklärt. Anderer Ansicht ist Stölzel im Archiv für civ. Praxis Bd. 45 S. 272, Waldeck ebendasselbst Bd. 45 S. 484 Anm. 6. Für die Gleichstellung mit dem Vertragspfandrecht beruft man sich namentlich auf l. 1 C. si in causa judicati 8, 22. Doch ist hier nicht von einer gerichtlichen Pfändung, sondern von einer Missio — *jussus* — und einer daraufhin erfolgten Besiznahme durch den Gläubiger selbst die Rede.

4) C.P.D. § 708 ff. Vgl. außer den Kommentaren zur C.P.D. auch mein Preuss. Privatr. Bd. 1 364<sup>a</sup>.

5) C.P.D. § 709.

6) C.P.D. § 757.

7) Nach C.P.D. § 714 können Früchte, bevor sie vom Boden getrennt sind, gepfändet werden, vgl. oben § 78 Anm. 12. Dies war früher gemeinrechtliche Streitfrage, siehe Waldeck im Archiv für civ. Praxis Bd. 55 n. 21.

Das durch die frühere Pfändung begründete f. g. Pfändungspfandrecht geht daher dem später durch eine f. g. Anschlußpfändung erworbenen Pfandrecht vor.

An die Pfändung kann sich die Veräußerung des Pfandstückes anschließen, und zwar frühestens nach Ablauf einer Woche. Sie hat gegen baare Zahlung zu geschehen.

c) Auch der Arrest wird durch Pfändung vollzogen. Auch er begründet nach der C.P.D. ein bedingtes Pfandrecht.<sup>8 9</sup>

## II. Gegenstand des Pfandrechtes.

### § 272. Verpfändbare Gegenstände.

Alle selbständigen Vermögensobjekte, die verkäuflich sind, können Gegenstand des Pfandrechtes werden.<sup>1</sup> Ein Pfandrecht im engeren Sinne ist aber nur an körperlichen Sachen — Immobilien oder Mobilien — möglich, die des privaten Eigenthumes fähig sind.<sup>2</sup>

Die Verpfändung körperlicher Sachen kann zu einem bloßen ideellen Theile geschehen,<sup>3</sup> und zwar nicht nur durch einen Mit-eigenthümer, sondern auch, was freilich selten vorkommen wird, durch den Alleineigenthümer der Sache.<sup>4</sup> Ein derartiges Pfandrecht geht keineswegs ohne weiteres auf den realen Theil der Sache über, in welchen sich der verpfändete ideelle Theil später durch Vertrag oder Urtheilsspruch zwischen dem Verpfänder und seinem Theilhaber umsetzt. Es erhält sich vielmehr ungeändert an dem verpfändeten intellektuellen Theile,<sup>5</sup> sofern der Pfandgläubiger nicht bei der Aus-

8) C.P.D. § 810, vgl. oben § 168 bei Anm. 5.

9) Das deutsche Recht kennt Fälle rechtmäßiger Privatpfändung. Auch diese erzeugt dort ein Pfandrecht.

1) l. 9 § 1 D. de pignoribus 20, l. Gajus libro 9 ad edictum provinciale: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

2) Ueber die Verpfändung von Rechten vgl. das nähere unten § 293. Oeffentliche Gerechtigkeiten, z. B. Beamtenstellungen, Landstandtschaft sind nicht veräußerlich und demnach auch nicht verpfändbar; auch das Patronatrecht ist nicht selbständig veräußerlich oder verpfändbar. Im römisch-byzantinischen Reiche jedoch gab es Beamtenstellen — militiae — die veräußerlich und verpfändbar waren. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 422 ff.

3) l. un. C. si communis res pignerata sit 8, 20.

4) So Eyner, Kritik S. 63 Anm. 130. Vgl. l. 8 § 3 D. quibus modis pignus solv. 20, 6, wo der Gläubiger dem Alleineigenthümer eines fundus das Pfandrecht zur ideellen Hälfte erläßt.

5) Die römischen Juristen erörterten die Frage zunächst bezüglich eines Nießbrauches an einem ideellen Theile. Entgegen der Ansicht des Trebatius erklärte

einandersetzung zwischen den Eigenthümern zugezogen ist und mitwirkt.<sup>6</sup>

Auch Sachgesammtheiten können verpfändet werden, z. B. ein Waarenlager, eine Bibliothek. Hier erhebt sich die Frage, ob die einzelnen später veräußerten Stücke von der Pfandhaftung frei werden, und ob die einzelnen später hinzutretenden Stücke in die Verhaftung treten? Sie ist nach der Absicht der Betheiligten bei der Verpfändung zu beantworten, die bei den verschiedenen Arten der Sachgesammtheiten eine verschiedene sein wird. Handelt es sich um Sachgesammtheiten, die natürlicher- und üblicherweise beständigem Wechsel und regelmäßiger Erneuerung unterliegen, z. B. um eine Heerde oder gar den Waarenbestand eines offenen Ladens, so ist als Meinung anzusehen, daß das ordnungsmäßig veräußerte entlastet und das neu einverleibte pfandrechlich verhaftet sei. Bei Verpfändung von Sachgesammtheiten anderer Art, z. B. der Gemäldegallerie eines Kunstfreundes, der Bibliothek eines Gelehrten, gelten nur die zur Zeit der Verpfändung inbegriffenen Stücke als verpfändet.<sup>7</sup>

Fungibilien, z. B. Getreidemassen, Geld,<sup>8</sup> ferner Inhaberpapiere können Gegenstand eines regelrechten Pfandrechtes sein. Nicht selten händigt aber der Schuldner seinem Gläubiger derartige Objekte, insbesondere Geld, zu dessen Sicherung unter der Vereinbarung ein, daß ihm nach Abwicklung des Schuldverhältnisses die entsprechende Summe zurückzuerstatten ist. Man pflegt hier vorzugsweise von

*Labeo*, daß der Spruch des Theilungsrichters zwischen den Miteigenthümern den Nießbrauch an dem ideellen Theile nicht verändere, „non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare“. l. 31 D. de usu et usu fructu 33, 2. Diese Ansicht, die freilich mehr formell juristisch als zweckmäßig ist, wurde von den römischen Juristen angenommen und auch auf das Pfandrecht angewendet, l. 7 § 4 D. m. p. s. 20, 6. Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam: Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata; vgl. l. 3 § 2 D. qui pot. 20, 4, l. 6 § 8 D. comm. div. 10, 3.

6) l. 2 C. communi dividundo 3, 37.

7) Vgl. oben § 68. Die Meinungen sind sehr getheilt, siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 59 und dort citirte; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 59. Die Hauptstelle ist l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1. Scaevola libro 27 Digestorum: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit, ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Vgl. ferner l. 13 pr. D. de pign. 20, 1.

8) l. 34 § 2 D. de pign. 20, 1, l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4.

Kautionen zu reden, von Amts-, Pacht-, Prozeßkautionen.<sup>9</sup> Ihrem Wesen nach bilden sie Pfandrecht — *pignus irregulare*. Die Klage auf Rückgewähr nach Abwicklung des Schuldverhältnisses ist daher eine *actio pigneraticia in personam*. Sie geht nicht auf Rückerstattung der verpfändeten Species, sondern auf Rückerstattung einer entsprechenden Summe. Auf den Gläubiger ist Eigenthum, Verbrauchsrecht und Gefahr übergegangen.<sup>10</sup>

### § 273. Umfang der Pfandhaftung.<sup>1</sup>

Das Pfandrecht umfaßt mit der Pfandsache einen Komplex zugehöriger Dinge. Und zwar ergreift es einiges mit zwingender Kraft gemäß Rechtsordnung, anderes nur in der Regel auf Grund der Vermuthung des Verpfändungswillens.

1. Nach Rechtsnothwendigkeit tritt in die Pfandhaftung, was mit der Pfandsache zur rechtlichen Einheit verbunden ist.

Dahin gehören körperliche Erweiterungen der Sache, insbesondere auf dem Pfandgrundstücke befindliche Gebäude,<sup>2</sup> sowie Anpflanzungen, ferner Alluvionen, die es vergrößern.<sup>3</sup> Nicht minder ergreift das Pfandrecht Realrechte des Pfandgrundstückes, z. B. an dasselbe geknüpfte Grundgerechtigkeiten, Theilnahmerecht an gemeiner Weide oder Wald, Kirchstühle, Erbegräbnisse.<sup>4</sup> Erlischt eine auf der Pfandsache

9) Vgl. C.P.D. § 101.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 429, Windscheid Bd. 1 § 226<sup>a</sup>. Andere Konstruktionen vertreten L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherung, Wien 1868; vgl. Strohal in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 411, Erner, Kritik S. 173 ff., Hanausek in der Beilage seiner Schrift über den uneigentlichen Nießbrauch. Sieh auch R.G. Bd. 12 S. 157.

1) Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 246 ff., Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 56.

2) l. 21 D. de pign. act. 13, 7. Vgl. R.G. Bd. 12 S. 157 über die Frage, ob in das Grundstück verbaute Materialien, deren Eigenthümer sich das Eigenthum vorbehält, pfandrechtl. verhaftet sind, wenn sie vom Grundstücke wieder getrennt sind.

3) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7, l. 16 pr. D. de pign. 20, 1.

4) Ein schwieriges Problem ist die Wirkung des Unterganges der dem Pfandgrundstücke zustehenden Servituten auf das Pfandrecht. Zieht er den Untergang des Pfandrechtes nach sich? Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen, denn an dem, was nicht mehr existirt, kann ein Pfandrecht nicht bestehen. Für den Fall des Erlöschens der Servitut durch Nichtgebrauch erkennt man dies auch allgemein an. Dagegen kann der Verzicht des Eigenthümers des Pfandobjektes dem Pfandgläubiger offenbar nicht schaden. Sehr bestritten ist aber die Frage der Konfusion. Erhält sich also das Pfandrecht, wenn der Eigenthümer des Pfandobjektes das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt? Mit gewichtigen Gründen ist man neuerdings für die Erhaltung des Pfandrechtes trotz der Konfusion, also für deren bloß relative Kraft eingetreten. In der That kann sie unter Umständen den Werth des Pfandrechtes sehr schmälern. Vgl. namentlich Kohler, gesammelte Abhandlungen S. 295. Zhering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 302. Man wird dem dennoch vom Standpunkte des römischen und gemeinen Rechtes nicht zustimmen dürfen. Hier erscheint die Kon-

zur Zeit der Verpfändung ruhende Last, z. B. ein Nießbrauch, so verbessert sich damit das Pfandrecht nothwendig.<sup>5</sup>

Es macht keinen Unterschied, ob sich die gedachten Erweiterungen und Verbesserungen der Pfandsache beim Verpfänder vollzogen, oder erst nachdem die Pfandsache in die Hand Dritter übergang.<sup>6</sup>

2. Die beweglichen Pertinenzien der Pfandsache sind nur in der Regel mit ihr verpfändet. Hierin liegt nichts nothwendiges, sondern bloße Vermuthung des Parteiwillens. Daher gilt dies nur für Pertinenzien, die dem Verpfänder gehören, und bezieht sich nicht auf solche, die einem dritten Besitzer zu eigen sind.<sup>7</sup>

Auch die Früchte der Pfandsache gelten als stillschweigend mit ihr verpfändet.<sup>8</sup> Zur Entstehung auch dieses Pfandrechtes ist erfordert, daß die Früchte nach ihrer Trennung in das Eigenthum des Verpfänders kommen.<sup>9</sup>

fusion durchaus als absoluter Grund des Unterganges der Grundgerechtigkeiten, nirgends als bloß relativer Beendigungsgrund der Rechte. Vgl. Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 134, siehe auch Bekker, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 44.

5) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13. 7. Windscheid Bd. 1 § 226<sup>a</sup> will dies dann nicht gelten lassen, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft oder wenn er ihm schenkungsweise erlassen wird. Offenbar habe die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur durch Tod oder capitis deminutio untergehe. Aber der Satz ist allgemein ausgesprochen und logisch begründet. Die Distinktion Windscheids ist daher nicht zu adoptiren. So auch Hartmann in Iherings Jahrbuch Bd. 17 S. 136.

6) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) So nach den Principien des gemeinen Rechtes. Neuere Hypothekengesetze bestimmen meist im Interesse des Realcredits den Kreis der mit dem Grundstücke verpfändeten Objekte weiter und mit zwingender Kraft.

8) Vgl. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers 1862, Göppert, die organischen Erzeugnisse S. 371 ff. Die Mitverpfändung der Früchte ist bestritten. Sie ergiebt sich namentlich aus l. 3 C. in q. c. p. t. c. 8, 14. Alexander: *Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio ad eandem causam venire nulli prudentium placuit* a. 213, vgl. l. 32 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16. 1. Auch das Sklavensind galt als mitverpfändet, l. 1 C. de partu pignoris 8. 24. Die entgegenge setzte Auffassung vertritt Paulus sent. II 5 § 2: *foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit*. Vgl. hierüber Bangerow Bd. 1 § 370 Anm. 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 442, Göppert a. a. D. S. 376, Schlauer im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 S. 87. Da die *sententiae* von Paulus in den ersten Jahren der Alleinregierung Karakallas geschrieben sind — Hitting, römische Juristen S. 48 —, also etwa 10 Jahre vor dem citirten Reskripte von Alexander, so hat der Gegensatz nichts auffallendes.

9) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 5 quaestionum: *Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam agnata teneri sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem ejus: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata*. Gegen die Nothwendigkeit des Eigenthums des Verpfänders

## III. Die versicherte Forderung.

## § 274. Die Arten der versicherten Forderung.

Das Pfandrecht dient der Sicherung von Forderungen jeder Art. Vorzugsweise handelt es sich um Geldforderungen; <sup>1</sup> es sichert aber auch Forderungen, deren Gegenstand Leistung von anderen Jungibilien, einer Species, oder von Handlungen ist. <sup>2</sup> Auch ob die Forderung aus Kontrakt, Delikt oder anderen Gründen entspringt, kommt nicht in Betracht. <sup>3</sup>

Für nichtige oder durch peremptorische Exceptionen völlig entkräftete Forderungen kann ein wirksames Pfandrecht nicht begründet werden, <sup>4</sup> wohl aber für klaglose Forderungen — naturales obligationes. <sup>5</sup> Es erwächst dann eine Pfandklage, trotzdem daß das Hauptrecht, die versicherte Forderung, der Klagbarkeit entbehrt. <sup>6</sup>

Das Pfandrecht kann zu Gunsten fälliger, betagter, bedingter und auch zukünftiger Forderungen in das Leben gerufen werden. Verpfändungen für künftige Forderungen sind nicht bloß zulässig, wenn bereits ein Verhältniß besteht, aus welchem sie sich entwickeln können, z. B. ein Gesellschaftsvertrag, ein Mandat, sondern auch wenn sich ein solches noch nicht findet.

Auch Pfandrechte für künftige Forderungen datiren vom Augenblicke der Pfandkonvention an, sofern die Parteien es unmittelbar be-

an den getrennten Früchten erklärt sich Göppert a. a. D. S. 379. Aber seine Gründe sind nicht ausreichend. — Nach neueren Hypothekengesetzen freilich erfaßt die Hypothek am Grundstück meist auch die Früchte, ohne Rücksicht darauf, ob sie bei dem Verpfänder entstehen und getrennt werden oder bei anderen Eigenthümern der verhypothecirten Sache. In das gemeine Recht läßt sich dies nicht übertragen.

1) Vgl. oben § 261.

2) l. 9 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

3) Vgl. l. 8 § 5, l. 70 § 5 D. de fidej. 46, 1.

4) l. 11 § 3 in fine D. de pign. act. 13, 7, l. 4 D. de nautico faenore 22, 2. In der Pfandbestellung kann eine Konfirmation der nichtigen Forderung liegen. Vorausgesetzt ist hierzu, daß der Pfandbesteller im Augenblicke der Verpfändung die Mängel der Obligation kannte, für die er ein Pfandrecht bewilligt, und daß er die Fähigkeit hat, sie zu konfirmiren. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 74 und dort citirte.

5) l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio et venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub condicione et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

6) l. 61 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

gründen und nicht bloß für die Zukunft in das Auge nehmen. Dies steht nicht im Widerspruch mit der accessorischen Natur des Pfandrechtes, denn diese bedeutet nichts anderes, als daß es nur einer persönlichen Forderung wegen da ist und deren Beendigung nicht überdauert. Im übrigen aber ist das Pfandrecht mit einer besonderen Organisation und mit besonderen Kräften ausgerüstet. Daher hindert nichts, daß es dem Hauptrechte zu dessen besserem Dienste zeitlich vorgeht. Auch die Bürgschaft hat Accessionsqualität, und dennoch kann sie vor der Hauptobligation entstehen.<sup>7</sup> Warum hätte man das Pfandrecht anders behandeln sollen?

Viele allerdings nehmen an,<sup>8</sup> das Pfandrecht könne vor der versicherten Forderung nur dann entstehen, wenn der Schuldner bereits gebunden sei, derart, daß sich aus dieser Gebundenheit auch ohne seinen Willen Verpflichtungen entwickeln können.<sup>9</sup> Aber es genügt auch, daß der Gläubiger bereits zur Gewährung des Kredites fest verpflichtet ist.<sup>10</sup> Das richtige ist also nur folgendes. Es kann zweifelhaft sein, ob das wegen einer künftigen Obligation bewilligte Pfandrecht bereits vom Pfandgeschäfte an gewollt ist, oder erst vom künftigen Eintritte der Forderung datiren soll. Dann ist darauf zu sehen, ob einer der beiden Theile bereits gebunden ist. In diesem Falle gilt das Pfandrecht als von der Pfandkonvention an gewollt.<sup>11 12</sup>

7) l. 35 D. de iudiciis 5, 1, l. 6 § 2 D. de fidejuss. 46, 1.

8) Vgl. Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte S. 19, 36. Die Literatur siehe bei Windscheid Bd. 1 § 225 Anm. 7 und § 242 Anm. 8. Windscheid selbst behauptet zwar: „ein Pfandrecht entsteht erst mit der Forderung“. Aber der Verpfänder soll doch im Stande sein, wenn er dies will, die Sache „dinglich zu binden“. So hat er „Friede mit l. 1 pr. D. qui pot. 20, 4“ und „Hülfe für die armen Kredithypotheken, welche schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzugs suchen“. Sollte aber dingliche Gebundenheit zur Sicherung der künftigen Forderung etwas anderes sei, als Pfandrecht! Ich kann keinen Unterschied entdecken. So auch Schott in Ihering's Jahrb. Bd. 15 S. 17.

9) l. 11 pr. D. qui pot 20, 4. Gajus libro singulari de formula hypothecaria: Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Ebenso l. 4 D. quae res pignori 20, 3. Paulus libro 5 responsorum: Titius cum mutuum pecuniam accipere vellet a Maevio cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit, deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. respondit, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

10) l. 1 pr. D. qui pot. 20, 4. Papinianus libro 8 quaestionum: Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaerebatur de

§ 275. Umfang der versicherten Forderung.<sup>1</sup>

Das Pfand haftet für alle Erweiterungen der versicherten Forderung, welche von Rechtswegen eintreten. Dies gilt für gesetzliche Zinsen und überhaupt für alle Verpflichtungen in Folge von Verzug und Verschuldung.

Ferner deckt das Pfand den Gläubiger für seine Ansprüche wegen Auslagen auf die Pfandsache, sowie wegen der Kosten der Pfandklage und des Pfandverkaufes.<sup>2</sup>

Die Verpfändung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die vertragmäßigen Zinsen.<sup>3</sup> Doch genügt, daß der Wille sie einzuschließen in irgend einer Weise ausgedrückt ist, z. B. durch Pfandbestellung für die „Schuld“.

Es kommt vor, daß sich aus dem Kontrakte, an welchen sich die Pfandbestellung anschließt, Verbindlichkeiten anderer Art als die beabsichtigten entwickeln, z. B. das beabsichtigte Darlehensgeschäft kommt nicht zu Stande, weil die geliehenen Geldstücke dem Darleiher nicht gehörten, es entsteht aber eine *condictio* in Folge ihrer Konsumtion durch den Empfänger der Darlehensvaluta. Haftet das Pfand für solche nicht erwartete Obligationen? Dies ist zu bejahen. Als Absicht

*pignore. cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. nec probe dici in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.* Der Promittent einer Dos sichert sich die Rückzahlung durch Pfand. Er leistet einen Theil der von ihm versprochenen Summe erst nachdem die Sache weiter verpfändet war. Hier war der Verpfänder dem Promittenten der Dos gegenüber nicht gebunden die Summe anzunehmen und sich damit zum Schuldner zu machen; wohl aber war der Promittent der Dos gebunden. Um deswillen datirt sein Pfandrecht schon von dem Augenblicke der Pfandkonvention an.

11) So im wesentlichen Fitting, Rückziehung S. 40; Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 69 ff.; Erner, Kritik S. 103; Schott in Iherings Jahrbuch Bd. 15 S. 15 ff.

12) Hiernach datirt die Kredithypothek, welche sich ein Banquier für einen dem Kunden eröffneten Kredit bewilligen ließ, vom Tage der Bewilligung an, und nicht erst vom Augenblicke an, in welchem der Kunde den Kredit wirklich in Anspruch nimmt.

1) Weber, Erörterung der Frage, ob und inwiefern das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Konventionalstrafe erstreckt, in dessen Versuch S. 151, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 76.

2) l. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. l. 6 C. de pign. 8, 13.

3) l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 13 § 6 D. de pignoribus 20, 1, l. 18 D. qui pot. 20, 4, l. 4 C. de usuris 4, 32.

der Betheiligten ist anzusehen, alle aus dem Geschäfte entspringenden Verbindlichkeiten durch das Pfand zu versichern.<sup>4</sup>

### Drittes Kapitel.

## Die Wirkungen des Pfandrechtes.

### I. Allgemeiner Charakter.

#### § 276. Verhältniß des Pfandrechtes zum Eigenthume.<sup>1</sup>

Das Pfandrecht beläßt dem Eigenthümer, soweit dies mit seinem Zweck vereinbar ist, die Verfügung über seine Sache. Insbesondere ist das bei der Hypothek der Fall, die ein ansechtbares, zunächst kaum fühlbares Band um die Sache knüpft.

a) Der Eigenthümer der verhypothecirten Sache hat das Recht, mit seiner Sache nach freiem Ermessen zu wirthschaften. Er darf ihre Bestimmung und die Art ihrer Benutzung beliebig ändern. Nur die Sicherheit des Gläubigers zu gefährden, ist ihm nicht gestattet. In solchem Falle, insbesondere bei Verschlechterung der Pfandsache oder erheblicher Erschwerung ihrer Verkäuflichkeit darf der Gläubiger die versicherte Forderung vorzeitig kündigen und die *actio hypothecaria* auch vor der Fälligkeit der versicherten Forderung anstellen, um schützende Maßregeln, eventuell Sequestration der Pfandsache zu erzwingen.<sup>2 3</sup>

b) Der Eigenthümer der Pfandsache ist befugt, sie zu veräußern,<sup>4</sup>

4) Vgl. l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46. 1. Anwendung haben die entwickelten Sätze im Gesetze vom 24. Mai 1880, betreffend den Wucher, Art. 3 gefunden. — Selbstverständlich ist vollends, daß eine falsche Benennung des Geschäftes, z. B. Kauf statt Pacht, die Geltung des für dasselbe gestellten Pfandes nicht berührt.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 1 ff.

2) l. 14 pr. D. de pignoribus 20. 1. Dem Pfandgläubiger steht bei schuldhafter Verschlechterung des Pfandes durch den Verpfänder ferner die *actio pignoratitia contraria in personam* offen. l. 9 pr. D. de pign. act. 13. 7. Außerdem hat er die *a. legis Aquiliae*. Dies ist namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn die versicherte Forderung der Mangelhaftigkeit entbehrt. l. 27 D. de pign. 10. 1.

3) Ist vom Besitzer Niederreißung eines Gebäudes behufs eines Neubaus beabsichtigt, so muß sie der Gläubiger nur zugeben, wenn ausreichende Kaution für die Wiederherstellung geleistet ist.

4) l. 12 C. de distract. pign. 8, 27.

und zwar Grundstücke auch in Parzellen. Der Faustpfandgläubiger hat den Eigenthümer beim Verkaufe dadurch zu unterstützen, daß er die Pfandsache Kaufliebhabern vorweist.<sup>5</sup> Auch mit dinglichen Lasten, z. B. Servituten, anderen Pfandrechten, kann die verpfändete Sache noch beschwert werden. Dies alles geschieht aber unangreiflich der Rechte des Pfandgläubigers.

Die Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, wonach der letztere das Pfand nicht veräußern darf, ist gültig, die gleichwohl erfolgte Veräußerung dem Pfandgläubiger gegenüber nichtig.<sup>6</sup>

c) Verzicht des Eigenthümers auf Rechte der verhypothecirten Sache ist an sich zulässig, kann aber dem Pfandgläubiger nicht entgegengestellt werden.<sup>7</sup>

### § 277. Ungetheiltheit der Pfandhaftung.

Die Pfandsache haftet dem Pfandgläubiger ungetheilt für die ganze versicherte Forderung.<sup>1</sup> Dies hat nach einer doppelten Richtung hin Bedeutung.

1. Die Pfandsache haftet ganz für jeden Rest der Schuld, sei es an Kapital, sei es an mitversicherten Zinsen.<sup>2</sup> Sie kann bis zu deren völliger Abtragung ganz vindicirt, ganz verkauft werden.

2. Die ganze Pfandsache haftet für die versicherte Forderung.

Wird die Pfandsache getheilt, so haftet daher jede Parzelle dem Gläubiger für die ganze Forderung. Der Besitzer der Parzelle, welchen der Gläubiger angreift, kann diesen nicht mit dem

5) l. 6 D. de pign. act. 13, 7. Der Verkauf einer speciell verhypothecirten Mobilie wurde nach römischem Rechte als *furtum possessionis* angesehen, l. 19 § 6 D. de furtis 47, 2.

6) l. 7 § 2 D. de distractione pignorum 20, 5. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quæritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pacto nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Ueber die Ansehung der Lesart siehe oben § 9 Anm. 7. Ueberhaupt vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 20.

7) Unrichtig Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 19.

1) Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 27 S. 188 ff.; Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 28. Das Pfandrecht ist nicht, wie ältere Juristen lehrten, untheilbar. Denn als untheilbar läßt sich nur das Recht bezeichnen, welches absolut und unter allen Umständen der Zerlegung widerstrebt. Das Pfandrecht aber kann in Folge des Willens der Betheiligten getheilt werden. Richtig ist nur, daß die Theilung oder Verminderung der versicherten Forderung eine Theilung des Pfandrechtes nicht von selbst im Gefolge hat. Daher spricht Papinian in der l. 65 D. de evict. 21, 2 von der „*indivisa pignoris causa*“.

2) l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1.

Betrage abfinden, welcher dem Verhältnisse des Werthes der Parzelle zu dem der Pfandsache entspricht.

Die ungetheilte Haftbarkeit tritt besonders hervor, wenn der Pfandschuldner oder der Pfandgläubiger von mehreren beerbt wird:

a) Hinterläßt der Pfandschuldner mehrere Erben, so zerfällt die persönliche Forderung regelrecht in Theilforderungen gegen die einzelnen Erben. Auf das Recht des Gläubigers am Pfande hat diese Theilung aber keinen Einfluß. Der Gläubiger kann daher die Quote des Pfandobjectes, die auf den Miterben fällt, welcher seine Schuldrate vollständig abgetragen hat, bis zur völligen Tilgung der ganzen versicherten Forderung in Anspruch nehmen. Er belangt also jeden Miterben als Pfandbesitzer rechtsgültig, auch wenn er ihn nicht mehr als persönlichen Schuldner verfolgen kann.<sup>3</sup>

b) Hinterläßt der Pfandgläubiger mehrere Erben, so theilt sich zwar die persönliche Forderung unter sie. Aber jedem Erben haftet das Pfand solidarisch für seine Forderungsrate.<sup>4</sup>

Die Miterben haben untereinander die *actio familiae erciscundae* behufs Ausgleichung.<sup>5</sup>

## II. Der Besitz des Pfandes.

### § 278. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers.

Der Faustpfandgläubiger erhält mit der Verpfändung juristischen Besitz des Pfandes. Doch läuft die Erziehung des Verpfänders während der Besitzzeit des Pfandgläubigers.<sup>1</sup>

In Rom hatte jeder Hypothekar Recht auf den Besitz der Pfandsache, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt war.<sup>2</sup> Der deutschen Praxis ist dies bei Grundstücken fremd; der Hypothekar ist hiernach nur auf Grund besonderer Vereinbarungen befugt, den Besitz des

3) l. 8 § 2 D. de pign. act. 13. 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. l. 2 C. si unus ex pluribus 8, 31.

4) l. 1 C. 31 unus ex pluribus 8, 31. Imp. Valerianus et Gallienus: Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. a. 257. Vgl. l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7, l. 11 D. de distr. pign. 20, 5.

5) Ueber die schwierige l. 29 D. fam. ere. 10, 2 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 43 ff.

1) l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3, abgedruckt oben § 173 Anm. 4.

2) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 53.

verhypotheccirten Grundstücks in Anspruch zu nehmen. In der Regel kann der Hypothekar daher außer dem Pfandverkauf nur Zwangsverwaltung — Sequestration — durch einen Verwalter bei Gericht beantragen.

Bezüglich des Rechtes und der Pflicht des Pfandgläubigers auf die Nutzungen der verpfändeten Objekte, die er im Besitze hat, ist zu unterscheiden:

a) Werden Objekte verpfändet, die zum persönlichen Gebrauche des Verpfänders, nicht zum Geldertrage dienen, z. B. Kleider und Bücher eines Privaten, sein Silbergeschirr und sein Schmuck, so darf sie der Gläubiger ohne specielle Genehmigung des Verpfänders weder in persönlichen Gebrauch nehmen, noch anderen vermieten. Er begeht sonst ein *furtum usus* und haftet in Folge dessen selbst für Zufälle, die der Sache beim Gebrauche zustoßen.<sup>3</sup>

b) Anders bei Verpfändung von Objekten, die dem Schuldner durch ihren ökonomischen Ertrag zu dienen pfliegen. Hier ist der Gläubiger berechtigt und sogar verpflichtet, die Nutzungen zu gewinnen.<sup>4</sup> Er erwirbt die Früchte mit der Perception.<sup>5</sup>

Der Ertrag ist zunächst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anzurechnen, etwaiger Ueberschuß herauszugeben.

Hat der Pfandgläubiger ein unverzinsliches Darlehen gegeben und besitzt er ein fruchttragendes Pfand vom Schuldner, so darf er Früchte für sich bis zum Belaufe des landesüblichen Zinses zurückhalten.<sup>6</sup> Man bezeichnet dies Recht gewöhnlich als stillschweigende Antichrese.<sup>7</sup> Eine Antichrese im wahren Sinne ist der Vertrag, durch welchen einem Gläubiger die Nutzung einer Sache an Stelle der Zinsen einer For-

3) l. 55 D. de furtis 47, 2. Gajus libro 13 ad edictum provinciale: Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Vgl. l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10.

4) l. 1—3 C. de act. pignerat. 4, 24. Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 182 ff.

5) l. 1, l. 3 C. de act. pign. 4, 24, l. 39 D. de pign. act. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 71. Andere, so namentlich Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 182, erklären den Fruchtwerb des Pfandgläubigers durch dessen *bonae fidei possessio* und lassen ihn die Früchte nach deren Separation erwerben. Nach Windscheid Bd. 1 § 234 Anm. 2 erhält der Pfandgläubiger kein Eigenthum an den Früchten, sondern nur das Recht sie zu „verzehren“. Ebenso Göppert, die organischen Erzeugnisse S. 388 ff.

6) l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2. Paulus libro 2 sententiarum: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere; Die Bestimmung entfließt ziemlich willkürlicher Billigkeit, vgl. Dernburg Bd. 2 § 89. Roedenbeck, die Antichresis. Halle 1874 S. 33. Eine andere Auffassung hat Stephan im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 S. 355 ff.

7) Vgl. Roedenbeck, die Antichresis; Kohler a. a. D. S. 73.

derung eingeräumt wird.<sup>8</sup> Eine Antichrese ist auch ohne Verpfändung denkbar. Aber das gewöhnliche ist, daß man den antichretischen Gläubiger auch sicherstellt; daher sieht man im Zweifel in der Bestellung der Antichrese eine Verpfändung.<sup>9</sup> Die Antichrese ist bei Mobilien wie Immobilien möglich. Der Gläubiger ist zur Rechnungsstellung nicht verbunden. Denn er darf die Nutzungen behalten, auch wenn sie die Zinsen überschreiten, kann aber auch keine Zinsen fordern, wenn die Nutzungen geringer sind oder ganz ausfallen.<sup>10</sup>

Verstößt die Antichrese gegen das Buchergeetz vom 24. Mai 1880, so ist sie strafbar und nichtig.<sup>11</sup>

### § 279. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen.<sup>1</sup>

Der Pfandgläubiger darf das Pfand, in dessen Besitze er ist, trotz Tilgung der versicherten Forderung wegen anderer bloß chirographischer Geldforderungen, die ihm gegen den Verpfänder zustehen, zurückhalten.

So verordnete Kaiser Gordian;<sup>2</sup> denn ihm erschien die Rückforderung des Pfandes seitens des Schuldners, der andere Verpflichtungen noch nicht erfüllt hatte, als Dolus. Immerhin ist dies Retentionsrecht singulärer Art. Denn in der Regel setzt das Retentionsrecht Konnexität der Ansprüche voraus, d. h. eine natürliche Zusammengehörigkeit der Ansprüche, welche entweder durch denselben Entstehungsgrund oder durch die Beziehung auf dasselbe Objekt gegeben ist. Derartige liegt hier nicht vor.

Nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber greift dies Retentionsrecht nicht ein. Ebenjowenig gegenüber der Konkursmasse des Verpfänders.<sup>3</sup>

8) l. 11 § 1 D. de pignoribus 20, 1. Anders Windscheid Bd. 1 § 234 Anm. 5, Kohler a. a. O. S. 73.

9) l. 33 D. de pign. act. 13, 7. Hiernach gestaltet sich die Antichrese in der Regel als Nebenvertrag der Verpfändung. Von diesem Verhältnis hat die Theorie als dem regelmäßigen bei Entwicklung der Rechtsätze der Antichrese auszugehen.

10) l. 14 l. 17 C. de usuris 4, 32.

11) Ueber das kanonische Recht vergl. Glück Bd. 14 S. 120.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 92.

2) l. un. § 2 und 3 C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26. Imp. Gordianus . . . ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, restituere eam propter exceptionem doli mali non cogaris. jure enim contendis debitores eam solum pecuniam, cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. Quod in secundo creditore locum non habet . . .

3) Früher war dies Kontroverse. Für das Retentionsrecht gegenüber der Konkursmasse erklärte sich u. a. Vangerow Bd. 1 § 382. Dagegen Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 106. Nach der R.D. ist die Verneinung zweifellos.

## III. Der Pfandverkauf.

§ 280. Geschichte des Pfandverkaufes und der *lex commissoria*.

Das Recht des Pfandverkaufes ist wesentlicher Bestandtheil des ausgebildeten Pfandrechtes. Dasselbe scheidet das Pfandrecht vom bloßen Retentionsrechte.

Ursprünglich war freilich das Verkaufsrecht dem römischen *pignus* fremd. Der Gläubiger war vielmehr auf die Rückhaltung und etwaige Nutzung des Faustpfandes beschränkt. Dann fügte man ähnlich wie bei der *fiducia*<sup>1</sup> den Pfandverträgen eine besondere Konvention ein, welche den Gläubiger zum Pfandverkauf ermächtigte — das *pactum de vendendo pignore*.<sup>2</sup> Zur Zeit der späteren klassischen Juristen endlich galt diese Ermächtigung ohne weiteres als in der Verpfändung inbegriffen,<sup>3</sup> ja man verjagte sogar dem vertragsmäßigen Ausschlusse des Pfandverkaufes die gewollte Wirkung. Ein derartiges Verbot verpflichtet seitdem den Gläubiger nur zu dreimaliger Mahnung, ehe er zum Verkaufe schreitet.<sup>4 5</sup>

1) Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der *fiducia*.

2) Gaj. Inst. II § 64, l. 74 D. de furtis 47, 2 von Javolenus.

3) Aus den nichtjustinianischen Quellen ergibt sich, daß man bis Justinian auch in solchem Falle 3 Mahnungen forderte. Paul. sent. II 5 § 1, römisch-syrisches Rechtsbuch, herausgegeben von Brunß und Sachau S. 28, 145, 272.

4) l. 4 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 41 ad Sabinum. Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit. Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 65, erachtet es als einen landläufigen Irrthum — siehe übrigens auch Egner, Kritik S. 27 Anm. 52 —, daß das Recht des Pfandverkaufes nach dieser Stelle zu einem Essentiale des Pfandrechtes geworden sei, welches dem Gläubiger nicht entzogen werden könne. Nur die *actio furti* werde dem Schuldner verweigert, weil „der Gläubiger alle Rücksicht getragen habe, welche man nach der mildesten und schonendsten *façon de vivre* zu tragen pflegte“. Dies ist schwerlich ausreichend. Wer mit guter *façon* stiehlt, bleibt doch ein Dieb. Der Grund der Verweigerung der *actio furti* kann nur darin gefunden werden, daß man den Gläubiger nach dreimaliger Denuntiation als berechtigt zum Verkauf ansah. Hiermit stimmt Paulus sent. II 13 § 5 überein: si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denunciare ei sollemniter potest et distrahere. nec enim ex tali conventione fiduciae actio nasci potest. Die *actio fiduciae* fällt offenbar weg, weil die Konvention gegen die Natur des Pfandrechtes ist. Kohler meint, weil jene Klage infamirend war. Aber wenn die Konvention gültig wäre, so wäre ihre willkürliche Verletzung durch den Gläubiger unentschuldigbar und verdiente die regelrechte Strafe des Treubruchs.

5) Natürlich genügt nicht, wie die Glosse meinte, daß der Gläubiger sagte „*solve, solve, solve*“. Vielmehr ist erfordert Mahnung „zu drei Zeiten“, wie das römisch-syrische Rechtsbuch sagt. Vgl. Brunß und Sachau S. 28, 272.

Mit dieser Entwicklung ging eine Vertiefung der juristischen Auffassung Hand in Hand. Woher stammt, dies war die Grundfrage, das Recht des Pfandgläubigers, Eigenthum zu übertragen, obgleich er selbst nicht Eigenthümer ist. Kann doch niemand mehr Rechte geben, als er hat.<sup>6</sup> Hierauf wußte man ursprünglich nur zu antworten, daß der Gläubiger aus Vollmacht und mit dem Willen des Schuldners auf Grund des Vertrages über den Pfandverkauf veräußere.<sup>7</sup> Aber dies stand mit dem realen Verhältnisse nicht im Einklange. Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe auch gegen den Widerspruch des Schuldners, auch nach dessen Tode befugt. Und doch heben Widerruf und Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht auf. Der Pfandgläubiger kann ferner noch verkaufen, wenn der Verpfänder das Eigenthum der Pfandsache verloren hat. Er thut dies also nicht in dessen Namen.

Die Befugniß zum Pfandverkauf bildet, dies ist die richtige Erklärung, einen Bestandtheil des dinglichen Rechtes des Pfandgläubigers. Dieser handelt daher bei dessen Vornahme aus eigenem Rechte und im eigenen Interesse, nicht aus fremdem Rechte und in fremdem Interesse.<sup>8</sup>

Im älteren römischen Rechte war die Zufügung einer *lex commissoria* bei den Pfandverträgen sehr häufig. Der Pfandverkauf erstrebte eine billige, die *lex commissoria* aber eine rasche und schneidige Lösung. Denn in Folge der *lex commissoria* verfällt das Eigenthum der Pfandsache an den Gläubiger statt der Forderung. Dieser hat also, wenn die Schuld fällig und nicht gezahlt ist, die Wahl, entweder die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen, oder die versicherte Forderung beizutreiben und von der *lex commissoria* abzustehen.<sup>9</sup>

Konstantin verbot die *lex commissoria* und erklärte sie für nichtig.<sup>10</sup> Dies gilt auch heutzutage.<sup>11</sup> Damit ist aber nicht jeder

6) l. 54 D. de R. J. 50, 17.

7) Gaj. Inst. II § 64. Daher lehren auch viele neuere, daß der Pfandgläubiger „*procuratorio jure*“ verkaufe, vgl. die bei Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 110 citirten.

8) In diesem Sinne entscheidet Papinian in der l. 42 D. de pign. act. 13, 7 „in venditione . . . suum creditor negotium facit, Ulpian findet, daß die Gläubiger, indem sie *debitoris fundum vendunt*, doch *jus suum exsequuntur*. l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9, und Paulus spricht aus, daß der Pfandgläubiger *jure suo* das Pfand verkauft, l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 273 ff.

10) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas,

Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger für den Fall der Nichtzahlung der versicherten Forderung ausgeschlossen.<sup>12</sup> Namentlich nicht ein Verkauf gegen den Schätzungswerth.<sup>13</sup> Nur Verkäufe, welche das Verbot der *lex commissoria* umgehen sollen, sind unzulässig.

### § 281. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes.<sup>1</sup>

Der Pfandgläubiger ist zum Privatverkauf des Pfandes befugt, ohne das Gericht in Anspruch nehmen zu müssen. Er bestimmt die Art der Vornahme. Er kann daher, wie mittels öffentlicher Versteigerung, so auch aus freier Hand veräußern.

Die Voraussetzungen sind theils materielle, theils formale.

1. Materielle Voraussetzungen des Pfandverkaufes sind:

a) Fälligkeit der versicherten Forderung und Nichttilgung derselben. Der Verkauf ist zulässig, wenn auch nur einzelne Raten der Forderung fällig und im Rückstande sind.<sup>2</sup>

b) Mahnung des Gläubigers zur Zahlung, so daß der Schuldner in Verzug geräth.<sup>3</sup>

Nicht erforderlich ist Liquidität der versicherten Forderung, d. h. vorgängige Feststellung durch rechtskräftiges Urtheil oder gerichtliches Geständniß.<sup>4</sup> Auch gerichtliche Vollstreckbarkeit der Forderung ist nicht nothwendig. Der Gläubiger ver-

*placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.*

11) Manche Juristen betrachten das Verbot der *lex commissoria* durch die Aufhebung der s. g. Wuchergesetze mittels des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 als aufgehoben. Aber mit Unrecht. Denn die *lex commissoria* ist gegen eine bestimmte Art der Realisirung des Pfandrechtes gerichtet und hat keinen direkten Zusammenhang mit den Zinsgesetzen. So auch R.G. Bd. 2 S. 333 Bd. 4 S. 51.

12) l. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

13) l. 16 § 9 D. de pignor. 20, 1.

1) Matner im Archiv für civ. Praxis Bd. 32 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 108 ff.

2) Ueber l. 8 § 3 D. de pign. act. 13, 7 siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 120.

3) l. 18 C. de adm. tut. 5, 37. Auch das römisch-syrische Rechtsbuch, Bruns und Sachau S. 28 — Lond. § 96 — fordert Mahnung und Verzug des Schuldners. Vgl. Dernburg Bd. 2 S. 122. Gegen das Erforderniß des Verzuges viele neuere, u. a. Windscheid Bd. 1 § 237 Anm. 3.

4) Ueber die l. 5 C. de distractione 8, 27 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 179. Der Pfandverkauf ist hier unzulässig, weil der Schuldner nicht in Verzug, vielmehr bereit ist, das von ihm geschuldete zu zahlen und nur über die Summe in Folge gerechter Zweifel auf gerichtliche Entscheidung provocirt.

kauft aber auf seine Gefahr. Denn wenn ihm das Veräußerungsrecht fehlte, weil z. B. die versicherte Forderung noch nicht fällig war, wird er dem Eigenthümer und Verpfänder der Sache, falls sie die Restitution derselben von ihm fordern, und seinem Abkäufer, falls dieser vom Eigenthümer evincirt wird, ersatzpflichtig.

2. Formell ist zum Verkaufe erfordert vorgängige Anzeige desselben an den Pfandschuldner.<sup>5</sup>

Justinian forderte in Ermangelung anderer Vereinbarung eine Wartefrist von 2 Jahren für den Pfandverkauf.<sup>6</sup> Praktische Geltung hat diese Bestimmung aber in Deutschland wohl nicht. Sie kommt jedenfalls dann nicht zur Anwendung, wenn das Pfand unter Vermittelung des Gerichtes verkauft wird.<sup>7</sup>

Der Zeitpunkt des Verkaufes unterliegt der Bestimmung des Gläubigers.<sup>8</sup> Derselbe ist nicht verantwortlich, wenn er günstige Konjuncturen zum Verkaufe ungenutzt ließ, denn er ist dem Verpfänder nicht zum Verkaufe verpflichtet.<sup>9</sup> Er darf auch unter ungünstigen Verhältnissen veräußern. Dies ist sein Recht.

Der Gläubiger, welchem mehrere Pfänder für dieselbe Forderung haften, bestimmt frei darüber, welches er zunächst zum Verkaufe bringt.<sup>10</sup>

3. Der Gläubiger ist verbunden, bona fide zu verkaufen.<sup>11</sup> Insbesondere hat er einen möglichst günstigen Preis zu erzielen — natürlich aber nicht auf Kosten der Sicherheit.<sup>12</sup>

Pflichtwidriger Verkauf ist nicht nichtig.<sup>13</sup> Denn der Gläubiger hat gültig auf Grund seines dinglichen Rechtes verkauft. Dem beschädigten Pfandschuldner stehen daher nur persönliche Ansprüche auf Entschädigung zu, und zwar zunächst gegen den Pfandgläubiger, mit der *actio pigneraticia directa* und subsidiär gegen den Käufer des

5) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27. Diese Bekanntmachung ist mit der Mahnung zur Schuldzahlung nicht zu identificiren. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 135.

6) l. 3 § 1 C. de jure domini impetrando 8, 33.

7) Vgl. die bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 143 Anm. 8, S. 144 Anm. 9 citirten.

8) Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der *fiducia*, wonach der Gläubiger verkaufen darf „ubi et quo die vellet“.

9) l. 6 pr. D. di pign. act. 13, 7.

10) l. 8 D. de distr. pign. 20, 5. Vgl. das oben § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular der *fiducia*.

11) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. l. 10 D. de in diem addicione 18, 2.

12) Vgl. l. 10 D. de in diem addict. 18, 2.

13) l. 13 C. de distr. pign. 8, 27.

Pfandes, welcher am Betrüge des Verkäufers Theil hatte, mit der actio doli.<sup>14</sup>

4. Nicht kaufen kann das Pfand vom Gläubiger dessen Eigenthümer. Denn der Kauf der eigenen Sache ist nichtig.<sup>15</sup>

Ebensowenig kann der Pfandgläubiger das Pfand von sich selbst erstehen. Auch Kauf durch eine vorgeschobene Person, die für ihn handelt, ist nichtig.<sup>16 17</sup>

Führt aber der Versuch des Pfandverkaufes zu keinem Resultate und blieb eine nochmalige Mahnung an den Schuldner ohne Erfolg, so kann der Gläubiger Zuschlag der Sache nach ihrem Taxwerthe vom Regenten fordern — dominii impetratio.<sup>18</sup> Auch nach dem Zuschlage behält der Schuldner das Auslösungsrecht gegen Kapital, Zinsen und Schadensvergütung noch während 2 Jahren. In Deutschland trat das Gericht an die Stelle des Regenten.

### § 282. Die Wirkungen des Pfandverkaufes.<sup>1</sup>

Der Pfandverkauf begründet neue Rechtsverhältnisse und hat die Auflösung der alten im Gefolge.

1. Gewöhnlicher Verkauf verbindet den Verkäufer zur Tradition und Gewährleistung, den Käufer zur Preiszahlung. Der Pfandverkauf hat entsprechende Folgen:

a) dem Pfandgläubiger liegt die Tradition der Pfandsache an den Käufer ob.<sup>2</sup>

14) l. 1, 45 C. si vendito pignore agatur 8, 29.

15) l. 39 D. de c. e. 18, 1, l. 40 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7, vgl. Dernburg, Pfandr. Bb. 2 S. 161. Die Nichtigkeit des Kaufes der eigenen Sache hindert natürlich den Verpfänder nicht, dem Gläubiger das Pfandrecht abzukaufen oder, genau gesprochen, eine Abfindungssumme für den Verzicht auf das Pfandrecht zu gewähren. Aber die Rechte nachstehender Pfandgläubiger werden durch ein solches Geschäft nicht aufgehoben.

16) l. 10 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. Paul. sent. II 12 § 4.

17) Auch der Bürge des Pfandschuldners, sowie der Nachhypothekar sind nicht im Stande, das Pfand für sich vom ersten Gläubiger zu erwerben. l. 2 D. de distr. pign. 20, 5, l. 5 § 1, l. 6 D. eod., l. 59 § 1 D. mandati 17, 1.

18) l. 3 C. de jure dominii impetrando 8, 33, Dernburg, Pfandr. Bb. 2 S. 240.

1) Dernburg, Pfandr. Bb. 2 S. 169.

2) Ist der Pfandgläubiger nicht im Besitze, so steht ihm gleichwohl das Verkaufsrecht zu, und er haftet dann dem Käufer, welcher in Kenntniß dieses Umstandes den Kauf abschloß, bloß für Abtretung seiner Klagrechte. So erklärt sich die l. 13 D. de distractione pignorum 20, 1. Paulus libro 1 decretorum: Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et, si pignus possidet tradere utique debet possessionem. Nach der heutigen Gestaltung des Pfandrechtes wird ein Verkauf durch den nichtbesitzenden Pfandgläubiger kaum noch vorkommen können.

Wegen Eviction der verkauften Sache durch Dritte steht er aber dem Käufer nur in beschränktem Maße ein.<sup>3</sup> Die volle Haftung zu übernehmen, ist ihm nicht zuzumuthen, da er eine fremde Sache verkaufte, und zwar aus Nothwendigkeit. Nur dafür hat er Gewähr zu leisten, daß ihm die Sache an erster Stelle verpfändet war.<sup>4</sup> Außerdem haftet er in Fällen des Dolus, namentlich wenn er wußte, daß die verkaufte Sache dem Verpfänder nicht gehörte,<sup>5</sup> ferner in Folge der Uebernahme besonderer Garantie gegen Eviction, und endlich wenn er beim Verkaufe seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht zu erkennen gab.

b) Der Käufer des Pfandes ist dem Verkäufer zur Zahlung des versprochenen Kaufpreises verbunden. Wenn ihm die verkaufte Sache entwährt wird, kann er den gezahlten Preis nicht vom Verkäufer zurückfordern.<sup>6</sup>

c) Es erhebt sich die Frage, ob der Käufer im Falle der Entwährung wenigstens einen Anspruch gegen den Schuldner hat, welcher durch die Zahlung des Kaufpreises an seinen Gläubiger befreit ist? Ein Vertragsanspruch gegen den Schuldner steht dem Käufer nicht zu, denn mit dem Schuldner hat er nicht kontrahirt. Aber dieser ist auf seine Kosten bereichert; um deswillen kann er im Falle der Entwährung vom Schuldner Erstattung des gezahlten Preises fordern.<sup>7</sup>

3) Vgl. Moreau, Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache 1878.

4) l. 1 C. Creditorem evictionem non debere 8, 45. Alexander. Cum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit evictio non debetur quia et privatus creditor eodem jure utitur nisi nominatim repromissum a privato fuerit. si tamen in jus alterius creditoris successit, emptori non justa fisci nomine movetur controversia. sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat. potiozem esse se ceteris creditoribus. Vgl. weiter l. 10 D. de distr. pign. 20, 5, l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1.

5) l. 2 C. Creditorem evictionem 8, 45.

6) l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1. Vgl. auch l. 68 D. de evict. 21, 2 und oben § 36 Anm. 16.

7) Den römischen Juristen machte die Klage gegen den Schuldner große Schwierigkeit. Sie schlugen verschiedene Wege ein. Ulpianus libro 2 disputationum l. 38 D. de evict. 21, 2 ersann folgenden Modus: In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem. et magis est, ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? Dies ist gekünstelt. Der Gläubiger selbst hat die actio pigneraticia nicht mehr; denn er ist durch den Pfandverkauf befriedigt. Gleichwohl soll diese in seiner Hand leere Klage dem Käufer nach der Cession dienen! Anders Tryphonin in seinen Disputationen libro 8 l. 12 § 1 D. de distractione pignorum 20, 5: Er hebt hervor, daß der Gläubiger, dem sein Schuldner eine fremde Sache verpfändete, den in Folge des Pfandverkaufes erlösten Preis auf die versicherte Forderung aufzurechnen habe, und fährt dann fort: sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad domi-

2. Zweck und regelmäßige Folge des Pfandverkaufes ist Tilgung der versicherten Forderung.

Aufzurechnen sind die vereinnahmten Kaufgelder, nicht weniger was durch Schuld des Gläubigers, insbesondere durch nachlässige Beizreibung am Kaufpreise verloren ging.<sup>8</sup>

Der Betrag des Kaufpreises, welcher die versicherte Forderung übersteigt — die *hyperocha* —, ist dem Verpfänder zu erstatten,<sup>9</sup> und zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger die überschießende Summe zu eigenen Zwecken verwendete, oder in Verzug versetzt ist.<sup>10</sup>

Soweit der Pfanderlös zur Befriedigung der versicherten Forderung nicht ausreicht, bleibt dieselbe bestehen.<sup>11</sup>

Das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers erlischt mit der Uebereignung der Pfandsache an den Käufer.<sup>12</sup> Auch nachstehende Pfandgläubiger können nach dem Verkaufe durch den ersten Pfandgläubiger ihr Pfandrecht nicht mehr geltend machen.<sup>13</sup>

### § 283. Die nothwendige Subhastation der Grundstücke.

In Deutschland kam der Privatverkauf durch den Gläubiger nur bei verpfändeten Mobilien in Gebrauch. Verhypotheccirte Grundstücke verkauft der Richter im Wege der Zwangsvollstreckung durch f. g. nothwendige Subhastation.<sup>1</sup>

Der Richter handelt hierbei auf Antrag eines Gläubigers, aber

*num rei, si necdum pignus evictum est: vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat.* Die Klage, an die Tryphonin denkt, ist die *actio negotiorum contraria*. Nur sie paßt auf beide Fälle, von denen die Stelle handelt. Doch ist die Begründung beider Fälle verschieden. Der Eigenthümer stützt seine Klage auf seinen Verzicht hinsichtlich der vindication seiner Sache, der Käufer auf die Zahlung des Kaufpreises, welche dem Schuldner zu gute kam. Anderer Ansicht ist Windscheid, zwei Fragen der Lehre der Bereicherung 1878 S. 8. Vgl. aber Moreau a. a. D. S. 17. Endlich giebt Hermogenian in der l. 74 § 1 D. de evictionibus 21, 2 dem Käufer im Falle des Verkaufes eines *pignus ex causa judicati* gerabezu eine *actio ex empto utilis* gegen den befreiten Schuldner auf Rückerstattung des Kaufpreises mit Zinsen. Siehe das nähere bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 191, und Moreau a. a. D.

8) l. 9 D. de distr. pign. 20, 5; vgl. auch l. 26 D. de solut. 46, 4.

9) l. 42 D. de pign. act. 13, 7, vgl. Dernburg a. a. D. S. 217, l. 24 § 2 D. eod., l. 20 C. de distr. pign. 8, 27.

10) l. 6 § 1, l. 7 D. de pign. act. 13, 7.

11) l. 10 C. de obl. et act. 4, 10.

12) Paulus sent. II 13 § 4. l. 15 C. de distr. pign. 8, 27.

13) l. 3 D. de distr. pign. 20, 5, l. 6 C. qui pot. 8, 17, l. 7 C. de obl. et act. 4, 10. Dernburg a. a. D. S. 228.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 257 und dort citirte.

er vollzieht das Verkaufsgeschäft nicht in dessen Auftrage, wie viele annehmen, also nicht als dessen Mandatar. Vielmehr mischen sich hier private und öffentlich-rechtliche Momente. Das Privatrecht unterwirft das Pfandgrundstück dem Verkauf für die Forderung; aber daß der Richter den Pfandverkauf vollzieht, gewährleistet das öffentliche Recht. Der Richter, welcher die Zwangsversteigerung durchführt, übt hierbei eine öffentliche Funktion. Seine Aufgabe ist, verletztes Recht zur Geltung zu bringen, alle berechtigten Interessen zu wahren und die zu diesem Zwecke nöthigen Rechtsgeschäfte zu vollziehen.<sup>2</sup>

Die Subhaftation ist nur dann einzuleiten, wenn die Forderung des betreibenden Theiles in das Grundstück vollstreckbar ist, sei dies nun in Folge rechtskräftigen Urtheiles oder aus anderem Grunde. Nicht bloß der erste Hypothekar, wie nach römischem Rechte, ist zum Verkaufe berechtigt, vielmehr ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Titel in das Grundstück hat, befugt, den Verkauf zu betreiben.

Zwei Systeme finden sich in den deutschen Staaten. Wir nennen das eine das „Löschungssystem“, das andere das „Uebernahmesystem“. Dem Löschungssysteme ist eigenthümlich, daß das Grundstück dem Pfandkäufer frei von Hypotheken zugeschlagen wird, auch wenn ein nachstehender Gläubiger die Subhaftation betreibt. Die Hypotheken sind daher sämmtlich zu löschen, das Kaufgeld ist unter die Gläubiger nach Verhältniß ihrer Priorität zu vertheilen. Dagegen bleiben nach dem Uebernahmesystem die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken, soweit es sich um das Kapital handelt, unberührt; sie werden nicht gelöscht, sondern von dem Ersteher übernommen.<sup>3</sup>

Sämmtlichen Hypotheken gehen übrigens gewisse Ansprüche vor, die man absolut privilegirte zu nennen pflegt, z. B. rückständige öffentliche Abgaben.

Durch den richterlichen Zuschlag — die Adjudikation — erwirbt der Ersteher unmittelbar das Eigenthum der ausgetobenen Sache mit ihrem Zubehör.<sup>4</sup> Zahlt er den Kaufpreis nicht, so wird derselbe den Gläubigern überwiesen, denen die entsprechenden Raten gebühren. Diese

2) Vgl. oben § 126, Robert Schneider in der sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung 1854 Bd. 12 S. 489.

3) Das Löschungssystem war das frühere preussische, das Uebernahmesystem fand sich in vielen gemeinrechtlichen Ländern. Es ist in Preußen aufgenommen und dort ins einzelne hinein durchgebildet in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883. Vgl. mein preuß. Privatr. 4. Auflage Bd. 1 §§ 343 ff.

4) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 263 Anm. 16 und dort citirte.

sind befugt, im Falle der Nichtentrichtung Wiederverkauf der verkauften Sache — Resubhastation — zu fordern.

Meist läßt man den Gläubiger als Käufer zu, weil nicht er, sondern das Gericht verkauft.<sup>5</sup> Das besondere Verfahren über den Zuschlag der Pfandsache an den Gläubiger — die *dominii impetratio* — wird hierdurch überflüssig.

#### IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

##### § 284. Die hypothekarische Klage.

Die Klage zur Geltendmachung des Pfandrechtes heißt nach ihrem Schöpfer *actio Serviana* und *quasi Serviana*, nach ihrem Inhalte *hypothecaria* oder in *rem pignericia*.<sup>1</sup> Sie bezweckte in Rom in allen Fällen Herausgabe des Besitzes der Pfandsache, mochte ein Faustpfandgläubiger den verlorenen Besitz, oder ein Hypothekar Besitz, den er noch nicht innehatte, einklagen. Hiernach bestimmen sich die Einzelheiten der Klage.

1. Klageberechtigt ist der nichtbesitzende Pfandgläubiger, Beklagter, wer die Fähigkeit der Herausgabe der Pfandsache hat, also der juristische Besitzer, wie auch der bloße Detentor<sup>2</sup> nach denselben Grundjahren wie bei der Eigenthumsklage.<sup>3</sup>

Für die Pfandklage kommt nicht in Betracht, ob der Beklagte persönlicher Schuldner ist oder nicht. Beklagte, welche dem Gläubiger nicht persönlich zur Schuldzahlung verbunden sind, vielmehr nur dinglich der Pfandklage unterliegen, pflegt man dritte Besitzer zu nennen.

5) Freilich hat dies erhebliche Bedenken. Man denke die Sache ist 1000 werth, der Gläubiger hat eine Forderung von 1000 eingetragen. Er bietet dann leicht nur wenig, z. B. 100; niemand konfurrirt mit ihm, da jeder weiß, eventuell würde er bis 1000 bieten, um seine Forderung zu retten. So erhält er den Zuschlag der Pfandsache, die 1000 werth wäre, für 100 und macht dann noch seine persönliche Forderung zum Belaufe von 900 geltend. In Folge dessen erhält er weit mehr, als ihm materiell gebührte. Das richtige wäre, daß der Gläubiger die Sache nach ihrem Tarwerth annehmen müßte, wenn er mitbieten wollte.

1) Dernburg, Pfandr. Bb. 2 §§ 126 ff. Vgl. über die Entwicklung der hypothekarischen Klage oben § 263.

2) l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. nam si non possideat, nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequo absolvendus est. Der letzte Satz erklärt sich daraus, daß die Klage eine arbitraria war. Vgl. oben § 133, § 224 bei Anm. 5.

3) Vgl. oben § 225 Ziff. 2.

Auch Nichtbesitzer können wegen Dolus mit der Pfandklage in den Fällen der *f. g. ficta possessio* belangt werden, entsprechend den Grundsätzen der Eigenthumsklage.<sup>4</sup>

2. Bezüglich des Zeitpunktes der Pfandklage ist zwischen dem Faustpfandgläubiger und dem Hypothekar zu unterscheiden. Der Faustpfandgläubiger ist befugt, auch vor Fälligkeit der versicherten Forderung auf Rückgabe der Pfandsache zu klagen, wenn er deren Besitz verloren hat; dem Hypothekar steht die Klage in der Regel erst offen, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt ist; vorher kann er nur in Fällen besonderer Gefährdung klagen.<sup>5</sup>

3. Zu beweisen hat Kläger sein Pfandrecht und den Besitz des Beklagten. Behufs des Beweises des Pfandrechtes hat er den Pfandkontrakt oder einen anderen Entstehungsgrund, sowie regelrecht Eigenthum des Verpfänders im Augenblicke der Verpfändung darzuthun.<sup>6</sup> Im Falle der Einklagung einer Hypothek muß er auch Fälligkeit der versicherten Forderung beweisen.<sup>7</sup>

4. Zweck der Klage ist Anerkennung des Pfandrechtes und Herausgabe des Besitzes der Pfandsache.<sup>8</sup>

Auch die nach der Klageerhebung gewonnenen und gewinnbaren Früchte, sowie die zur Zeit der Klageerhebung beim Beklagten vorhandenen Früchte sind herauszugeben — sofern die Pfandsache nicht zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht.<sup>9</sup>

5. Vertheidigungsmittel des Beklagten sind:

4) Siehe die l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

5) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Ueber Pfandbestellung für bedingte Forderungen und bedingte Pfandbestellungen für unbedingte Forderungen siehe l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 296, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 3.

6) l. 23 D. de probat. 22, 3, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) Vgl. l. 10 C. de pign. act. 4, 24. Dies nur unvorgreiflich der Anm. 5 behandelten Klage.

8) Kommt es wegen Nichtherausgabe der Pfandsache zur Verurtheilung des Beklagten in Geld, so ist der Schuldner und der dritte Besitzer zu unterscheiden. Der Schuldner wird nur auf die Summe der versicherten Schuld verurtheilt, der dritte Besitzer auf den Betrag des Werthes der Pfandsache. Das Mehr über die versicherte Forderung hinaus hat dann der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner zu restituieren, l. 21 § 3 D. de pign. 20, 1, vgl. übrigens auch l. 16 § 6 D. eod. und hierüber Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 316, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 8.

9) l. 16 § 4 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecarium: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet, quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit. Ueber die Pflicht zur Restitution der Früchte bei Gelegenheit der Pfandklage vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 319 und dort citirte, ferner die etwas abweichende Ansicht von Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 12.

a) Tilgung der Forderung des Klägers. Hiermit erlischt dessen Pfandrecht, so daß die Pfandklage ihre Basis verliert und zurückzuweisen ist.<sup>10</sup>

Dies ist Rechtskonsequenz, nicht besondere Rechtswohlthat. Daher kann selbst ein bösgläubiger Besitzer der Pfandsache durch Angebot der Zahlung, und wenn dasselbe nicht angenommen wird, durch Deposition der Schuldsomme die Pfandklage vereiteln.<sup>11</sup>

b) Gutgläubige dritte Besitzer der Pfandsache haben das s. g. *beneficium cedendarum actionum*, d. h. sie können gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Cession der Klagen desselben verlangen. Weigert der Gläubiger die Cession, so wird er mit der Pfandklage zurückgewiesen.<sup>12</sup>

c) Dritte Besitzer der Pfandsache haben Retentionsrecht wegen Verwendungen auf dieselbe, und zwar wegen nothwendiger schlechthin, wegen nützlicher nur, wenn sie in gutem Glauben besaßen.<sup>13</sup>

d) Häufig geschah es in Rom, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Specialpfand gab und außerdem sein ganzes Vermögen verpfändete. Dann kann der Gläubiger darauf verwiesen werden, zuvörderst seine Befriedigung aus dem Specialpfande zu suchen, ehe er die generell verpfändeten Objekte fordert. Dies Recht nennt man *beneficium excussionis realis*.<sup>14</sup>

e) Eine extreme Konsequenz des accessorischen Charakters des Pfandrechtes liegt in dem *beneficium excussionis personalis*, welches Justinian schuf.

Hiernach kann der dritte Besitzer der Pfandsache verlangen, daß der Gläubiger zunächst die persönlichen Schuldner — Hauptschuldner

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 307, I. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

11) I. 12 § 1 D. q. m. p. solv. 20, 6.

12) I. 19 D. qui pot. 20, 4. Scaevola libro 5 responsorum: Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere. respondi posse videri non injustum postulare. Vgl. über die Entscheidung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 364, siehe auch Anorr im Archiv für civ. Praxis Bd. 23 S. 167 ff.

13) Daß der gutgläubige dritte Besitzer Retentionsrechte gegen den Pfandgläubiger wegen nützlicher Verwendungen hat, bezeugt I. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Wie es aber mit dem Retentionsrechte wegen nothwendiger Auslagen steht, ist sehr bestritten wegen I. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Vgl. hierüber Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 360, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 15. — Der persönliche Schuldner hat nie Retentionsrechte wegen seiner Verwendungen auf die Pfandsache. Er mag seine Schuld zahlen und damit das Pfand auflösen.

14) I. 2 C. de pignoribus 8, 13, I. 9 C. de distr. pign. 7, 27, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 370, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 24 und 25.

und Bürgen — durchexquire, ehe er die Pfandklage gegen ihn anstellt. Die Pfänder in dritter Hand sollen also nur in Anspruch genommen werden, sofern von den persönlichen Schuldnern nichts zu erhalten ist.<sup>15</sup>

Nach heutigem Rechte sind die römischen Grundsätze der Pfandklage wesentlich modificirt.

Nur der Mobilarpfandgläubiger klagt noch regelrecht in römischer Weise auf Herausgabe des Besizes, wenn ihm dieser entzremdet ist. Dagegen hat der Hypothekar nicht das Recht, den Besiz des verpfändeten Grundstückes zu fordern. Seine Klage geht vielmehr in der Regel auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit seiner Forderung in das Grundstück, sei es durch Zwangsverwaltung — Sequestration —, sei es durch Zwangsversteigerung — nothwendige Subhastation.

Der Pfandgläubiger hat außer der hypothekariischen Klage die meisten der dinglichen und persönlichen Rechtsmittel, welche dem Eigenthümer zustehen, insbesondere konfessorische und negatorische Klagen, die *actio finium regundorum*, ferner Deliktklagen im Falle einer Beschädigung der Pfandsache. Hierüber ist bei Behandlung dieser Klagen das nöthige zu bemerken.

#### § 285. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers.<sup>1</sup>

Wer anscheinend — *prima facie* — Pfandgläubiger ist, kann unter Umständen gerichtlich den Besiz der angeblichen Pfandsache erlangen, obwohl er sein Pfandrecht noch nicht vollständig bewiesen hat.

1. Die Verpächter hatten in Rom das *interdictum Salvianum*, mittels dessen sie den Besiz der für den Pachtzins verpfändeten in das Pachtgut eingebrachten Objekte erlangen konnten.<sup>2</sup> Das einzelne ist dunkel.<sup>3</sup> Zweifelhaft ist, ob das Interdikt bloß gegen den Pächter, oder auch gegen Dritte ging;<sup>4</sup> <sup>5</sup> streitig ist nicht weniger, ob es auf

15) nov. 4 cap. 2. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 376.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 324.

2) § 3 J. de interdictis 4, 15. Gaj. Inst. IV § 147.

3) Vgl. neuerdings Lenel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 180 ff. und *edictum perpetuum* S. 393.

4) In der l. 1 C. de precario et Salviano interdicto 8, 9 scheint Gordian das *interdictum Salvianum* gegen dritte Besizer zu verweigern — *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit* —, dagegen wird es in den Pandektenstellen l. 1 und l. 2 D. de Salviano interdicto 43, 33 nicht bloß gegen den Pächter, sondern auch gegen dritte Besizer gewährt. Auch Theophilus zu Inst. IV 15 § 3 gesteht es ausdrücklich gegen jeden Inhaber zu. Für das justinianische Recht ist daher die Zuständigkeit gegen dritte Besizer entschieden anzunehmen.

den Fall der Verpachtung beschränkt blieb, oder jedem Pfandgläubiger entsprechend zu gute kam.<sup>6</sup>

Seit dem Mittelalter giebt man das Rechtsmittel jedem Gläubiger, welcher ein Pfandrecht *prima facie* darthut.<sup>7</sup>

2. Die Verpfändungsurkunden enthielten im Mittelalter häufig Vertragsklauseln, wonach sich der Gläubiger eigenmächtig in den Besitz der verpfändeten Sache im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung setzen durfte — „*pacta de ingrediendo*“.<sup>8</sup> Sie kommen auch heutzutage vor.<sup>9</sup> Auf Grund solcher Klauseln darf der Gläubiger eigenmächtig den Besitz der Sache an sich nehmen, aber persönliche Gewalt gegen den Schuldner ist ihm zu diesem Zwecke nicht gestattet und macht ihn strafbar. Die Einholung gerichtlicher Hülfe ist daher rathsam.

Die richterliche Hülfe geschieht in derartigen Fällen durch einstweilige gerichtliche Verfügung.<sup>10</sup>

Das ursprüngliche und klassische Recht bleibt ungewiß. Lenel a. a. O. nimmt an, daß das Interdict in klassischer Zeit nur gegen den Pächter ging, wie Gordian bezeuge, und daß erst im *corpus juris Justiniani* das Rechtsmittel Ausdehnung auf dritte Besitzer erlangte, wobei l. 1 C. de precario aus Versehen stehen geblieben sei. Die l. 1 und l. 2 D. h. t. fielen dagegen nicht in das Gewicht, sie hätten ursprünglich Bezug auf die a. Serviana gehabt und seien erst in Folge von Interpolationen der Kompilatoren dem *interdictum Salvianum* zugeschrieben worden. Lenel stützt sich namentlich darauf, daß die l. 1 § 1 D. h. t. eine Aeußerung von Julian enthält, die, wie l. 10 D. de pign. 20, 1 von Ulpian ergibt, sich im Sinne ihres Autors auf die *actio Serviana* bezog. Es ist dies möglich; ein sicheres Resultat läßt sich aber nach Lage der Quellen kaum gewinnen.

5) Das *interdictum Salvianum* forderte nicht den Nachweis, daß die Pfandsache *tempore conventionis in bonis debitoris* war. Auf das *interdictum Salvianum* bezieht Lenel *edictum* S. 395 die l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1.

6) Für die Ausdehnung auf andere Fälle führt man an l. 1 C. h. t. 8, 9 Paul. sent. V 6 § 16.

7) Siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 349 und dort citirte.

8) Man stützte sich vorzugsweise auf l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.* Vgl. auch Deputationsabschied von Speier von 1600 §§ 31 ff. Näheres Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 329.

9) Das R.G. in Strassachen Bd. 6 S. 63 hatte über einen Fall zu befinden, in welchem der Angeklagte zur Sicherung einer Forderung einen „Leihkontrakt“ schloß, vermöge dessen er seinem Schuldner eine diesem gehörige Droschke vermietete und sich das Recht ausbedang, im Falle nicht pünktlicher Zahlung einer Rate die Droschke mit Hülfe der zum Transport erforderlichen Personen aus dem Gehöfte des Schuldners wegzuführen. Dies geschah später, die Frau des Schuldners leistete aber dem Vorhaben Widerstand und wurde von dem Angeklagten so lange an den Armen festgehalten, bis seine Gefellen das Gehöft mit der Droschke verlassen hatten. Obgleich das R.G. die Selbsthülfe hier als berechtigt ansah, betrachtete es die Anwendung der Gewalt als unzulässiges und strafbares Nöthigungsmittel.

10) C.P.D. § 819. Auch das „*interdictum Salvianum*“ wird nach der C.P.D. nur mittelst einstweiliger gerichtlicher Verfügung durchzuführen sein.

§ 286. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte.<sup>1</sup>

Aus dem Pfandkontrakte entspringen gegenseitige persönliche Verpflichtungen des Empfängers des Pfandes und des Verpfänders. Zu ihrer Geltendmachung hat der Verpfänder gegen den Pfandgläubiger die *actio pignoratitia directa in personam*, der Pfandgläubiger gegen den Verpfänder die *actio pignoratitia contraria*.

Zunächst dienten diese Klagen im Falle des Gebens eines Faustpfandes. Daher wiesen die Römer sie den Realkontrakten zu.<sup>2</sup> Man gewährte sie gleichwohl auch in Fällen der Hypothek, soweit sie hier Bedürfnis waren.<sup>3</sup>

Die *actiones pignoratitiae* setzen einen Verpfändungsakt voraus,<sup>4</sup> aber nicht die Entstehung eines rechtsgültigen Pfandrechtes.<sup>5</sup> Insbesondere kann der Verpfänder die Rückgabe der zum Pfande gegebenen Sache, auch wenn sie eine fremde war, nach Tilgung seiner Schuld verlangen, und der Pfandnehmer hat die *actio contraria*, wenn die Pfandsache dem Verpfänder nicht gehörte, so daß sich die Verpfändung als eine trügerische erweist.

1. Die Hauptverpflichtung ist die des Empfängers des Pfandes. Er hat die Rückgewähr der Pfandsache und ihres Zubehörtes nach Tilgung der versicherten Forderung oder sonstiger Erledigung der Pfandhaftung zu leisten.<sup>6</sup> Ferner hat er, was er über

1) Tit. Dig. de pignoratitia actione vel contra 13. 7. Cod. 4. 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 16 ff. Stölzel im Archiv für civ. Pragis Bd. 45 n. 11.

2) l. 1 § 6 D. de obl. et act. 44, 7, § 4 J. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14.

3) l. 7 D. de distr. pign. 20, 5, l. 4, l. 7 C. h. t. 4, 24. Vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 381 Anm. 4, Brinz Bd. 2 S. 614 Num. 2.

4) Die Klage wurde auch in Fällen des richterlichen und gesellschaftlichen Pfandrechtes zugestanden. l. 11 § 5 D. h. t. 13, 7, l. 34 D. de damno infecto 39, 2, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36, 4. Sie ist notwendiger Begleiter der Verpfändung geworden, ihr unentbehrlicher Regulator.

5) l. 9 pr. § 4, l. 11 § 2, l. 22 pr. § 2, l. 32 D. h. t. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 13s.

6) Die Klageformel der *actio pignoratitia* forderte, daß „*pecunia soluta*“ oder „*eo nomine satisfactum*“ sei oder daß durch den Beklagten „*stetisse, quominus solveretur*“, l. 9 §§ 3 ff., l. 11 D. h. t. 13, 7, l. 11 C. h. t. 4, 24, l. 20 § 2 D. h. t., l. 3 C. de distr. pign. 8, 30, l. 12 C. h. t. 4, 24. Natürlich ist die Klage aber auch begründet, wenn das Pfandrecht erlischt, während die Forderung fortbesteht, z. B. durch Verzicht. Ferner steht dem Verpfänder die *actio pignoratitia* auch zu, wenn die Bedingung der Pfandbestellung ausfiel, l. 11 § 2 D. h. t. 13, 7, wenn die Forderung, die versichert werden sollte, nichtig, wenn die Pfandbestellung sonst ungültig ist, l. 25 D. de pign. 20, 1, kurz in allen Fällen, in welchen die Sache, wie sich später herausstellt, dem Pfandzweck nicht oder nicht mehr dient. Retentionsrecht

den Betrag der versicherten Forderung hinaus in Folge des Pfandverhältnisses als Gläubiger einnahm, dem Verpfänder zu erstatten. Namentlich liegt ihm ob, die hyperocha im Falle des Pfandverkaufes herauszugeben.<sup>7</sup>

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder Rechnung zu legen.

Er steht ihm für jede Schuld ein, sowohl bezüglich der Behandlung als der Verwerthung der Sache.<sup>8 9</sup>

2. Der Verpfänder übernimmt Gegenverpflichtungen. Er ist vornehmlich wegen Verschuldung verantwortlich.<sup>10</sup>

Er haftet daher dem Gläubiger, wenn er diesem eine fremde Sache als seine eigene verpfändete, ferner wenn er der Pfandsache Eigenschaften zuschrieb, die ihr fehlten, z. B. sie für eine goldene ausgab, während sie nur vergoldet war, oder wenn er den Gläubiger sonst betrog, z. B. einen Schmuck, den er zu verpfänden versprach, bei der Verpfändung mit einem anderen schlechteren Metalle verwechselte.<sup>11</sup> In derartigen Fällen kann der Gläubiger mit der *actio pigneraticia contraria* nach seiner Wahl Zahlung seiner Forderung oder ein besseres Pfand verlangen.<sup>12</sup> Er kann auch Ersatz anderen Schadens beanspruchen, den ihm die Schuld des Verpfänders verursachte, z. B. wenn dieser ein mit ansteckender Krankheit behaftetes Pferd versetzte, welches den Viehstand des Gläubigers verdarb.<sup>13</sup>

hat der Nehmer des Pfandes, a) wenn der Verpfänder eine ihm nicht gehörende Sache verpfändete, bis zur Tilgung der versicherten Forderung, l. 9 § 4 D. h. t. 13, 7, vgl. Brinz Bd. 2 S. 618 Anm. 22, und b) wegen chirographarischer Forderungen nach dem Rescripte Gordians, vgl. oben § 279.

7) l. 6 § 1, l. 22 § 2 D. h. t. 13, 7, l. 1 C. h. t. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 143. Der Pfandgläubiger behält, was ihm zwar aus Veranlassung der Verpfändung, aber nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger zukam. Vgl. über den Schatzfund l. 63 § 4 D. de a. r. d. 41, l. Tryphoninus libro 7 disputationem: Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi partem debitori praestabit: nec recepta pecunia restituet, quod jure inventoris, non creditoris, ex thensauo apud eum remansit.

8) l. 13 § 1, l. 14 D. h. t. 13, 7, „*quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.*“ Vgl. aber auch l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Hierüber siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 151. Ueber l. 43 D. h. t. siehe dort S. 152.

9) Zufälliger Untergang der Pfandsache ist Schaden des Verpfänders. Der Pfandgläubiger ist befugt, die versicherte Forderung trotz des Verlustes der Pfandsache einzutreiben, l. 5, l. 9 C. h. t. 4, 24. Natürlich hat der Pfandgläubiger aber für zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Pfandsache zu haften, wenn dies vereinbart ist oder wenn ihm ein *furtum* zur Last liegt. Vgl. oben § 278.

10) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 161. Ueber l. 62 § 5 (alias l. 61) D. de furtis 47, 2 siehe ebendasselbst S. 162.

11) l. 1 § 2, l. 9 D. h. t. 13, 7.

12) l. 31 D. h. t. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 168.

13) l. 16 § 1 D. h. t. 13, 7.

Der Gläubiger hat ferner wegen nothwendiger oder unter Zustimmung des Verpfänders gemachter Auslagen Anspruch auf Erlass seitens des Verpfänders.<sup>14</sup> Der Verpfänder ist endlich verpflichtet, den Gläubiger, dem er ein Faustpfand einhändigte, bis zur Schuldtilgung im Pfandbesitze zu belassen.<sup>15</sup>

## Viertes Kapitel.

### Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.<sup>1</sup>

#### I. Die Rangordnung.

##### § 287. Die normale Ordnung der Pfandrechte.

An derselben Sache können mehrere Pfandrechte begründet werden. Unter ihnen besteht eine gewisse Ordnung und Folge. Dieselbe beruht theils auf den allgemeinen Rechtsgrundsätzen — normale Ordnung —, theils auf singulären, der Utilität entspringenden Satzungen — privilegierte Pfandrechte.

Die Verpfändung derselben Sache an mehrere rührt denkbarer Weise von verschiedenen Autoren her, zwischen denen keine rechtliche Verbindung besteht, z. B. von dem Eigenthümer und einem publicianischen Besitzer. Dann hat derjenige Pfandgläubiger, dessen Autor das bessere Recht hat, ohne Rücksicht auf das Alter den Vorzug. In Ermangelung des stärkeren Rechtes eines der Autoren entscheidet der Pfandbesitz.<sup>2</sup>

In der Regel rühren die mehreren Pfandrechte von demselben Autor oder dessen Successoren her. Hiervon ist im folgenden allein die Rede.

Die mehreren Pfandrechte können gleichzeitig an der ganzen Sache begründet sein. Diesem Falle steht gleich, wenn die Pfandrechte zwar zu verschiedenen Zeiten bestellt sind, wenn aber ihr Alter nicht mehr

14) l. 8 pr., l. 25 D. h. t. 13, 7.

15) l. 22 § 3 D. h. t. 13, 7.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 405.

2) l. 14 D. qui pot. 20, 4. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 6 S. 154, Bd. 14 S. 161 ff.

ermittelbar ist.<sup>3</sup> Es geht dann der Besizer vor.<sup>4</sup> Ist keiner der Pfandgläubiger im Besitz, so hat Theilung einzutreten. Die Größe der Theile bestimmt sich in der Regel nach der Höhe der Forderungen im Augenblicke der Bestellung.

Sonst entscheidet das Alter des Pfandrechtes — *qui prior tempore, potior jure.*<sup>5</sup>

Doch hat seit Kaiser Leo das in einer publice oder quasi publice aufgenommenen Urkunde bewilligte Pfandrecht den Vorzug vor bloß privatschriftlich bestellten Pfandrechten.<sup>6</sup>

Und nach den meisten deutschen Partikularrechten bestimmt sich die Ordnung der Hypotheken nach der Folge der Nummern der Einschreibungen im Hypothekenbuche. Beim Mobiliarpfand aber ist zu beachten, daß das Pfandrecht erst durch die Uebergabe des Besitzes zur Entstehung kommt, so daß der ältere Besitz entscheidet.

#### § 288. Privilegirte Pfandrechte.

Zahlreiche Pfandrechte erhielten in Rom wegen wirklicher oder vermeinter Utilität Privilegien, vermöge deren sie trotz jüngeren Datums älteren Pfandrechten vorgingen. Diese Privilegien wurden zwar gemeinrechtlich recipirt, aber sie sind derzeit von sehr verminderter Bedeutung.

1. Den ersten Rang hat die Generalhypothek des Fiskus wegen der Steuern an dem Vermögen des Steuerpflichtigen.<sup>1</sup>

Derzeit hat die Generalhypothek des Fiskus ihre Kraft verloren,<sup>2</sup> dennoch ist auch jetzt der Fiskus wegen der Steuern an erster Stelle privilegiert, denn in allen deutschen Rechtsgebieten hat der Fiskus wegen der Steuern ein absolutes Privilegium im Falle der Subhastation von

3) So ist es namentlich, wenn sie von demselben Tage datiren und auch die Priorität der Bestellung innerhalb desselben Tages nicht mehr zu ermitteln ist. So ist l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1 zu erklären. Ist dagegen für die beiden konkurrirenden Pfandrechte eine verschiedene Stundenzzeit zu ermitteln, so entscheidet die Stunde, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 410.

4) l. 10, l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1.

5) l. 3 C. qui pot. in pignore 8, 17. Antoninus: Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior jure. l. 2 C. eod. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte 1859. Einzelne Fragen der Priorität wurden oben § 88 Anm. 6, § 267 Anm. 8, § 261 Ziff. b, § 274 Anm. 8 besprochen.

6) l. 11 C. qui pot. 8, 17, vgl. oben § 264.

1) l. 1 C. si propter publicas pensionationes 4, 46. Ueber die l. 28 D. de jure fisci 49, 14 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 437.

2) Vgl. oben § 269 lit. B. 1.

Immobilien, so daß er sämmtlichen eingetragenen Hypotheken vorgeht,<sup>3</sup> und es hat ferner der Fiskus und in zweiter Linie haben Gemeinden und kommunale Verbände an der Konkursmasse des Abgabepflichtigen ein Vorrecht vor anderen Konkursgläubigern.<sup>4</sup>

2. Ein Pfandprivileg begründet ferner die *versio in rem*, wenn durch ein jüngeres Pfandgeschäft ein älteres Pfandrecht erhalten<sup>5</sup> oder zur Existenz gebracht<sup>6</sup> oder seinem Werthe nach vergrößert wurde.<sup>7</sup> Dies Privileg setzt voraus:

a) daß die Forderung behufs der Verwendung kontrahirt wurde. Es genügt nicht, daß die aus dem späteren Pfandgeschäfte herrührenden Mittel in Folge freien Entschlusses des Schuldners zur Erhaltung oder zum Erwerbe oder zur Verbesserung einer früher verpfändeten Sache verwendet wurden;

b) die Absicht der Verwendung beim späteren Pfandgeschäfte genügt nicht. Die Verwendung muß wirklich erfolgt sein;

c) das Pfandrecht, welches ein Privileg erwerben soll, muß unmittelbar mit der Kreditirung entstanden sein. Es reicht nicht aus, daß ein Pfandrecht begründet wurde, nachdem der Schuldner die Mittel zur Verwendung bereits besaß, oder nachdem sie ihm seit zugesagt waren. Denn in solchen Fällen wäre die Pfandbestellung für die älteren Hypothekarien ohne Vortheil. Das aber macht keinen Unterschied, ob das Pfandrecht des Vertretenden durch Vertrag oder unmittelbar durch Gesetz entstand.

Auch das Privileg wegen *versio in rem* ist in der römischen Allgemeinheit nicht mehr Rechtens.<sup>8</sup> Aber es macht sich in einzelnen Anwendungen immer noch geltend.

Ein Hauptfall war in Rom Geben eines Pfanddarlehens zur Reparatur und Ausrüstung eines verpfändeten Schiffes. Das Vorrecht solcher Pfanddarlehen hat sich im Seerecht erhalten.<sup>9</sup>

3) Für Preußen vgl. Gesetz vom 13. Juli 1883 §§ 24 ff.

4) Konkursordnung § 54 Ziff. 2 und 3. Vgl. übrigens R.D. § 41 Ziff. 1.

5) l. 5 D. qui pot. in pignore 20. 4. Ulpianus libro 3 disputationum: *Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens creditit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero: l. 6 pr. D. eod. Idem libro 73 ad edictum: hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.*

6) l. 7 C. qui pot. 8, 17, abgedruckt oben § 267 Anm. 8, l. 3 § 1, l. 7 § 1 D. h. t. 20, 4.

7) nov. 97 cap. 3.

8) Bei Immobilien kommt dies Vorrecht nicht zur Kraft, weil hier regelrecht die Einschreibung entscheidet, bei Mobilien nicht, weil der Besitz den Vorzug giebt.

9) S.O.B. Art. 757 ff., vgl. auch S.O.B. Art. 411.

3. Justinian theilte der *Dotalhypothek* ein *Privilegium* zu. In Folge desselben sollte sie älteren Gläubigern des Mannes vorgehen. Die Motive, welche Justinian bei Verleihung dieses *Privilegiums* leiteten, waren, wie er breit hervorhebt, Rücksichten der Humanität und des Mitleids mit der ungünstigen bürgerlichen Stellung der Frauen. Die Frauen sind genöthigt, ihr Vermögen ganz oder theilweise dem Manne anzuvertrauen. Erhalten sie dasselbe nach Auflösung der Ehe oder im Falle des Konkurses des Mannes nicht zurück, so gerathen sie in eine beklagenswerthe Lage.<sup>10</sup> Gleichwohl hat die Geschichte dies *Privilegium* verurtheilt. Es erschütterte die Sicherheit des Realkredits auf das tiefste, daß ältere Hypotheken, wenn sich der Schuldner später verheirathete und eine *Dos* empfing, durch die jüngere *Dotalhypothek* zurückgedrängt und werthlos gemacht werden konnten.

Uebrigens stand dies *Privilegium* nur der Frau persönlich und ihren Descendenten, nicht aber anderen Erben zu.<sup>11 12</sup>

Sehr bestritten ist, ob das *Privilegium* der *Dotalhypothek* auf den Fall zu beschränken ist, daß die Ehefrau mit Hypothekarien konkurriert, die zugleich persönliche Gläubiger des Ehemannes sind, oder ob sie sogar solchen Hypothekarien vorgeht, die ihre Pfandrechte von Singularvorfahren des Mannes herleiten. Das erstere ist das richtige.<sup>13</sup>

In Folge der neueren Entwicklung des Pfandrechtes hat auch das

10) l. 12 C. qui potiores, 8, 17 pr. Justinianus: Adsiduis additionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant § 2... nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpore et substantia et omni vita sua maritus fungitur, cum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est § 4... cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati § 5... quis enim eas non miseretur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum creationem?

11) nov. 97 cap. 3 und 4.

12) Ueber den Vorzug der *Dotalhypothek* vor dem *Privilegium* wegen versio in rem vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 453 ff., aber auch Arndts S. 385 Anm. 3 und dort citirte. Siehe auch R.G. Bd. 3 S. 175.

13) Die ältere Praxis gab den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigenthümer ableiteten, ein Separationsrecht gegenüber den Gläubigern des späteren Erwerbers — als s. g. Pfandseparatisten. In unglücklicher Stunde erklärte sich hiergegen Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 13. Er fand Beifall. Aber die Separation vertheidigte Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 S. 340, vgl. auch Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 461 und die dort Anm. 1 citirte Litteratur. — Streitig war ferner, ob das von dem bisherigen Eigenthümer vorbehaltene Pfandrecht vor den vom Erwerber herrührenden den Vorzug habe. Auch dies war zweckmäßig, aber geeignet, die richtige Auffassung des reservirten Pfandrechtes zu verdunkeln, vgl. Dernburg Bd. 1 S. 278, aber auch Arndts § 385 Anm. 4. Das R.G. Bd. 3 S. 178 hat sich mit gutem Grunde der Ansicht angeschlossen, „daß das Vorrecht der reservirten Hypothek in Deutschland durch die Praxis unerschütterlich festgestellt wurde“.

Privilegium der Dotalhypothek seine praktische Bedeutung verloren. Da die Ehefrau hat wegen ihres Einbringens nicht einmal ein Vorzugsrecht vor gewöhnlichen Konkursgläubigern ihres Ehemannes an der Konkursmasse.

## II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

### § 289. Rechte nachstehender Pfandgläubiger.

Nur der vorstehende Pfandgläubiger hat die volle Gewalt des Pfandrechtes. Nachstehende Pfandgläubiger haben zwar nicht, wie in der älteren römischen Zeit, ein bloß bedingtes Recht, aber doch nur beschränkte Befugnisse.<sup>1</sup>

Insbesondere hat nur der erste, nicht der nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht.<sup>2</sup> Im heutigen Rechte kann jedoch der Nachhypothekar die nothwendige Subhastation von Immobilien betreiben, aber nur unbeschadet der vorstehenden Pfandrechte.<sup>3</sup>

Das wichtigste Recht des nachstehenden Pfandgläubigers ist das auf die hyperocha, d. h. den Ueberschuß des Pfanderlöses über den Betrag der vorstehenden Pfandforderungen.<sup>4</sup>

Das zweite Hauptrecht ist das jus offerendi et succedendi, d. h. das Recht, den vorstehenden Pfandgläubiger abzufinden und mit der Abfindungssumme an dessen Stelle zu treten.<sup>5</sup>

Die nachstehenden Pfandgläubiger haben die Pfandklagen wie vorstehende. Sie können den Besitz beanspruchen wie diese. Den vorgehenden Pfandgläubigern aber können sie den Besitz nicht entziehen.<sup>6</sup>

1) Im älteren Rechte hatten nachstehende Pfandgläubiger nur ein bedingtes Recht, l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4, vgl. oben § 267 Anm. 9.

2) l. 8 C. qui pot. 8, 17. Diocletianus et Maximianus... nec alias secundum distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. — l. 1 D. de distr. pign. 20, 5... ante secundum creditorem dimissum nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit. Dennoch streitet man, vgl. Windscheid Bd. 1 § 241 Anm. 5.

3) Vgl. oben § 283. So wenigstens nach dem „Uebernahmesystem“.

4) l. 12 § 5 in fine D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3.

5) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4 sagt geradezu... et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi, ut solvat priori et loco ejus succedat. Ueber das jus offerendi et succedendi vgl. unten § 290.

6) l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4.

§ 290. Die hypothekarische Succession.<sup>1</sup>

Für die Regelung der Verhältnisse mehrerer Pfandgläubiger ist das Institut der hypothekarischen Succession von allgemeiner Bedeutung.

Hypothekarische Succession ist Eintritt eines späteren Pfandgläubigers in die Rangstellung eines durch ihn abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers mit der Abfindungssumme. Freilich sind die Auffassungen dieses Institutes sehr verschiedene, und es fehlt viel daran, daß das richtige allgemein anerkannt wäre.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Das einfache Abfindungsgeschäft, bei welchem ein Kapitalist zur Abfindung einer vorstehenden Hypothek Geld vorschießt und sich dafür ein Pfandrecht bestellen läßt.<sup>2</sup> Primus z. B. hat eine erste Hypothek von 500, Secundus eine zweite von 500, die Pfandsache ist 600 werth; zur Abfindung des Primus, welcher den Verkauf droht, nimmt der Pfandschuldner vom Tertius 500 auf und verpfändet ihm hierfür die gedachte Sache.<sup>3</sup> Geschieht in Folge dessen die Ab-

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 161 ff. S. 490 und dort citirte. Neuerdings ist die hypothekarische Succession häufig behandelt worden. Vgl. namentlich Adamkiewicz im Archiv für civ. Praxis Bd. 56 n. 1, Voß, zur Lehre vom jus offerendi in Iherings Jahrb. Bd. 10 n. 8, Tellegen, successio hypothecaria, Groningen 1880. Ueber die hypothekarische Succession bei theilweiser Abtragung der Vorschuld vgl. Schlayer im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 n. 10.

2) l. 3 D. quae res pignori 20, 3. Paulus libro 3 quaestionum. Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne possit vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat. quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Nur der erste Theil der Stelle handelt vom einfachen Abfindungsgeschäft. Der zweite Theil von „denique“ an behandelt, wie Adamkiewicz im civ. Archiv Bd. 56 S. 43 und Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 S. 58 mit Recht annehmen, einen Fall des jus offerendi des zweiten Pfandgläubigers. Daß diesem, auch wenn er sich ein Verkaufsrecht nicht ausbedungen hat, das Verkaufsrecht für den Fall seines Einrückens in die Stelle des ersten Gläubigers zugestanden wird, entspricht der Entwicklung des Rechtes zum Pfandverkauf. Dies wird man daher nicht mit Grund dagegen anführen dürfen, daß die hypothekarische Succession als solche nur Einrücken in den Rang des abgefundenen Pfandgläubigers bezweckt. Anderer Ansicht Windscheid Bd. I § 234 Anm. 15. Meine frühere Erklärung der l. 3 cit. halte ich nicht fest.

3) Es macht keinen Unterschied, ob der Eigenthümer der Pfandsache vom Tertius ein Darlehen entnimmt, oder dem Tertius das Mandat giebt, den Primus abzuzahlen und in Folge des Mandates verpflichtet ist, dem Kapitalisten das ausgelegte zu ersetzen. Einen andern Fall erwähnt l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4.

findung des Primus, so rückt Tertius an dessen Stelle, Secundus bleibt im zweiten Range.

Bei diesem einfachsten Falle ergibt sich das Wesen der hypothekarischen Succession am deutlichsten. Sie ist nicht, wie ältere Schriftsteller meinten, Uebergang der abbezahlten persönlichen Forderung mit ihrem Pfandrechte im Wege gesetzlicher Cession auf den Tertius. Die Forderung des Primus ist abbezahlt und untergegangen, der Tertius erhält eine neue Forderung aus dem Vorschußgeschäfte.<sup>4</sup> Sie ist auch nicht, wie viele neuere annehmen, Uebergang des Pfandrechtes des Primus auf den Tertius. Dies beweisen innere und äußere Gründe. Denn wie sollte das Pfandrecht, welches für die Forderung des Primus geschaffen ist, deren Untergang überdauern und sich mit einer anderen — der Forderung des Tertius verbinden? Dies wäre eine Abweichung vom gesetzmäßigen Verlaufe, die nur dann dem römischen Rechte zugetraut werden könnte, wenn jeder andere Ausweg verschlossen wäre. In Wirklichkeit — und dies ist der zweite und entscheidende Grund gegen die bekämpfte Ansicht — fordern die Quellen für das Eintreten der hypothekarischen Succession des Tertius, daß ihm der Eigenthümer der Pfandsache ein neues Pfandrecht bestellt.<sup>5</sup>

Es ist also nicht das alte abgestoßene Pfandrecht des Primus, welches auf den Tertius übergeht. Die Succession besteht nur in dem Eintritte des neu bestellten Pfandrechtes in den Rang des Primus, wodurch allein das Abfindungsgeschäft möglich wird. Der Secundus wird hierdurch nicht benachtheiligt. Nur das Vorrücken an die erste Stelle, das materiell ungerechtfertigt wäre, wird ihm abgeschnitten.

2. Der Fall liegt nicht wesentlich anders, wenn die Forderung des Primus novirt, also durch eine neue Forderung, sei es des Primus selbst, sei es eines anderen — des Tertius ersetzt wird. In Folge der Novation geht die novirte Forderung und zugleich das zu ihrem Schutze bestellte Pfandrecht unter. Wird aber für die novirende Forderung

4) Diese ältere Ansicht vertrat Mühlenbruch, Cession S. 482, vgl. Windscheid Bd. 1 § 233<sup>b</sup> Anm. 16.

5) Vgl. die oben Anm. 2 abgedruckte l. 3 D. quae res pignori 20, 3, sowie l. 1 C. de his qui in priorum locum 8, 18, ferner l. 3, l. 12 §§ 5 und 8 D. qui pot. 20, 4 und namentlich l. 2 D. de pign. actione 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 233<sup>b</sup> Anm. 16 hält daran fest, daß das für die untergegangene Forderung bestellte Pfandrecht auf die neue Forderung gehe. Er findet, „daß die Einwilligung des Eigenthümers — zur Succession — erfordert ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechtes“. Aber die Quellen sprechen eben nicht von Einwilligung des Eigenthümers zur Succession, sondern von einer Neubegründung des Pfandrechtes durch ihn. Auch Brinz Bd. 2 S. 865 behauptet, der Abfindende erhalte „die bisherige Hypothek“ für seine Neubegründete Forderung.

ein Pfandrecht an der bisher verpfändeten Sache von deren Eigentümer bestellt, so erhält es den Rang des durch die Novation abgefundenen Pfandrechtes. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert,<sup>6</sup> wenn ihnen Tertius statt Primus vorgeht.

3. Komplizirter erscheint der Fall des *jus offerendi et succedendi* der nachstehenden Pfandgläubiger. Doch im Grunde ist das Verhältniß dasselbe. Denn als Hauptrecht des nachstehenden Pfandgläubigers gilt das *jus offerendi*. Die Verpfändung giebt ihm dies Abfindungsrecht. Die Pfandsache ist dem nachstehenden Pfandgläubiger von vornherein durch die Pfandkonvention beziehungsweise das Gesetz in doppelter Art verpfändet, nämlich

a) unmittelbar für das Kreditum, welches er gewährt,

b) eventuell für die Abfindungssumme, falls er den Vorgänger abstößt.<sup>7 8</sup>

Mit dem Betrage der Abfindungssumme tritt der Nachhypothekar in den Rang des abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers nicht anders wie beim einfachen Abfindungsgeschäfte. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert.<sup>9</sup>

4. An die Fälle der hypothekarischen Succession reiht sich die Abfindung eines vorstehenden Pfandgläubigers durch einen Käufer der Pfandsache an. Es erwirbt nämlich jemand — der Tertius — eine mehrfach verhypothecirte Sache unter der Ver-

6) l. 3 pr., l. 12 § 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Nach Brinz Bd. 2 S. 865 liegt hier eine Succession in die eigene Hypothek, aber nur kraft ausdrücklichen Vorbehaltes vor. Ulpianus libro 28 ad edictum sagt l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7: *novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur.*

7) l. 12 § 6 D. qui pot. 20, 4. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: *Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitorum tam in suum debitum, quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum: et ita Papinianus libro 3 responsorum scripsit et verum est.* In den früheren Auflagen seiner Pandekten nahm Windscheid an, daß der abfindende nachstehende Pfandgläubiger wegen der Abfindungssumme nur ein Pfandrecht habe, aber keinerlei persönliche Forderung. Jetzt gesteht er dem Ausbezahlenden eine „*actio negotiorum gestorum*“ zu Bd. 1 § 233<sup>a</sup> Anm. 16. Richtiger Ansicht hat er die *actio pignoratitia*, weil er in Folge der Ermächtigung des Pfandvertrages zahlt.

8) Nimmt der vorstehende Pfandgläubiger die angebotene Abfindungssumme nicht an, so kann der nachstehende Gläubiger dieselbe deponiren, was dann dieselbe Wirkung wie eine Zahlung hat, l. 1 C. qui pot. 8, 17.

9) Daß *jus offerendi et succedendi* wurde übrigens, wie es scheint, in der späteren klassischen Zeit auch dem vorstehenden Pfandgläubiger gegen die nachstehenden zugetanden. Dies ergibt namentlich Paulus sent. II 13 § 8, eine Stelle, die für die Auslegung des justinianischen Rechtes in das Gewicht fallen muß. Die Frage ist sehr bestritten, vgl. die bei Windscheid § 233<sup>b</sup> Anm. 14 citirten.

einbarung zu Eigenthum, daß der erste Pfandgläubiger mit dem Kaufpreise abbezahlt wird. Dies geschieht. Nach strengem Rechte würde der nachstehende Pfandgläubiger — der Sekundus — dann an die erste Stelle rücken. Er könnte in Folge dessen die Sache dem Tertius abstreiten und sie pfandrechlich verkaufen; denn das Pfandrecht geht dem Eigenthume vor. Aber dann erhielte der Sekundus durch die Aufwendung des Tertius einen Vortheil, auf den er einen materiellen Anspruch nicht hat. Daher verstattete man dem Tertius, den Sekundus so zurückzuweisen, wie dies bisher der durch ihn abgefundene Primus konnte. Dagegen behält aber auch Sekundus das Recht, dem Tertius die gezahlte Summe so zu offeriren, wie wenn dieser Pfandgläubiger an Stelle des Primus wäre. Denn das Recht des Sekundus, durch Angebot der dem vorstehenden Pfandgläubiger geschuldeten Summe an dessen Stelle zu rücken, kann ihm durch den Kauf des Tertius nicht verkümmert werden.<sup>10</sup>

Alle erörterten Successionsfälle haben hiernach das Wesen gemeinsam. Ein später erworbenes dingliches Recht rückt durch die Abfindung eines Vorgängers in dessen Rang ein.<sup>11</sup>

10) l. 17 D. qui pot. 20. 4. Paulus libro 6 responsorum: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit, vgl. l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20, 5, l. 3 D. quae res pignori 20, 3. abgedruckt oben Anm. 2, l. 3 C. de his qui in prior cred. 8, 18. Für den Fall, daß der Käufer bisher vorstehender Pfandgläubiger war, nimmt Brinz Bd. 2 S. 864 an: „trotzdem daß der Käufer Eigenthümer wird, behält er sein bisheriges Pfandrecht und erwirbt ein neues“. Dies ist ein wahrer Thurbau von Rechten, während die Römer nichts anderes kennen, als einen „Schuß“ des Eigenthumes. Vgl. übrigens noch Hofmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 10 S. 377.

11) Keine wahre Succession tritt ein, wenn ein nachstehender Gläubiger — der Tertius — durch rechtskräftiges Urtheil gegenüber einem vorstehenden Pfandgläubiger — dem Sekundus — die Priorität erstritten hat, l. 16 D. qui pot. 20, 4. Ein derartiges Urtheil wirkt nur zwischen Tertius und Primus, da res iudicata nur jus facit inter partes. Die Stellung des Sekundus bleibt daher unberührt. Wenn etwa Primus auf sein Pfandrecht verzichtet, so rückt Sekundus in die erste Stelle trotz des Sieges des Tertius über den Primus. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 462, Roß in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 4. Gerade so steht es gemeinsrechtlich, wenn Primus dem Tertius die Priorität cedirt. Eine derartige Prioritätscession wirkt nur zwischen den kontrahirenden Parteien und kann den Zwischengläubigern nicht entgegengestellt werden.

## Fünftes Kapitel.

### Ende des Pfandrechtes.

§ 291. Die dem Pfandrechte eigenthümlichen Beendigungsgründe.

Dem Pfandrechte specifisch eigenthümlich sind zwei Beendigungsgründe, nämlich Untergang der versicherten Forderung und Pfandverkauf.

1. Der Untergang der versicherten Forderung zieht das Erlöschen des Pfandrechtes nach sich. Denn um der Forderung willen besteht das Pfandrecht. Ist diese erloschen, so ist das Pfandrecht ohne Halt und geht zu Grunde.

Die Formel der *actio hypothecaria* hob dies hervor. Aber freilich nicht abstrakt und ganz allgemein. Sie forderte zum Siege des Gläubigers „*eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*“.<sup>1</sup> Hiernach war jede Befriedigung des Gläubigers Endigungsgrund, wie Zahlung so auch Angabe an Zahlungsstatt, Novation, Erlass. Man stellte aber die anderen Gründe der Aufhebung der Forderung gleich, z. B. Konfusion, wenn Gläubiger und Schuldner dieselbe Person werden.<sup>2</sup> Darin fand man eben den accessorischen Charakter des Pfandrechtes, daß es untergeht, wenn die Forderung erlischt.<sup>3</sup>

Aber freilich bleibt das Pfandrecht unberührt, wenn nur die Klage zerstört wird, die Forderung aber als klagelose — *naturalis obligatio* — bestehen bleibt.<sup>4</sup> Eine solche Forderung kann noch gezahlt werden, daher erhält sich auch das Pfandrecht ihretwegen.

Paulus berichtet von einem Falle, in welchem „*remanet propter pignus naturalis obligatio*“.<sup>5</sup> Hier sei, so argumentiren einige,<sup>6</sup> nicht

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 167 ff.

2) l. 6 D. q. m. p. vel h. s. 20, 6. Ulpianus libro 73 ad edictum: Item liberatur pignus sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

3) l. 43 D. de solut. 46, 3 siehe oben § 261 bei Anm. 7.

4) l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1. Ulpianus libro 73 ad edictum: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Diese Konfuktion hat Ulpian zwar nicht erfunden, aber scharf formulirt und zur Geltung gebracht.

5) l. 61 (59) pr. D. ad s. c. Trebellianum 36, 1. Paulus libro 4 quaestionum: Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut su-

die Forderung die Grundlage des Pfandrechtes, sondern das Pfandrecht die Grundlage für die Forderung. Es bestehe also in Wirklichkeit ein Pfandrecht ohne Forderung. Im Grunde sei hiermit die accessorische Natur des Pfandrechtes aufgegeben. Hiernach leugnen viele die accessorische Natur des römischen Pfandrechtes überhaupt.<sup>7</sup> Dies alles ist nicht zutreffend. Denn die juristische Konstruktion der Rechtsinstitute ist nicht aus besonderen anomalen Fällen herzuleiten, sondern aus ihrer regelrechten Gestaltung zu entwickeln.

Nach deutschen Partikularrechten sind allerdings Hypotheken nichtaccessorischer Natur möglich. Hier findet sich nämlich häufig der Satz, daß die im Grundbuche eingetragenen Hypotheken nicht durch Zahlung und nicht durch Konfusion untergehen, sich vielmehr in der Hand des Eigenthümers erhalten und von ihm weiter begeben werden können. Dies steht in engstem Zusammenhange mit der Einrichtung der Grundbücher.

Das römische Recht giebt für solche Sätze keine Anknüpfungspunkte. Die Erkenntniß der Verschiedenheit trägt unseres Ermessens zur Aufhellung der Verhältnisse mehr bei, als das Bemühen, trügerische Ähnlichkeiten zu finden.

2. Der vollzogene Pfandverkauf beendet das Pfandrecht des Verkäufers und der ihm nachstehenden Gläubiger.<sup>8</sup>

Im Fall gerichtlicher Subhastation werden nach dem Lösungs-system auch die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken

---

spectam, coactus jussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure domini id possidere. respondi: additione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam. - igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 577—591. Die Schlussworte von Paulus bedeuten übrigens wohl nur: „wir erkennen an dem Fortbestehen des pignus das Fortdauern der naturalis obligatio“; vgl. l. 8 D. de cond. indebiti 12, 6. Zudem ist klar, daß sich die Entscheidung nur auf den Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts bezieht, welcher dem S. C. Pegasianum entsprach.

6) Windscheid Bd. 1 § 225 Anm. 13 ff., § 249 Anm. 4.

7) Neuerdings auch Schott in Ihering's Jahrbüchern Bd. 15 S. 32 ff. wenigstens der Sache nach.

8) Vgl. oben § 282 bei Anm. 12.

getilgt, nach dem Uebernahmesystem bleiben sie, soweit es sich um Kapitalbeträge handelt, unberührt.<sup>9</sup>

§ 292. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechtes.

Zahlreiche Endigungsgründe des Pfandrechtes haben eine allgemeine Natur, da sie bei Vermögensrechten jeder Art oder doch bei allen dinglichen Rechten an fremden Sachen in ähnlicher Weise einwirken.

1. Verzicht des Pfandgläubigers beendet sein Recht. Er bedarf der Annahme des Eigenthümers der Pfandsache.<sup>1</sup>

Stillschweigender Verzicht genügt. Er wird in der vorbehaltlosen Aushändigung des Faustpfandes an den Verpfänder gesehen:<sup>2</sup> denn der Gläubiger, welcher sein Pfandrecht erhalten will, giebt den Besitz nicht leicht auf, in dem die Garantie seines Rechtes liegt. Auch die Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung seines Pfandes durch den Verpfänder wird von den Römern in der Regel als Verzicht für den Fall der Verwirklichung der Veräußerung aufgefaßt. Denn der Verpfänder bedarf an sich der Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung des verpfändeten Objectes nicht; wird diese Zustimmung dennoch eingeholt, so muß sie einen besonderen Sinn haben, und dieser kann nur der des Verzichtes auf das Pfandrecht sein.<sup>3</sup>

Einen Verzicht auf das Pfand nahm man auch an, wenn beim Verkaufe eines Grundstückes die Gläubiger öffentlich zur Anmeldung ihrer Hypotheken aufgefordert wurden und, obgleich sie ortsanwesend waren, die Anmeldung ihrer Hypotheken unterließen.<sup>4</sup> Dieser Rechtsatz war für den römischen Verkehr von der größten Wichtigkeit, denn

9) Oben § 283.

1) 1. 2 C. de remissione pignoris 8, 25. Antoninus... obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Ob die Annahme durch den Verpfänder genügt, wenn er nicht mehr Eigenthümer ist? Dafür Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 547, dagegen aber Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 2.

2) 1. 9 § 1 C. de remissione pignoris 8, 25, 1. 3 D. de pign. actione 13, 7. Die Rückgabe der Verpfändungsurkunde bedeutet gleichfalls einen Verzicht auf die Hypothek nach 1. 7 C. de rem. pign. 8, 25. Auf im Grundbuche eingetragene Hypotheken ist dies aber nicht anwendbar.

3) Die Römer haben das ins einzelne hinein kasuistisch entwickelt 1. 4 § 1, 1. 7, 1. 8 §§ 6 ff. D. q. m. p. s. 20, 6, vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 552.

4) 1. 6 C. de remissione pignorum 8, 25. Imp. Diocletianus et Maximianus: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programme admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Nicht einmal eines besonderen Aufzuses bedarf es, wenn der Fiskus öffentlich verkauft. 1. 8 C. eod. 8, 25.

es lag hierin meist das einzige Mittel, eine einigermaßen sichere Uebersicht über den Schuldenstand eines Grundstückes, welches man erwerben wollte, zu gewinnen. Das gemeine Recht hat ihn noch weiter ausgebildet und an die Stelle der privaten Aufforderung ein gerichtliches Aufgebotsverfahren gesetzt, bei Strafe des Ausschusses eines jeden, welcher sich nicht rechtzeitig meldet.

2. Das Pfandrecht hört nothwendig mit dem Untergange der Pfandsache auf;<sup>5</sup> nicht weniger wenn diese Sache eine öffentliche wird. Veränderungen der Pfandsache, z. B. Errichtung eines Hauses auf dem verpfändeten Acker, zieht den Untergang des Pfandrechts nicht nach sich.<sup>6</sup>

3. Es ist ein Fundamentalgrundsatz des römischen Rechtes, daß an der eigenen Sache ein Pfandrecht unmöglich ist.<sup>7</sup> Daher erlischt es, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum der Pfandsache erhält.

Aber dieser Grundsatz erleidet eine Modification, wenn die Sache mit mehreren Pfandrechten belastet ist und der vorstehende Gläubiger das Eigenthum an ihr erwirbt. Dann behält er gegen die nachstehenden Pfandgläubiger dieselben Rechte, wie wenn sein vorstehendes Pfandrecht noch bestünde.<sup>8</sup> Dies war billig und recht, denn sonst

5) l. 8 pr. D. q. m. p. s. 20, 6.

6) l. 16 § 2 D. de pignoriibus 20, 1. Es erhält sich das Pfandrecht am Boden, wenn das verpfändete Haus abbrennt, l. 29 § 2. l. 35 D. de pignoriibus 20, 1. — Sind die Baumaterialien als verpfändet anzusehen, wenn ein Haus verhypothecirt ist und wenn es der Eigenthümer abbricht? Es ist dies zu bejahen, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 563 ff. Wie aber, wenn aus einer Mobilie bei deren Untergang eine neue Sache entsteht oder übrig bleibt. Es ist z. B. eine Kuh verpfändet, sie fällt beim Gläubiger; hat er ein Pfandrecht an der Haut? Bei der Verpfändung kommt es den Betheiligten nicht sowohl auf die ipsische Pfandsache als auf Sicherstellung durch ein Werthobjekt an. Man darf daher als präsumtive Absicht bei der Verpfändung ansehen, daß dem Gläubiger alles verpfändet sein soll, was sich aus der Pfandsache entwickelt. Bestritten ist namentlich der Fall der Specifikation, vgl. l. 18 § 3 D. de pign. a. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 560 ff., Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 S. 331, Bremer, Pfandr. S. 165 ff., Windscheid Bd. 1 § 148 Anm. 10. Ergreift das Pfandrecht die Versicherungssumme? Hierüber vgl. M. Scherer in Jhering's Jahrbüchern Bd. 20 n. 2.

7) l. 45 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 30 ad edictum ... Neque pignus neque depositum, neque precarium ... rei suae consistere potest. Daß diese und ähnliche Aeußerungen bloß feststellen, daß der contractus pignericus keine Wirkung zu Gunsten des Verpfänders habe, — wie Hartmann in Jhering's Jahrb. Bd. 17 S. 105 Anm. 1 annimmt — kann ich nicht finden. Vgl. l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

8) In der l. 30 § 1 D. de exe. rei jud. 44, 2 entscheidet Paulus — 14. Buch der Quaestionen — folgenden Rechtsfall. Bei Gelegenheit eines Erbschaftsprozesses zwischen Mävius, dem wirklichen Erben, und Titius, einem Erbschaftsprätendenten, kam es zu einem Vergleich, laut dessen Titius dem Mävius außer einigen erbchaftlichen Vermögensstücken auch ein ihm eigenthümlich zustehendes Grundstück zu Eigenthum überließ. Auf diesem Grundstücke lastete eine Hypothek seitens des X.; dieser stellte gegen den Mävius die actio hypothecaria an und drang mit derselben

würde er ohne materiellen Rechtsgrund geschädigt und die Nachhypothekarien erhielten Vortheile, auf die sie materiell keinen Anspruch hätten. Im Grunde liegt in derartigen Fällen nichts als eine Ausstattungs des Eigenthumes mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekarien.<sup>9</sup>

Ganz anders fassen die Sache viele neuere Schriftsteller auf. Sie unterstellen, daß die Römer grundsätzlich und allgemein ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt hätten.<sup>10</sup> Hieraus schließen sie, daß ein derartiger Eigenthümer die eigene Sache als Pfandgläubiger verkaufen und damit von Nachhypotheken befreien könne; ja auch weiter begeben könne er ein derartiges Pfandrecht an der eigenen Sache. Da ist es denn nur ein Wunder, daß die Römer, welchen doch sonst der Muth nicht fehlte, die Konsequenzen ihrer Grundsätze zu ziehen, von solchen weittragenden, das ganze Pfandrechtsystem bestimmenden Dingen nichts wissen. Sie geben dem Eigenthümer Rechte nach Art eines Pfandrechtes nur, falls er mit Nachhypothekarien konkurriert, die dem früher zu seinen Gunsten bestellten Pfandrechte nachstanden. Daher ist es doch wohl das allein richtige Verfahren, hierin nur eine durch die Billigkeit bedingte Deviation von den Grundsätzen zu sehen, welche im übrigen ihr Sachenrecht beherrschen.

Daß moderne Rechte die höchst künstliche Rechtsform der Pfandrechte an eigener Sache geschaffen haben, ist Thatfache. Aber dies bildet einen Gegensatz gegen das römische Recht und keine Fortbildung desselben.

4. Endlich hat auch die Zeit Einfluß auf die Beendigung des Pfandrechtes.

a) Wer die Pfandsache in gutem Glauben und ohne Kenntniß des auf ihr lastenden Pfandrechtes — nicht als Erbe des Verpfänders —

durch. Später fand Mävius Urkunden, wonach jenes Grundstück bereits seinem Großvater und zwar vor dem X. verpfändet war. Die nächste Frage war, ob dem Mävius, wenn er das Grundstück von X. herausfordere, die exceptio rei judicatae entgegenstehe. Dies verneint der Jurist, da es sich hierbei um eine andere Rechtsache als die früher entschiedene handelte. Er fährt dann fort: in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.

9) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 570 ff. Siehe auch Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 50 ff., S. 84.

10) Hartmann, Rechte an eigener Sache in Ihering's Jahrb. Bd. 17 S. 100. G. Buchta, die Hypothek des Eigenthümers S. 7 ff. Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 26, siehe auch die bei Arndts § 389 Anm. 2 citirten Schriftsteller.

erwarb, erlangt durch Besitz von 10 oder 20 Jahren, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnte oder nicht, eine *longi temporis praescriptio*. Sie wird durch Anstellung der Klage innerhalb der gedachten Zeit unterbrochen. Sie hat den Charakter einer Klagenverjährung, doch nähert sie sich einer Ersetzung dadurch, daß der Präskribent die Sache vom Pfandgläubiger auch vindiciren kann, wenn er den Besitz an diesen verloren hat.<sup>11</sup>

b) Außerdem tritt der Pfandklage die ordentliche Klagenverjährung entgegen. Sie vollendet sich gegen den Schuldner und dessen Erben erst in 40 Jahren. Auch der nachstehende Pfandgläubiger bedarf gegen den vorgehenden, so lange der Verpfänder lebt, 40 Jahre. Ebenso steht es nach dem Tode des Verpfänders, sofern sich der Nachhypothekar auf seine Besitzzeit während des Lebens des Verpfänders berufen will. Stützt er sich bloß auf die Zeit nach dessen Tode, so genügen 30 Jahre.<sup>12</sup>

## Sechstes Kapitel.

### Verpfändung von Rechten.

#### § 293. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung.

Unter den verpfändbaren Rechten nehmen die Forderungen die erste Stelle ein.<sup>1</sup> Gute und sichere Obligationen sind nicht minder zuverlässige Pfänder, als körperliche Sachen.

Zwei Auffassungen bestehen hinsichtlich der juristischen Natur dieses Pfandrechtes (*pignus nominis*). Nach der einen begründet es ein Recht an der Forderung. Dieselbe wird hieruach als Rechtsobjekt behandelt, wie eine körperliche Sache. Die Geltendmachung auch dieses Pfandrechtes geschieht durch hypothekarische Klage.

11) l. 5 § 1, l. 12 D. de div. temp. praeser. 44, 3, l. 7 § 1, l. 14 C. de obl. et act. 4, 10, l. 2 C. si adversus creditorem 7, 36, l. 19 C. de evict. 8, 44. Schmitthenner, in hessischen Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 92 betrachtet diese Verjährung als „Ersetzung der Pfandfreiheit“. So auch Arndts § 390 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 17. Gegen diese Auffassung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 596 ff., Wächter, Superficial- oder Pfandrecht S. 112.

12) l. 7 pr. § 3, l. 8 § 1 C. de praeser. XXX annorum 7, 39.

1) Die Verpfändung der Forderungen ist häufig zum Gegenstande der Untersuchung geworden. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 461. Die neueste Schrift ist von Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883, vgl. hierüber Pfersche in der kritischen Vierteljahrschrift Bd. 27 S. 208. Die Litteratur siehe bei Hellwig S. XIII. Neuestens noch Lioni, De Verbandung van Inschulden. Amsterdam 1885.

Richtiger Ansicht aber nach ist die Behandlung der Forderung als Rechtsobjekt dem römischen Rechte fremd. Sie würde voraussetzen, daß die Römer Rechte an Rechten grundsätzlich anerkannt hätten, was sich nicht nachweisen läßt.<sup>2</sup> In letzter Linie läuft das Recht des Pfandgläubigers der Forderung nothwendig hinaus auf einen Anspruch gegen den Schuldner derselben — den Drittschuldner — zur Leistung des Schuldojektes. Hierin ist der Kern der Verpfändung der Forderung zu suchen. Sie ist die unentziehbare Legitimation, die verpfändete Forderung behufs Befriedigung des Anspruches an den Verpfänder geltend zu machen; sie bildet eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommen, hiernach beschränkte Cession.<sup>3</sup> Soweit die Rechte des Pfandgläubigers nicht eingreifen, bleiben natürlich die Rechte des Verpfänders bestehen. Daher hat man neuerlich die in der Verpfändung liegende Cession eine kooptirende genannt.<sup>4</sup>

Das Pfandrecht an Forderungen entsteht, wie das an körperlichen Sachen, durch Rechtsgeschäfte — Vertrag oder Testament —, ferner in Folge Gesetzes und durch den Richter.

Eine Form ist nicht erfordert. Aber die Verpfändung ist doch nach der Reichskonkursordnung im Konkurse des Verpfänders nur dann wirksam, wenn

- a) entweder der Drittschuldner von ihr benachrichtigt ist, oder
- b) der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn die Gewahrsam der über die Forderung ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat.<sup>5</sup>

Der Forderungspfandgläubiger sichert sein Recht durch Benachrichtigung — Denuntiation — an den Drittschuldner.

Ihm stehen behufs Realisirung seines Pfandrechtes zwiefache Befugnisse zu:

- a) Er ist befugt, die ihm verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit vom Drittschuldner beizutreiben — *jus exigendi*.<sup>6 7</sup>

2) Vgl. oben § 249 Anm. 8.

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 462.

4) So Hellwig a. a. D. insbesondere S. 54 ff. Eine grundsätzliche Abweichung von der Theorie der „beschränkten Cession“ liegt freilich in Hellwigs Ausführungen nicht, vgl. Pfersche a. a. D.

5) Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 15.

6) Die Hauptstelle ist l. 18 pr. D. de pign. actione 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Vgl. ferner l. 20 D. de pignoribus 20, 1.

Verpfändet ist ihm die ganze Forderung des Verpfänders, auch soweit sie den Betrag der eigenen überschreitet. Dies ist besonders in Fällen wichtig, in welchen der Drittschuldner in Konkurs verfallen ist. Der Forderungspfandgläubiger kann die ihm verpfändete Forderung ganz anmelden und hiernach berechnet sich die auf ihn entfallende Konkursdividende. Immerhin kann der Gläubiger, welchem eine Geldforderung für eine Geldforderung verpfändet ist, nicht mehr einziehen, als die eigene Forderung beträgt.<sup>8</sup>

Das vom Drittschuldner beigetriebene Geld geht in das Eigenthum des Forderungspfandgläubigers über und ist auf seine Forderung an den Verpfänder anzurechnen.

Ist aber der Gegenstand der verpfändeten Forderung eine Sache anderer Art, z. B. ein Grundstück, so erwirbt der Forderungspfandgläubiger durch die Beitreibung an ihr nur Pfandrecht, das Eigenthum selbst ist dem Verpfänder zu übertragen.<sup>9</sup>

Ulpianus libro 63 ad edictum: Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

7) Wichtige Fragen sind in den Quellen nicht entschieden. Kann der Forderungspfandgläubiger die verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit einziehen, ehe die eigene Forderung gegen den Verpfänder fällig ist? Gewöhnlich nimmt man an, daß in diesem Fall weder der Verpfänder, noch der Pfandgläubiger Zahlung betreiben oder annehmen könne. Wolle sich der Drittschuldner also liberiren, so müsse er die Schuldsumme deponiren, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 464; hiergegen erklären sich Hellwig a. a. O. S. 148 und Pfersche a. a. O. Es ist zuzugestehen, daß diese Behandlungsweise meist nicht beabsichtigt sein wird. Der Forderungspfandgläubiger kann also die fällige Forderung einziehen und hat dann eine Geldkaution, sofern es sich um eine Geldforderung handelt. Ist der Pfandgläubiger zur diligenten Eintreibung verpflichtet? Dies bejaht Pfersche a. a. O. Man muß ihm beitreten. Es liegt dies in den Zwecken des Geschäftes. Indem der Verpfänder sein Forderungswort aufgibt, erwartet er die gehörige Beitreibung durch den Forderungspfandgläubiger, sonst wäre er unverhältnißmäßig geschädigt. Dagegen ist Hellwig a. a. O. S. 240.

8) l. 4 C. quae res pignori §. 16. Alexander: Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

9) Bgl. l. 20 D. de pign. 20. 1, abgedruckt oben Num. 6. Viele Schriftsteller nehmen an, der Pfandgläubiger werde Eigenthümer der fraglichen Sache, jedoch nur behufs Sicherung seiner Forderung. Pfersche a. a. O. S. 218 bemerkt hierzu: „Praktische Bedenken konnte diese Gestalt in der klassischen Zeit, als das Institut der fiducia noch in Blüthe stand, nicht erregen.“ Aber die berechtigende Tendenz der Parteien und die Intention des Rechtes gingen in der späteren Zeit darauf, dem Pfandgläubiger nicht mehr Befugnisse in die Hand zu legen, als die Zwecke der Verpfändung schlechthin fordern. Dies führt auf Pfandrecht an der beigetriebenen Species und nicht auf Eigenthum des Pfandgläubigers an derselben. Hierfür spricht auch die oben Num. 6 abgedruckte l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7.

b) Der Forderungspfandgläubiger hat weiter das Verkaufsrecht der Forderung, so daß er sich aus dem Erlöse bezahlt macht.<sup>10</sup>

Dies gilt unbedingt bei Werthpapieren, die einen regelmäßigen Kurs haben. Bei Forderungen anderer Art würde es aber gegen den guten Glauben und die bei der Verpfändung waltende Parteiintention verstoßen, wenn der Gläubiger ohne weiteres zum Verkauf der Forderung schritte. Ein solcher Verkauf wird in der Regel nur ein ungünstiges Resultat ergeben. Der Verkauf der Forderung steht dem Pfandgläubiger nur subsidiär für den Fall offen, daß der Drittschuldner nicht freiwillig zahlt oder daß sich dem Eintreiben erhebliche faktische Schwierigkeiten in den Weg stellen.

Es kommt vor, daß ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache weiter versetzt.<sup>11</sup> Man nennt ein derartiges Geschäft Afterverpfändung — *pignus pignoris, subpignus*. Die juristische Konstruktion der Afterverpfändung ist eine sehr bestrittene.

10) Ob der Forderungspfandgläubiger das Recht zum Verkaufe der verpfändeten Forderung hat, ist in neuerer Zeit sehr bestritten. Vgl. Erner, Kritik des Pfandr. S. 164, Hellwig a. a. D. S. 33. Die quellenmäßige Stütze des Verkaufsrechtes des Forderungspfandgläubigers ist l. 7 C. de her. vel. act. vend. 4, 39 von Diocletianus und Maximianus. Sie lautet nach Krüger folgendergestalt: *Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic, — ut responsum est — vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.* Hellwig a. a. D. S. 33 übersetzt dies folgendergestalt: Nachdem man dahin gekommen ist, Forderungen zu verpfänden, ist es anerkanntes Rechts, daß dem Pfandgläubiger eine *actio utilis* — wie auch respondirt wurde — zusteht, wie dem Käufer „einer“ Forderung. Ich halte diese Erklärung für unbefriedigend. Die Stelle gewinnt nur dann Zusammenhang, wenn die Rede ist von dem Käufer der besprochenen, d. h. der verpfändeten Forderung. Diocletian gesteht unseres Erachtens dem Pfandgläubiger das Verkaufsrecht zu, und dem Pfandkäufer *utiles actiones*, wie bereits die klassischen Juristen dem Pfandgläubiger selbst derartige Klagen gaben. Dies stimmt damit überein, daß die Römer mehr und mehr das Wesen des Pfandrechtes im Verkaufsrechte fanden. Nur das wird man mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse und die vermuthlichen Intentionen der Parteien zugestehen müssen, daß der Forderungspfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber verpflichtet ist, von dem unvortheilhaften Wege des Verkaufes der Forderung nur Gebrauch zu machen, wenn sich der Realisirung durch Einziehung Hindernisse entgegenstellen.

11) l. 13 § 2<sup>o</sup> D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: *Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim si, res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuert et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.* Vgl. über diese Erörterung Dernburg, Pfandr. Bd. I S. 478, siehe ferner l. 1 pr. C. si pignus pignori 8, 23. *Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse jam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur tamdiuque eum is qui jus repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.*

Viele sehen in ihr die Bestellung eines neuen Pfandrechtes an der Pfandsache durch den Pfandgläubiger.<sup>12</sup> Es fragt sich aber, woher der Pfandgläubiger die Legitimation zu einer derartigen Pfandbestellung nimmt? Die Pfandsache ist doch nicht in seinem Vermögen — in bonis. Er kann über sie allerdings zum Zweck der Tilgung der versicherten Forderung verfügen und sie zu diesem Behufe veräußern. Aber er hat nicht die Befugnisse, sie zu eigenen Zwecken zu benutzen, und es kann ihm daher auch nicht zustehen, sie wegen eigener Schulden zu verpfänden. Wer die Schaffung eines neuen Pfandrechtes durch den Pfandgläubiger annimmt, dem fehlt zudem die Handhabe, um dem Afterpfandgläubiger die persönliche Forderung seines Verpfänders gegen den ersten Verpfänder zu überweisen. Der erste Pfandgläubiger behielt also seine persönliche Forderung gegen den ersten Verpfänder unbeschränkt, er könnte auf sie hin Zahlung annehmen, ohne daß der Afterpfandgläubiger dies zu hindern vermöchte. Gleichwohl müßte eine solche Zahlung das Recht des Afterpfandgläubigers vernichten, da dieses den mit der Schuldtilgung eintretenden Untergang des Rechtes des Afterverpfänders nicht überdauern könnte.

Wir sehen in der Afterverpfändung nur einen Ausdruck für die Verpfändung der Forderung des Verpfänders mit seinem Pfandrechte. Hieraus ergeben sich praktisch zweckmäßige Resultate und es schwinden die Schwierigkeiten von selbst. Die Parteien sprechen von Afterverpfändung, weil es ihnen besonders auf die Sicherung durch die Rechte an dem Pfande ankommt, welches dem Verpfänder verpfändet ist. Die zweckmäßige, ihren wesentlichen Intentionen entsprechende Auffassung des Geschäftes zu finden, ist Sache der Juristen.

### § 294. Verpfändung von Servitutten.<sup>1</sup>

Eine zwiefache Art der Verpfändung von Servitutten kommt vor, nämlich einmal Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten, und zweitens Verpfändung von gleichzeitig und zu diesem Zwecke bestellten Servitutten durch den Sacheigenthümer.

12) Vgl. vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus, Rostock 1864, Cyner, Kritik S. 79, ferner Hofmann in Ihering's Jahrb. Bd. 10 S. 382, Kohler, pfandrechtl. Forschungen §§ 1 ff. Weitere Litteratur siehe in den angeführten Schriften und bei Arndts § 367 Anm. 5.

1) Ueber die Verpfändung der Servitutten vgl. Büchel, Erört. Bd. 1 n. 3, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 26, 62, 63, Göppert über Verpfändung von Grundgerechtigkeiten im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 n. 12, Eisele über Verpfändung von Servitutten im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 n. 3, Kohler, pfandrechtl. Forschungen §§ 4 und 13.

1. Die Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten ist nur beim Nießbrauche möglich.<sup>2</sup> Zwar ist der Nießbrauch als solcher nicht veräußerlich. Aber die Ausübung des Nießbrauches kann übertragen werden. Dies ermöglicht seine Verpfändung.

Der Pfandgläubiger erhält hierbei die Ausübung des Ususfructes zu den Zwecken des Pfandrechtes; er kann und soll also die Früchte durch Perception gewinnen und auf diese Weise die versicherte Forderung nach Möglichkeit tilgen. Ist dieselbe fällig, so kann er die Ausübung des Nießbrauches pfandrechtlich verkaufen.

2. Merkwürdiger noch ist die Verhypotheccirung einer erst zu errichtenden Servitut durch den Sacheigenthümer.

Die wichtigste Anwendung auch dieser Verpfändungsweise ist diejenige des Nießbrauches. Es handelt sich darum, ein wirksames Pfandrecht zu bewilligen, ohne das Besizthum selbst auf das Spiel zu setzen.

Die Verpfändung wurde richtiger Ansicht nach derart in das Werk gesetzt, daß man dem Gläubiger den Nießbrauch bestellte, jedoch nur zu Pfandzwecken. Wird die versicherte Forderung nicht rechtzeitig bezahlt, so ist der Gläubiger befugt, die Ausübung des Nießbrauches an einen Pfandkäufer zu übertragen. Die Dauer des Nießbrauches bemißt sich also nach dem Leben des Gläubigers.<sup>3</sup> Eine andere Ansicht geht dahin, daß der Gläubiger den Nießbrauch nur faktisch erhalte, daß dieser aber noch nicht in Folge der Verpfändung bestehe.<sup>4</sup> Erst der Gläubiger bestelle ihn durch den Pfandverkauf. Er begründe ihn in der Person des Käufers. Wie soll aber Object eines Pfandrechtes eine Servitut sein, die erst nach dem Pfandverkauf in das Leben tritt! Wie eigenthümlich wäre es auch, wenn der Umfang des verpfändeten Nießbrauches von der Person des Pfand-

2) l. 11 § 2 D. de pignoribus 20, l. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere „non esse ei jus uti frui invito se“, tali exceptione eum praetor tuebitur „si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit. ut usus fructus pignori sit“: nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 489.

4) Vorzugsweise Büchel a. a. D. findet hier die Verpfändung einer zwar faktisch, nicht aber juristisch bestehenden Servitut. Erst wenn es zum Pfandverkaufe komme und der Gläubiger einem Käufer die Servitut übertrage, beginne deren Existenz. Diese Ansicht ist die gewöhnliche, vgl. Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 11, Arndts § 367 Anm. 3. In eigenartiger — sich an Egner, Kritik S. 63 anlehnender — Weise vertheidigt sie neuerdings Köhler S. 38.

käufers derart abhinge, daß er variierte, je nachdem der Käufer ein Jüngling oder ein Greis wäre.

Auch die Verpfändung von Weg- und Wassergerechtigkeiten durch den Eigenthümer wurde zulässig.<sup>5</sup> Hierbei wird die Weg- oder Wassergerechtigkeit zu Gunsten eines Grundstückes des Gläubigers, der freilich nothwendig ein Nachbar sein muß, bestellt, und es wird ihm anomalerweise das Recht zugestanden, die Felddienstbarkeit nach Fälligkeit der versicherten Forderung einem anderen Nachbarn pfandrechtllich zu verkaufen.<sup>6 7</sup>

5) l. 12 D. de pignoriibus 20, 1. Paulus libro 68 ad edictum: Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat — et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

6) Es wurde oben § 238 Anm. 7 gezeigt, daß bei Wasserleitungen der Eigenthümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen konnte, Dritten den Wassergenuß zu überlassen. Hier findet sich nun der weitere Schritt, daß aus Gründen der Utilität eine Weg- oder Wassergerechtigkeit einem Gläubiger behufs seiner Deckung eingeräumt werden kann, mit dem Rechte, sie zu verkaufen. Daß es sich um eine Anomalie im Interesse der Utilität handelt, besagt die mitgetheilte Stelle selbst. Daß diese Singularität nicht weiter ausgedehnt wurde und namentlich bei serv. pr. urbanorum nicht Platz griff, wie l. 11 § 3 D. de pignoriibus 20, 1 ausdrücklich bezeugt, bedarf daher kaum der Erklärung. Indessen sind doch viele neuere Schriftsteller anderer Ansicht, vgl. Hölder über die Anwendung der serv. urb. im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 4, Eisele a. a. O. S. 119, Kohler a. a. O. § 14, siehe auch andere bei Arndts § 367 Anm. 3 Ziff. d citirte. — Ueber die rechtliche Konstruktion der Verpfändung der Weg- und Wassergerechtigkeiten gehen denn auch die Ansichten sehr auseinander. Alle irgend denkbaren Auffassungen sind mit Scharfsinn und wohl auch zum Theil mit Spitzfindigkeit vertheidigt worden. Vgl. Keller in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 n. 4, Kindervater ebendort Bd. 6 S. 126, Göppert im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 n. 12 mit zahlreichen Litteraturnachweisungen, Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 S. 123, Kohler, pfandrechtl. Forschungen S. 253: „Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbesondere der auf die Sphäre des Servitutengenußes beschränkten Pfandrechte“.

7) Verpfändbar ist auch das Urheberrecht, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 64, Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 411.

# Sachregister.

Es sind sowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer steht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weisen auf die *sedes materiae* hin.  
a = Anmerkung.

## A.

- Abfindung des Pfandgläubigers (hypothekarische Succession) 689 ff. (290).  
 Abgaben, fiskalische, gesetzliches Pfandrecht 652 (269).  
 Abgeleiteter Besitz 393 (172).  
 Abgeleiteter Eigenthumserwerb 462 (201).  
 Abortus 110 (50).  
 Absolute Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 275 (120).  
 Absonderungsrecht der Pfandpfandgläubiger im Konkurse 642 (264).  
 Abstrakte Rechtsgeschäfte 217 (95).  
 Abwesenheit 115 ff. (51), Restitutionsgrund 322 (142).  
 Accessio, Eigenthumserwerbssart, 468 ff. (205) vgl. 463 (201).  
 Accessio possessionis 505 (221).  
 Accessionen 173 (77).  
 Accidentalialia negotii 213 ff. (93).  
 Accursius 10 (4), 31 (16).  
 Acquisitivverjährung s. Acquisitivverjährung.  
 Actio 288 ff. (127), 346 ff. (151).  
 Actiones arbitrariae 299 ff. (133).  
 — bonae fidei 297 (131).  
 — civiles 291 (128).  
 — contrariae 291 a 7 (128).  
 — directae, contrariae 291 a 7 (128).  
 — directae, utiles 291 (128).  
 — honorariae 291 (128).  
 — in factum, in jus conceptae 291 a 6 (728).  
 — in personam, in rem 293 (129), vgl. 296 (131).  
 — perpetuae 330 ff. (145).  
 — populares 294 (130), 47 (21).  
 — praejudiciales 301 (134).  
 — quae rem persequuntur 294 (130).  
 — stricti juris 297 (131).  
 — temporales 330 ff. (145).  
 — vindictam spirantes 307 (136).  
 Actio ad exhibendum 304 (135).  
 — aquae pluviae arcendae 536 ff. (232), 438 (192).  
 — arborum furtim caesarum 303 (135).  
 — certae pecuniae 295 ff. (131), 355 a 17 (154).  
 — commodati 305 (135).  
 — communi dividundo 451 ff. (197), 297 (131), 298 a 6 (132).  
 — confessoria 611 ff. (255).  
 — de certa re 295 (131).  
 — de tigno juncto 477 (208).  
 — doli 239 (104), 673 (281).  
 — duplex 298 (132).  
 — exercitoria 271 (118).  
 — familiae erciscundae 297 (131), 298 a 6 (132), 495 (218).  
 — fiduciae 638 (263).  
 — finium regundorum 528 ff. (229), 299 (132), 495 (218), 680 (284).  
 — furti 294 (130), 303 (135), 331 a 5 (145).  
 — hypothecaria 677 ff. (284), 337 (147), 639 (263), 655 a 10 (270), 693 (291).  
 — injuriarum 303 (135).  
 — in rem 438 (192).  
 — in rem expressa causa 346 a 3 (151).  
 — institoria 271 (118), 271 a 1 (119).  
 — iudicati 367 (162).  
 — legis Aquiliae 294 (130), 303 (135), 305 (135).  
 — legis Aquiliae utilis 291 (128).  
 Dernburg, Pandekten. I.

- Actio negatoria 614 ff. (256), 459 (199).  
 — negotiorum gestorum 518 a 25 (225).  
 — momenti; momentariae possessionis 429 a 14 (188).  
 — Pauliana 277 (120).  
 — pigneraticia 682 ff. (286), 672 (281).  
 — praescriptis verbis auf Erfüllung eines Modus 264 (115).  
 — Publiciana 442 (194), 524 ff. (228), 488 (215), 490 (216), 504 a 33 (220), bei Servituten 613 (255).  
 — quanti minoris 338 (147).  
 — quasi Serviana 677 (284).  
 — quod metus causa 237 (103), 293 (129), 316 (139).  
 — redhibitoria 315 a 2 (139), 338 (147).  
 — sepulcri violati 307 a 3 (136).  
 — Serviana 677 ff. (284), 639 (263).  
 — simplex, duplex 298 (132).  
 — spoli 429 ff. (189).  
 — viae rejectae 529 (229).  
 — vi bonorum raptorum 303 (135).  
 Actus (Servitut) 572 (242).  
 Actus legitimi 242 a 12 (105).  
 Addictio bonorum 182 a 9 (81).  
 — in diem 256 (112).  
 Adel, Autonomie 55 (25).  
 Adjecta causa 346 a 3 (151).  
 Adjudicatio als Bestandtheil der formula 291 (128).  
 Adjudication 494 ff. (218), 454 (197), 676 (283).  
 Adjunctio 477 ff. (209).  
 Admicula servitutis 572 (242).  
 Administratio cum libera 274 (119).  
 Administratio s. Sequestration.  
 Adplumbatio 478 a 6 (209).  
 Adquisitivverjährung 329 ff. (144), vgl. auch Erfindung.  
 Medicinische Klagen, Verjährung 338 (147).  
 Aequitas 281 ff. (124), 74 (34), vgl. 44 (20), 100 (45).  
 \*Affectus possessionis 393 a 3 (172).  
 Affirmative Bedingungen 243 (106), 251 (110).  
 Affirmative Servituten 564 (239).  
 Aftermieter, gesetzliches Pfandrecht an dessen Filaten 649 (268).  
 Afterverpfändung 698 ff. (293).  
 Agenten 272 a 3 (119).  
 Ager arcifinius 166 ff. (74).  
 — limitatus 166 ff. (74).  
 — vectigalis 622 (258).  
 Alienatio 187 (83).  
 Alluvion 474 (207).  
 Alter der Rechte 183 (82).  
 — der Pfandrechte 685 (287).  
 Altersstufen 120 ff. (53).  
 Alveus derelictus 474 ff. (207).  
 Ambitus 460 (200).  
 A momento ad momentum 201 (88).  
 Analogie 84 (38).  
 Anerkennung 187 (84).  
 Anfechtbarkeit 274 ff. (120).  
 Anführungspflicht im Prozeß 358 (156).  
 Angebrachtermaßen, Abweisung 359 (157).  
 Animus beim Besitzerwerb 400 (177).  
 — domini 393 (172).  
 — possidendi 392 ff. (172), 406 (179).  
 Annus continuus, utilis 200 ff. (88 ff.).  
 Anomalien 71 (33).  
 Anrechnungstheorie bei der Klagenkonkurrenz 303 a 4 (135).  
 Anruchigkeit 130 (58).  
 Anschlußpfändung 657 (271).  
 Anschwemmung 474 (207).  
 Anspruch 87 (39), 88 a 7 (39), vgl. 289 a 8 (127).  
 Anstalten als juristische Personen 134 ff. (59), 143 ff. (62).  
 Antinomien 79 (36), vgl. 81 a 17 (36), 62 a 5 (28).  
 Antichrese 667 (278).  
 Anwendungssphäre der Rechtsnormen 93 ff. (43 ff.).  
 Anzeichen 402 (178).  
 Apprehension 401 ff. (178).  
 Aqua aestiva 574 (243).  
 Aquaeductus 574 (243).  
 Aquaehaustus 574 (243).  
 Argumentum a contrario 77 a 10 (35).  
 Arrest 381 ff. (168), A. begründet Pfandrecht 657 (271).  
 Auctoris laudatio 516 (225).  
 Aufgeben des Besitzes 415 (182), vgl. 465 a 8 (203).  
 Aufhebung der Rechte, s. Beendigung.  
 Auflage (modus) 262 (115).  
 Auflassung 439 a 7 (193), 481 (211).  
 Auflösende Bedingungen 244 (106), vgl. 489 (215).  
 Aufschiebende Bedingungen 244 (106), vgl. 489 (215), Unterschied vom modus 264 (115).  
 Auseinandersetzung der Miteigentümer 454 (197).  
 Ausgaben des corpus juris civilis 14 (7).  
 — des corpus juris canonici 24 a 1 (12).  
 Auslegendes Recht 70 (32).  
 Auslegung der Gesetze 73 ff. (34 ff.), vgl. 53 (24).  
 — der Rechtsgeschäfte 279 ff. (123).  
 Auslichtgerechtigkeit 578 (244).  
 Ausübung der Rechte 89 ff. (41).  
 Auswerfen (actus missilium) 484 (213).  
 Außerkräfttreten der Rechtsnormen 51 ff. (23 ff.), 65 (30).  
 Außerordentliche Erfindung 508 ff. (222), 499 (219).  
 Authenticae 23 (11).

- Authenticæ Fridericianæ 27 (14).  
 Authenticum 22 (11).  
 Authentische Interpretation 73 (34), 82 ff. (37).  
 Autonomie 55 (25).  
 Avulsio 474 (217).  
 Azo 31 (16).
- B.**
- Balduinus 32 (16).  
 Baldus de Ubaldis 32 (16).  
 Bartolus de Sassoferrato 32 (16).  
 Baseler Festungsstreit 161 a 1 (71).  
 Basiliden 12 (5), 19 (9).  
 Bauen (inaedificatio) 476 (208).  
 Baumaterialien 400 (176), 476 (208), 696 a 6 (292), 173 (77), 627 (259).  
 Baupolizei 457 (198).  
 Bauten (Nachbarrecht) 460 (200).  
 Bedingungen 240 ff. (105 ff.).  
 Bedingte Eigenthumsübertragung 254 (111).  
 Bedingte Tradition 487 ff. (215).  
 Beendigung des Besitzes 414 ff. (182 ff.).  
 — der Dienstbarkeiten 607 (254).  
 — des Eigenthumes 510 (223).  
 — der Emphyteusis 631 (260).  
 — der juristischen Person 147 ff. (64).  
 — der Klugrechte 306 (136).  
 — des Pfandrechtes 693 ff. (291 ff.).  
 — der Rechte 185 ff. (83).  
 — der Superficies 627 (259).  
 Besitzung 258 ff. (113 ff.), 265 ff. (116), vgl. 182 (81), Unterschied von der Verjährung 330 (144).  
 Befruchtung eigener Thiere durch fremde 468 a 2 (205).  
 Beginn und Ende der Persönlichkeit 110 ff. (50).  
 Begründung der Emphyteusis 628 (260).  
 — der juristischen Personen 145 ff. (63).  
 — des Pfandrechtes 643 ff. (265 ff.).  
 — der Servituten 599 ff. (251 ff.), vgl. 571 (242).  
 — der Superficies 626 (259).  
 Begründung der Klage 358 ff. (157).  
 Befräftigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte 279 a 4 (122).  
 Belastungen des Eigenthumes 455 (198).  
 Beneficium juris (privilegium) 71 (33).  
 — cedendarum actionum 679 (284).  
 — excussionis personalis 679 (284).  
 — excussionis realis 679 (284).  
 Bergbaurecht 457 (198).  
 Berger 35 (16).  
 Beschränkungen des Eigenthumes 455 (198).  
 Besitz 383 ff. (169 ff.).  
 Besitz des Emphyteuta 629 (260).  
 Besitz des Nießbrauchers 586 (247).  
 — des Pfandgläubigers 666 (278).  
 — des Sequesters 395 (173).  
 — des Superficials 626 (259).  
 Besitzeinweisung 380 (167).  
 Besitzinterdikte 369 ff. (171 ff.), 419 ff. (184 ff.).  
 Besitzklagen 419 ff. (184 ff.).  
 Besitzübertragung 412 ff. (181), 486 ff. (214).  
 Besitzverlust 414 ff. (182 ff.).  
 Besitzwille 406 (179).  
 Befähigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte 279 a 4 (122).  
 Betrug 238 ff. (104), Restitutionsgrund 317 (139).  
 Bewegliche Sachen 166 (74).  
 Bewegungsgründe 214 (94), 231 (102).  
 Beweis 361 (159).  
 Beweis eines Gewohnheitsrechtes 61 (28).  
 Beweispflicht 358 (156).  
 Biennium lutionis beim Pfandverkauf 673 bei a 17 (281).  
 Bildung der Rechtsnormen 51 ff. (23 ff.).  
 — des gemeinen Rechtes 1 ff. (1).  
 Billigkeit s. aequitas.  
 Bischofsstühle als juristische Personen 144 (62).  
 Bisextum 203 (89).  
 Blödsinnigkeit 126 ff. (56).  
 Bodenzins 625 (259).  
 Böhmer 35 (16).  
 Bologna (Schule von B.) 10 (4).  
 Bona = Vermögen 49 (22).  
 Bona fide possessio 398 (175), 441 ff. (194).  
 Bona fides 281 ff. (124).  
 — bei der Verjährung 342 (149).  
 — beim Besitzwerb 441 (194).  
 — bei der Ersetzung 503 ff. (220).  
 Bonae fidei actiones 295 (131).  
 Bonitatisches Eigenthum 438 (193).  
 Brachylogus juris civilis 30 a 2 (16).  
 Brevi manu traditio 414 (181), 481 (211).  
 Brissonus 32 (16).  
 Brunnemann 35 (16).  
 Bürgerliche Ehre 130 (58).  
 Bürgschaft, Verhältniß zum Pfandrecht 633 (261).  
 Bulgarus 31 (16).
- C.**
- Canon bei der Emphyteuse 630 a 17 (260).  
 Canon redintegranda 430 (189).  
 Capitis deminutio 114 ff. (50), 317, (139), 660 a 5 (273).  
 Carolina 28 (14).  
 Carpov 35 (16).  
 Cassellianum iudicium 422 a 7 (185).

- „Causa unus“ 513 a 9 (224).  
 Causa 216 ff. (25).  
 — adjuncta 346 a 3 (151).  
 — negotia 216 ff. (95), 314 (138).  
 — perpetua bei Servituten 568 (240).  
 — possessionis 406 (179).  
 — traditionis 484 (213).  
 Causae favorabiles 282 (124).  
 — piae 144 (62).  
 Cautio 379 ff. (167).  
 — damni infecti 531 ff. (230 ff.), 179 (80), 379 (167), 440 a 9 (193), 616 a 12 (256), 655 (270).  
 — de non turbando 614 (255), 616 (256).  
 — ex operis novi nuntiatione 542 (233).  
 — legatorum servandorum causa 379 (167).  
 — usu fructuaria 588 (248).  
 Chifane, Verbot derselben 90 (41), 458 (199).  
 Chirographische Forderungen 632 (261), Pfandrecht wegen derselben 668 (279).  
 Cession d'inglicher Klagen 514 a 2 (225).  
 Cifirmethode für das corpus juris civilis 14 ff. (7).  
 Civiles actiones 291 (128).  
 Civilis computatio 200 ff. (88 ff.).  
 Civilis possessio 397 (175).  
 „Civiliter uti“ 91 (41), 559 (237).  
 Civifomputation 200 ff. (88 ff.).  
 Civilrecht und prätorifches Recht 43 ff. (20).  
 Civis 101 a 1 (46).  
 Clausula generalis (Reftitutiongründe betreffend) 323 (142).  
 Clementinae 25 (12).  
 Codex constitutionum 20 ff. (10).  
 — Egnatianus 22 a 5 (10).  
 — Gregorianus 12 (5).  
 — Hermogenianus 12 (5).  
 Collatio legum Mosaicarum et Romanarum 12 (5).  
 Collegia 139 a 8 (60).  
 Collifion f. Kollifion.  
 Commissoria lex 669 ff. (280), 213 (93), 256 (112), 637 (263).  
 Commixtio 479 (210).  
 Communio incidens 446 a 3 (195).  
 Compossessio 386 a 10 (169).  
 Compromissum 374 ff. (165 ff.).  
 Computatio temporis 200 ff. (88 ff.).  
 Concilium Tridentinum 25 (13).  
 Concordia discordantium canonum 24 (12).  
 Concursus actionum 303 ff. (135).  
 Condemnatio 291 (128).  
 Conditio 240 (105).  
 — facti 241 (105).  
 — in non faciendo 244 (106).  
 — juris 184 (81), 241 (105).  
 — in praeteritum, in praesens collatae 246 (107).  
 Conditio 295 (131), 218 (95).  
 — certi, incerti 296 (131).  
 — ex canone 430 (189).  
 — furtiva 294 (130), 303 (135).  
 — indebiti 249 (109), 355 a 17 (154).  
 — Iuventiana 232 a 5 (102).  
 — negotiorum gestorum 518 a 25 (225).  
 — sine causa bei Stiftungen 144 a 5 (62).  
 — triticaria 295 (131).  
 — beim Modus 264 (115).  
 Condominium 445 ff. (195 ff.).  
 Confessio in jure 188 (84), 223 a 13 (98).  
 Confusio, f. Konfufion.  
 Consolidatio 608 (254).  
 Constitutio cordi 20 (10).  
 — ἀδωκεν 18 (9).  
 — deo auctore 17 (9).  
 — haec quae necessario 20 (10).  
 — tanta 18 (9), 21 (10).  
 — summa rei publicae 20 (10).  
 Constitutum possessorium 412 ff. (181), 481 (211), 638 (263), 642 (264).  
 Consuetudo revertendi bei Thieren 511 (223).  
 Conjunctio f. Konjuntion.  
 Continuae servitutes 565 (238).  
 Continuum tempus 205 ff. (90).  
 Contrariae actiones 291 a 7 (128).  
 Contravindicatio 298 a 5 (132).  
 Corpus beim Beisitz 400 (177).  
 Corpus ex cohaerentibus, distantibus 157 (68), 168 (74).  
 Corpus juris canonici 23 ff. (12).  
 — juris civilis 13 ff. (6).  
 Crimen vis 284 (125).  
 Cujacius 33 (16).  
 Culpa 194 ff. (86).  
 Curator ventris 112 (50).  
 Custodia 397 (174), 402 a 6 (178).  
 Datum der Rechte 183 ff. (82).  
 Decrete f. Decrete.  
 Decretum Divi Marci 284 (125).  
 — Gratiani 24 (12).  
 D.  
 Defensonalpflicht 358 (156).  
 Dekretalen Gregors IX. 24 (12).  
 Dekrete der römischen Kaiser 53 (24).  
 Dejection 428 (188).  
 Delikte 178 (79).  
 Deliktflagen 293 (130).  
 Demens f. Wahnsinn.  
 Demonstratio 291 (128).  
 Denuntiatio bei der Verpfändung von Forderungen 699 (293).  
 Dereliction 510 ff. (223), vgl. 484 a 4 (213).  
 — der Emphyteusis 631 (260).  
 — der Servituten 608 (254).  
 — der Superficies 627 (259).

- Derivativer Eigenthumswerb 480 ff. (211 ff.), 462 (201).  
 Derogatorische Kraft jüngerer Gesetze 65 (30), des Gewohnheitsrechtes 61 (28).  
 Detention 392 ff. (172), 396 (174),  
 Dienstbarkeiten 550 ff. (235).  
 Dies 258 ff. (113).  
 Diffamationsklage 302 (134).  
 Digesten 17 ff. (9).  
 Digestum novum, vetus 14 (7).  
 Dilatorische Einreden 312 (138), 336 (146).  
 Diligens pater familias 195 (86).  
 Dingliche Klagen 293 (129).  
 — Rechte 48 ff. (22), 434 ff. (192).  
 Dinglicher Charakter des Pfandrechts 635 (262).  
 Directae actiones 291 (128).  
 Direkte Stellvertretung 179 (80), 268 ff. (117).  
 Discontinuae servitutes 565 (234).  
 Dispositiv-Gesetze 70 ff. (32).  
 Dissimulirte Geschäfte 227 (100).  
 Distractio pignoris s. Pfandverkauf.  
 Dolus 194 ff. (86), 238 (104) causam  
 dans, incidens 240 a 8 (104).  
 Domicilium s. Domizil.  
 Domini impetratio 673 (281).  
 Dominium 435 a 5 (192).  
 — directum, utile 624 (258).  
 — dormiens s. ruhendes Eigenthum.  
 Domizil 101 ff. (46).  
 Donellus 33 (16).  
 Doppelseitige Klagen 298 ff. (132).  
 Dorotheus 17 a 3 (8).  
 Dos ist causa favorabilis 282 (124).  
 Dotalthypothek 653 (269), 687 (288).  
 Dritte, Wirkung des Urtheils für und gegen  
 D., 373 ff. (164).  
 Drittschuldner 699 (293).  
 Drohung 235 (103).  
 Duarenus 32 (16).  
 Duplex interpretatio 79 (36).  
 Duplif 311 (137).  
 Durantis 32 (16).
- Ⓔ.**
- „Eadem res“ bei der exceptio rei judi-  
 catae 369 (162).  
 Edikte 53 (24).  
 Egnatianus codex 22 a 5 (10).  
 Ehebesitz 433 (191).  
 Ehemündigkeit 124 (54).  
 Ehre 130 (58).  
 Eid als Bestärkungsmittel 277 ff. (121).  
 Eigenthum 434 ff. (192 ff.).  
 Eigenthumsbelastungen 455 ff. (198).  
 Eigenthumsbeschränkungen s. Eigenthums-  
 belastungen.  
 Eigenthumsklage 512 ff. (224 ff.), vgl.  
 293 (129).  
 Eigenthumsübertragung 480 ff. (211 ff.),  
 bedingte C. 254 (111).  
 Eigenthümerhypothek 694 (291), 697 (292).  
 Einlassungspflicht 358 (156).  
 Einrede s. exceptio, Verjährung, 344 (150),  
 Rechtskraft der Entscheidung über eine  
 C. 371 (163).  
 Einrechnung der Erfüllungszeit 506 (221).  
 Einseitige Rechtsgeschäfte 211 ff. (92).  
 Einseitige Verträge 212 ff. (92).  
 Einstweilige Verfügungen 381 ff. (168).  
 Eintragung des Eigenthums 439 a 7 (193),  
 481 (211).  
 — der Hypotheken 644 (265).  
 Einweisung s. missio, Missionen.  
 Emancipatio Germanica 27 (14).  
 Emblemata Tribonianici 33 a 9 (16).  
 Embryo 109 (49), 112 ff. (49).  
 Emphyteusis 621 (258), 628 ff. (260).  
 Emphyteuta, Besitzverhältniß 394 (173).  
 — Fruchtwerb 468 (205).  
 — Legitimation zur konfessorischen Klage  
 612 (255).  
 — Verpfändungsbefugniß 645 (266).  
 Emptio bonorum 654 a 4 (270).  
 Endigung s. Beendigung.  
 Endtermin 255 ff. (112 ff.), vgl. 185 a 3  
 (83).  
 Entmündigung der Geisteskranken 124 (54).  
 — der Verschwender 128 ff. (57).  
 Entsagung s. Verzicht.  
 Entscheidungsründe, Rechtskraft derselben  
 378 ff. (163).  
 Entstehung der Rechte s. Begründung und  
 Erwerb.  
 — der juristischen Personen 145 ff. (63).  
 Entschuldbarer Irrthum 198 ff. (87).  
 Entmähnung beim Pfandverkauf 673 ff.  
 (282), 81 a 16 (36).  
 Epitome Juliani 22 (11).  
 Erbe, Succession in die Erziehung 505 (221).  
 Erbrecht, Begriff und Stellung im System  
 49 (22).  
 Erbschaft, ruhende, 144 (62).  
 Erbschaftsklage 293 (129).  
 Erbzinsgüter 628 (260).  
 Erbzinsvertrag 623 (258).  
 Erfüllung der Bedingungen 251 ff. (110 ff.).  
 Ergänzende Gesetze 70 (32).  
 Erlass s. Verzicht.  
 Erbschende Verjährung 328 ff. (144 ff.),  
 vgl. 107 (48), 438 (192), 609 (254),  
 628 (259), 631 (260), 698 (292).  
 Error 197 ff. (87), 229 ff. (101 ff.).  
 — in substantia 233 (102).  
 Ersatzklagen 299 (133).  
 Erziehung des Eigenthumes 496 ff. (219 ff.),  
 180 ff. (81), 329 (144), 462 (201).

- Erſitzung der Emphyteuſis 629 (260).  
 — der Freiheit 610 (254).  
 — des Pfandrechtes 643 a 2 (265).  
 — der Servituten 603 ff. (252).  
 — der Superficies 626 (259).  
 Erwerb der Rechte 178 ff. (80).  
 — des Besizes 399 ff. (176 ff.).  
 — des Eigenthumes 462 ff. (201 ff.).  
 Erwerbende Verjährung 329 (144), vgl.  
 Erſitzung, usucapio.  
 Erwerbſgrund ſ. causa.  
 Essentialia negotii 213 ff. (93).  
 Eviction beim Pfandverkauf 674 (282), 81  
 a 16 (36).  
 Exceptio, Begriff 308 (137), 360 (158).  
 — doli 239 (104), 261 a 10 (114), 306  
 (136), 313 (138), 344 a 7 (150), 522  
 (227).  
 — doli specialis, generalis 313 ff. (138).  
 — dominii 490 (216), 525 a 6 (228),  
 526 (228).  
 — in rem, in personam 313 (138).  
 — non adimpleti contractus 312 ff. (138).  
 — pacti de non petendo 337 (146).  
 — quod metus causa 237 (103).  
 — rei, personae cohaerens 313 (138).  
 — rei in iudicium deductae 368 a 3  
 (162).  
 — rei iudicatae 367 ff. (162), 313 (138).  
 — rei venditae et traditae 439 (193),  
 489 (216), 493 a 7 (217).  
 — S. C. Macedoniani 310 (137).  
 — S. C. Vellejani 310 (137).  
 — spoli 429 ff. (189).  
 — sub- et obreptionis 192 (85).  
 — vitiosae possessionis 425 a 15 (186).  
 Exercitor navis 271 (118).  
 Existimatio 130 (58).  
 Expressa causa 370 (162).  
 Extensive Interpretation 74 ff. (35), 77  
 (35).  
 Erstinktivverjährung 329 (144).  
 Extraordinaria cognitio 292 (128).  
 Extravagantes 25 (12).
- F.**
- Facta concludentia 222 (98).  
 Fahrweg 573 (242).  
 Familie 50 (22).  
 Familienrecht, Stellung im System, 50  
 (22).  
 Faustpfand 634 (261).  
 Fehlerhafte Rechtsgeschäfte 274 ff. (120 ff.).  
 Feldgrundstücke 563 (239).  
 Feldservituten 571 ff. (242), 563 (239)  
 Verpfändbarkeit 704 (294).  
 Fensterrecht 578 (244).  
 Ferruminatio 478 (209).
- Feststellungsflagen 301 ff. (134), 276,  
 (120), 513 (224), negative §. 288 a 5  
 (127).  
 Ficta possessio 517 ff. (225), 613 (255),  
 678 (284).  
 Fictio legis Corneliae 85 (38).  
 Fiktionen 85 (38), vgl. 112 (50 n. 3).  
 Fides ſ. bona fides.  
 Fiducia und Hypothek 637 ff. (263).  
 Fiduciarische Geschäfte 228 (100).  
 Finder 395 (173), 474 (206).  
 Fiskus als juristische Person 143 ff. (62).  
 — geſetzliches Pfandrecht 652 (269), 684  
 (287).  
 — Pfandprivileg 685 (288).  
 — Unerſitzbarkeit fiſkalischer Sachen 501  
 (220).  
 — Verjährungsprivilegium 337 (147).  
 Fiſcherei 466 (203).  
 Florentina 18 (9).  
 Flüſſe 164 (73), 474 (207).  
 Flußbett 474, 475 (207).  
 Flußinsel 475 (207).  
 Forderungsflagen 293 (129).  
 Forderungsnießbrauch 594 (249).  
 Forderungsrechte 48 ff. (22).  
 Forderungspfandrecht 698 ff. (293).  
 Form der Rechtsgeschäfte 219 ff. (97 ff.).  
 Formalisirung des Pfandrechtes 640 ff.  
 (264).  
 Formelle Geschäfte 219 (97).  
 Formula 291 (128).  
 Formularprozeß 290 ff. (128), Behandlung  
 der exceptiones (308 137).  
 Foſtilien 457 (198).  
 Fragmenta (leges) 18 (9).  
 — Vaticana 12 (5).  
 Fragmente, Neapolitaner 18 (9).  
 — Pommerſfelder 18 (9).  
 Frauen 125 ff. (55).  
 Frucht, Begriff, 174 ff. (78).  
 Fruchtterwerb 468 ff. (205).  
 Fruchttrag beim Miteigenthum 450 (196),  
 der Pfandsache 660 (273).  
 Fructus ſ. Frucht.  
 Fund 395 (173), 474 (206).  
 Fundamentum agendi 348 (152).  
 Fundi patrimoniales 623 (258).  
 Fungibilen 169 (75).  
 Furiosus 126 (56), 652 (269).  
 Furtivität 500 (220), 509 (222).  
 Furtum 500 a 9 (220), 488 (215).  
 — possessionis 665 a 5 (276).  
 — usus 667 (278).  
 Fußſteig 573 (242).
- G.**
- Gaill 34 (16).  
 Gajus 11 (5).

Gebäude servituten 575 ff. (244), 563 (239).  
 Geistesfranke 126 (56), 652 (269).  
 Gemälde 479 (209).  
 Genehmigung 187 (84), 273 (119), 279 (122).  
 Genossenschaften 142 (61).  
 Generalvollmacht 274 (120).  
 Generalhypotheken 652 (269).  
 Gerichtsgebrauch 62 (29), 51 (23).  
 Gemeintheigenthum 451 (196).  
 Geschäftsrirrhum 229 ff. (101).  
 Gesellschaft 139 ff. (61).  
 Gesetgebung 52 ff. (24 ff.).  
 Gesetzliche Pfandrechte 648 ff. (268 ff.).  
 Gestohlene, geraubte Sachen 482 (212), 509 (222).  
 Gewaltuntergebene 119 ff. (52).  
 Wohnheitsrecht 56 ff. (26 ff.).  
 Glossa ordinaria 10 ff. (41).  
 Glossatoren 30 ff. (16).  
 Gordianum, pignus 668 (279), 683 a 6 (286).  
 Grammatische Interpretation 74 ff. (351).  
 Grenzcheidung 460 (200).  
 Grenzcheidungsklage 528 ff. (229).  
 Großjährigkeit 123 (54).  
 Großjährigkeitserklärung 124 (54).  
 Grundbuch 481 (211), 642 (264), 644 (265).  
 Grundstücke, Theilung derselben 170 (76).  
 Gutgläubiger Besizer 398 (175), 441 ff. (194), Fruchtwerb 468 (203), Anspruch auf Verwendungen 523 (227).

## S.

Habitatio 597 (250).  
 Haloander 34 (16).  
 Haloandrina lectio 19 a 6 (9), 21 (10), 23 a 5 (11).  
 Handlungsbevollmächtigte 272 a 3 (119).  
 Handlungsfähigkeit 119 ff. (52 ff.).  
 Hausfinder 119 ff. (52).  
 Hereditas jacens 144 ff. (61).  
 Hereditatio petitio 297 (131).  
 Hermaphroditen s. Zwitter.  
 Herrenlose Sachen 464 (203).  
 Historische Schule 35 (17).  
 Historische Vereinigung der Antinomien 80 (36).  
 Hoheitsrechte als Gegenstand des Besitzes 433 (191).  
 Honorariae actiones 291 (128).  
 Hugo 31 (16), 37 (17).  
 Hyperocha 675 (282), 683 (286), 688 (289).  
 Hypothek 634 (261), 637 ff. (263 ff.).  
 — des Eigenthümers 694 (291), 697 (292).

Hypothekarische Klage 677 ff. (284).  
 — Succession 689 ff. (290).  
 Hypothekenbücher 642 (264).

## I.

Identität des Streitobjektes 369 (162).  
 Illaten des Miethers und Pächters, gesetzliches Pfandrecht 688 (268).  
 Inmemorialpräskription 363 (160).  
 Immissionen 458 (199), 577 (244).  
 Immissum (Servitut) 576 (244).  
 Immobilien 166 (74).  
 Impensae 522 (227), 592 (248), 679 (284).  
 Impetratio domini 673 (281).  
 Impuberes 121 (53).  
 Inaedificatio 476 (208).  
 Incident s. Inzident.  
 Incola 101 a 1 (46).  
 In complexu, Reception des römischen Rechts 9 (4).  
 Indefensus 290 (128).  
 Individualisirung der Streitfache 345 ff. (151).  
 Individualisachen 170 (75).  
 In factum actiones 291 a 6 (128).  
 Infamie 130 ff. (58).  
 Infantes 121 (53), 124 (54).  
 Infortiatum 14 (7).  
 In integrum restitutio 315 ff. (139 ff.).  
 In jure cessio 217 (95), 219 (97), 439 (193), 481 a 3 (211), 601 (251).  
 In jus conceptae actiones 291 a 6 (128).  
 Incorporation, Eigenthümserwerb, 476 ff. (208, 209).  
 Insel 475 (207).  
 Institutionen 16 ff. (8).  
 Intentio 291 (128).  
 Intercessio der Frauen 125 (55).  
 — durch Pfandbestellung 645 (266).  
 Interdicte, Interdictenverfahren 292 (128).  
 Interdicta apiscendae possessionis 419 (184).  
 — exhibitoria 292 (128).  
 — restitutoria 292 (128).  
 — recuperandae possessionis 419 (184).  
 — retinendae possessionis 421 (185), 299 (132), 419 (184).  
 — popularia 294 (130).  
 — prohibitoria 292 (128).  
 Interdictum de aqua cottidiana et aestiva 619 (257).  
 — de clandestina possessione 429 a 17 (188).  
 — de itinere actuque privato 618 (257).  
 — de migrando 650 (268).  
 — demolitorium 543 (233).  
 — de precario 419 a 2 (184).

- Interdictum de superficiebus** 621 (258).  
 — de vi 427 (188).  
 — quod legatorum 420 (184).  
 — quod vi aut clam 545 (234), 620 (257).  
 — quorum bonorum 420 (184).  
 — Salvianum 420 (184), 680 (285).  
 — unde vi 419 (184).  
 — unde vi utile 618 (257).  
 — uti possidetis 419 (184), 421 ff. (185 ff.), 588 a 20 (234).  
 — uti possidetis utile 618 (257).  
 — utrobi 422 (185).  
**Interdiction** 128 ff. (57).  
**Internationale Privatrecht** 99 ff. (45).  
**Interpolationen** 79 (36).  
**Interpretation der Gesetze** 73 ff. (34).  
 — der Rechtsgeschäfte 279 ff. (123).  
**Instabilität** 130 (58).  
**Invecta et illata** s. **Maten**.  
**Inventarisirung beim Nießbrauch** 591 (248).  
**Inzidentfeststellungsklage** 302 (134), 371 (163).  
**Inzident-Rechtsverhältniß, Rechtskraft der Entscheidung hierüber** 370 ff. (163).  
**Irnerius** 31 ff. (16).  
**Irregulare, pignus** 659 (272).  
**Irreguläre Personalservituten** 598 (250).  
**Irrthum** 197 ff. (87 ff.), 229 ff. (101 ff.),  
**Restitutionsgrund** 316 (139).  
**Iter** 572 (242).
- I (j).**
- Jactus missilium** s. **Auswerfen**.  
**Jacobus** 31 (16).  
**Jagd als Frucht des Grundstückes** 174 (78).  
**Jason Mainus** 32 (16).  
**Judex** 290 (128).  
**Judicium** 290 ff. (128).  
 — Cascellianum 422 a 7 (185).  
 — rescindens, rescissorium 325 (143).  
 — secutorium 422 a 7 (185).  
**Jüngster Reichsabchied** 28 (14).  
**Jura in re** 435 (192).  
 — quaesita 95 a 7 (42).  
 — singulorum 151 (65).  
**Juramentum in litem** 300 (133), 513 (224).  
**Juristenrecht** 63 (29).  
**Juristische Personen** 109 (49), 134 ff. (59 ff.).  
**Juristischer Besitz** 392 ff. (172 ff.), 399 ff. (176 ff.).  
**Jus aedificandi** 546 (234).  
 — aequum 74 (34).  
 — civile 43 ff. (20).  
 — commune 71 ff. (33).  
 — distrahendi 669 ff. (280 ff.).  
 — exigendi 699 (293).  
**Jus gentium** 43 ff. (20).  
 — honorarium 44 (20).  
 — naturale 43 ff. (20).  
 — offerendi et succedendi 688 (289), 691 (290).  
 — pecoris ad aquam appulsus 575 (243).  
 — possessionis 385 (169).  
 — possidendi 385 (169).  
 — prohibendi 546 (234), 565 (238).  
 — reformandi 151 (65).  
 — scriptum 52 (23).  
 — singulare 71 ff. (33).  
 — strictum 74 (34).  
 — tollendi 523 (227).  
**Justa causa traditionis** 486 (213).  
**Justa possessio** 398 (175).  
**Justus titulus bei der Erziehung** 502 ff. (220).  
**Juventiana condictio** 232 a 5 (102).
- K.**
- Kanonisches Recht** 23 ff. (12).  
**Kauf auf Probe** 247 ff. (108).  
**Kauttionen** 379 (167).  
**Kautionspflicht des Nießbrauchers** 588 (248).  
**Kaufliche Bedingungen** 243 (106).  
**Kindheit** 120 ff. (53).  
**Kirche, gesetzliches Pfandrecht** 652 (269).  
 — Verjährungsprivilegium 337 (147).  
**Kirchen juristische Personen** 144 (62).  
**Kirchenämter als Gegenstand des Besitzes** 433 (191).  
**Klage** 288 ff. (127).  
 — Erfordernisse nach der C.P.D. 349 ff. (152).  
 — Vortrag und Inhalt 358 ff. (157).  
**Klagerhebung** 350 ff. (153).  
**Klagegrund, Begriff** 348 ff. (152).  
**Klagenkonkurrenz** 303 ff. (135).  
**Klagenverjährung** 328 ff. (144 ff.), 698 (292).  
**Klagerechte** 288 ff. (127 ff.).  
**Klaglose Forderungen** 661 (274).  
**Klassifikation der Privatrechte** 48 ff. (22).  
**Kodicillarclausel** 282 a 4 (124).  
**Kodifikation** 13 a 2 (6), Charakter der justinianischen K. 13 ff. (6).  
**Körperliche Sachen** 154 ff. (67).  
**Kollision der Rechte** 91 ff. (42), örtliche (Statutenkollision) 100 ff. (45 ff.), zeitliche 183 (82).  
**Kommentatoren** 32 (16).  
**Kommissionär** 271 ff. (119).  
**Kommision** 479 (210).  
**Kommodanten** 114 (50).  
**Kompensationseinde** 311 (137), 345 (150).  
**Kompilatoren** 13 (6).  
**Kompromiß** 374 ff. (165 ff.).  
**Konditionen** 295 (131).

Konfirmatorische Thatfachen 184 (81).  
 Konfiskation 495 (218).  
 Konfusion, Eigenthumserwerb durch R.,  
 479 (210).  
 — Beendigung der Servituten durch R.  
 608 (254).  
 Konkludente Handlungen 222 (98).  
 Konkurrenz der Klagen 303 ff. (135).  
 Konkurs 251 (109), 340 (148), 642 (264),  
 686 (288), 699 (293), 700 (293).  
 Konnoffement 404 (178).  
 Konsolidation 608 (254), 631 a 26 (260).  
 Konstitutive Thatfachen 184 (81).  
 Konstitutiver und translativer Erwerb 182  
 a 6 (81).  
 Konsumptibilien 170 (75).  
 Konjunktion des Klageanspruches 367 ff.  
 (162).  
 Konjunktionstheorie bei der Klagenkon-  
 kurrenz 303 a 4 (135).  
 Konvalescenz fehlerhafter Geschäfte 279  
 (122).  
 Konversion der Rechtsgeschäfte 282 (124).  
 Korporationen 134 ff. (59 ff.).  
 Korrektorische Gesetze 66 (30).  
 Kredithypotheken 662 (274).  
 Kumulationstheorie bei der Klagenkon-  
 kurrenz 303 a 4 (135).  
 Kuratoren 122 (53).

**L.**

Lästen 317 ff. (139, 140).  
 Läßtige Rechtsgeschäfte 213 (92).  
 Laudatio auctoris 516, 517 a 15 (225),  
 613 (255).  
 Lauterbach 35 (61).  
 Lebensfähigkeit 110 (50).  
 Lebenspräsumtion 115 ff. (51).  
 Lectio Florentina 18 (9).  
 — Haloandrina 19 (9).  
 — vulgata 18 (9).  
 Legalthypotheken 648 ff. (288 ff.).  
 Legalservituten 462 (200).  
 Leges = fragmenta 18 (9).  
 Leges restitutae 20 a 1 (10).  
 Leges perfectae, minus quam perfectae,  
 imperfectae 68 (31).  
 Legis actiones 290 (128).  
 Legis actio per conditionem 295 (131).  
 Legitimatio ad causam 348 (152).  
 Leinpfad 457 (198).  
 Letztwillige Verfügungen, Interpretation,  
 281 (123), 282 (124).  
 Lex 52 (24).  
 — Aquilia 85 a 4 (38), f. auch actio leg.  
 Aquil.  
 — Atinia 497 (219).  
 — commissoria 669, (280), 213 (93),  
 256 (112), 637 (263), vgl. 69 (31).

Lex Calpurnia 295 (131).  
 — Cornelia 85 (38).  
 — Cornelia de falsis 294 a 2 (130).  
 — fugitiva 81 a 18 (36).  
 — Furia 330 a 2 (144).  
 — Julia de adulteriis 294 a 2 (130).  
 — Plaetoria 122 (53), 238 a 2 (104).  
 — Plautia 497 (219), 501 a 14 (220).  
 — Scribonia 497 (219), 603 (252).  
 — Silia 295 (131).  
 Leyser 35 (16).  
 Liber regularum (Ulpian) 12 (5).  
 Liber sextus decretalium 25 (12).  
 Litigiosität 355 (155).  
 Litisästimation 513 (224).  
 Litisdenunziation 516 (225), vgl. 341 (148).  
 Litiscontestatio 350 (153), vgl. 339 (148),  
 367 ff. (162).  
 Litispendenz 350 ff. (153), vgl. 341 (148).  
 — Verjährung der L. 342 (148).  
 Literatur des Pandektenrechtes 30 ff. (16 ff.).  
 Longa possessio 604 (252).  
 Longi temporis praescriptio 497 ff. (219),  
 698 (292).  
 Longissimi temporis praescriptio 509  
 (222).  
 Löschungs-system bei der Subhastation 676  
 (283), 694 (291).  
 Lucida intervalla 127 (56).  
 Lucra nuptialia, gesetzliches Pfandrecht  
 wegen derselben 653 (269).  
 Lustrative Geschäfte 213 (92).

**M.**

Mängel der Willenserklärungen 224 ff.  
 (99 ff.).  
 Magister navis 271 (118).  
 Mahnverfahren 298 (131).  
 Mala fides superveniens 526 a 9 (228).  
 Mancipatio 217 (95), 219 (97), 439 (193),  
 481 a 3 (211), 601 (251).  
 Mandata des römischen Kaisers 53 (24).  
 Martinus 31 (16).  
 Meer 159 (69).  
 Mentalreservation 226 (99).  
 Metus 234 ff. (103).  
 Mevius 35 (16).  
 Milde Stiftungen 144 (61), vgl. Stiftungen.  
 Minderjährigkeit 121 ff. (53), Restitution  
 wegen derselben 317 (139), 319 ff. (141),  
 326 a 6 (143), 327 a 13 (143), läßt die  
 Verjährung ruhen 339 bei a 10 (147).  
 Minderjährige, gesetzliches Pfandrecht der-  
 selben 652 (269).  
 Mißgeburt 111 (49).  
 Mißionen 379 (167), 654 a 3 (270).  
 Missio Antoniniana 654 a 5 (270).  
 — ex primo, ex secundo decreto 535  
 (231).

Missio in possessionem 380 (167).  
 — legatorum servandorum causa 654 (270).  
 — rei servandae causa 654 (270).  
 — ventris nomine 655 (270).  
 Mitbesitz 386 a 10 (169).  
 Miteigenthum 445 ff. (195 ff.).  
 Mittelbare Stellvertretung 268 ff. (117).  
 Mobilien 166 (74).  
 Modus (Auslage) 262 ff. (115).  
 Modus adquirendi 484 ff. (213, 214).  
 Monstrum s. Mißgeburt.  
 Moralische Person s. juristische Person.  
 Motive s. Beweggrund.  
 Moventien 167 (74).  
 Mündigkeit 120 ff. (53).  
 Mündel, gesetzliches Pfandrecht derselben 652 (269).  
 Mündlichkeit des Prozesses 357 (156).  
 Mutua petitio 298 (132).  
 Mynsinger 34 (16).  
 Mystische Person s. juristische Person.

## 2.

Nachbarrecht 458 ff. (199).  
 Nachgiebiges Recht 70 (32).  
 Nasciturus 112 (99).  
 „Natur der Sache“ 86 (38).  
 Naturalia negotii 213 ff. (93).  
 Naturalis computatio 200 ff. (88 ff.).  
 — obligatio 343 ff. (150), 661 (274), 693 (291).  
 — possessio 397 ff. (175).  
 — ratio 45 (20).  
 Natürliche Personen 110 ff. (50 ff.).  
 Naturrechtliche Schule 35 (17).  
 Neapolitaner Fragmente 18 (9).  
 Nebenbestimmungen 265 ff. (116), vgl. Bedingungen, Zeitbestimmungen, Modus.  
 Negation der Klage 360 (158).  
 Negative Bedingungen 243 (106).  
 — Feststellungsklage 288 a 5 (127).  
 — Litiskonfestation s. Negation der Klage.  
 — Potestativbedingungen 243 (106).  
 — Servituten 564 (239), vgl. 620 a 20 (257).  
 Neidbau 90 (41).  
 Nichtgebrauch 609 (254).  
 Wichtigkeit der Rechtsgeschäfte 274 ff. (120).  
 Wichtigkeitsklage 276 (120).  
 Nießbrauch 581 ff. (246), 608 (254).  
 Nießbraucher, Besitzverhältniß 432 (190).  
 — Fruchtenerwerb 469 (205).  
 — Verpfändungobsequiis 703 (294).  
 Nominis pignus 689 ff. (293).  
 Nominatio auctoris 516 (225), 613 (255).  
 Non usus 609 (254).  
 Notariatsordnung 28 (14).

Rothweg 461 (200), 606 (253).  
 Rothwendige Bedingungen 245 (107).  
 Novellen Justinians 22 ff. (11).  
 Novellengesetzgebung 13 a 2 (6).  
 Nuda proprietas 436 (192).  
 Nudum jus 492 (216).  
 Nudum jus Quiritium 440 (193).  
 Nutzungsgrecht 436 (192).

## 3.

Obereigenthum 624 (258).  
 Obligationenrecht, Begriff und Stellung im System 48 ff. (22).  
 Observanz 60 (27).  
 Occasio legis 76 (35).  
 Öffentliche Sachen 161 (71).  
 — Flüsse 164 (73).  
 — Wege 163 (72).  
 Öffentlicher Glaube der Grund- und Hypothekenbücher 642 (264).  
 Öffentliches Recht 45 (21).  
 Okkupation 464 ff. (203).  
 Onerose Rechtsgeschäfte 213 (92).  
 Operae servorum 597 (250).  
 Operis novi nuntiatio 539 ff. (233).  
 Originärer Eigenthumsenerwerb 462 (201).  
 Originäre Succession 180 (81).  
 Ortsrecht der belegen Sache 104 (47).

## 3.

„Pactiones et stipulationes“ 601 (251).  
 Pactum antichreticum 667 (278).  
 — de ingrediendo 681 (285).  
 — de vendendo pignore 669 (280).  
 — displicentiae 256 a 4 (112), 439 a 5 (193).  
 — fiduciae 637 (263).  
 — intuitu fundi in initium 553 a 2 (236).  
 — reservati dominii 439 a 5 (193), 489 (214).  
 Pächter, Besitzverhältniß 417 (183), erwirbt die Früchte mit der Perception 469 (205).  
 Pandekten 17 ff. (9).  
 Papiniansmasse 14 a 3 (7).  
 Partes pro indiviso 172 (76).  
 Partus ancillae 175 a 7 (78).  
 Patronate als Gegenstand des Besizes 433 (191).  
 Pauli sententiae 12 (5).  
 Pensio 630 a 17 (260).  
 Perception der Früchte 176 (78).  
 Perflusionsrecht des Vermiethers 650 (268).  
 Perpetua causa bei Servituten 568 (240).  
 Peremptorische Einreden 336 (146), 372 (138).  
 Perpflege Bedingungen 247 (107).

- Persönliche Klagen 293 (129).  
 „Persona“ 108 a 1 (49).  
 Person 110 ff. (50).  
 — juristische, 134 ff. (59 ff.).  
 Personalprincip 99 ff. (45).  
 Personalservituten 580 ff. (245), 551 (235),  
 irreguläre 598 (250).  
 Personalstatuten 101 ff. (46).  
 Personengesamtheiten 137 (60).  
 Personenrecht 50 (22).  
 Personenrechte 50 a 8 (22).  
 — Rechte 49 ff. (22).  
 Pertinenzen 172 ff. (77).  
 Pfandgläubiger juristischer Besitzer 395  
 (173), Legitimation zur konfessorischen  
 Klage 612 (255).  
 Pfandkonvention 644 ff. (266 ff.).  
 Pfandrecht 631 ff. (261 ff.).  
 — an eigener Sache 694 (291), 697 (292).  
 Pfandprivilegien 684 ff. (287).  
 Pfandseparatisten 687 a 13 (288).  
 Pfandverbringung 650 a 14 (268).  
 Pfandverkauf 669 ff. (280 ff.).  
 Pfändungsrecht 655 ff. (271), 657 a 9 (271).  
 Pfändungspfandreht 655 ff. (271).  
 Piae causae 144 (61).  
 Pignus 634 (261), 639 (263).  
 — conventionale 644 ff. (266 ff.).  
 — ex causa iudicati captum 654 (270),  
 656 (271).  
 — generale 652 (169).  
 — Gordianum 668 (279), 683 a 6 (286).  
 — irregulare 659 (272).  
 — nominis 698 ff. (293).  
 — pignoris 701 (293).  
 — praetorium 653 ff. (270).  
 — privilegiatum 685 ff. (288).  
 — publicum, quasipublicum 641 (264),  
 685 (287).  
 — tacitum 643 (265), 648 ff. (268 ff.).  
 Pisana (Florentina) 18 (9).  
 Pistoris 35 (16).  
 Pfalzrecht 625 ff. (259).  
 Plebiscita 52 (24).  
 Plurium dominium in solidum 446 (193).  
 Plönklagen 294 (130).  
 Polizeiordnungen 28 (14).  
 Pommersfelder Fragmente 18 (9).  
 Popularklagen 294 (130).  
 Possessio 283 ff. (169 ff.).  
 — civilis 397 (175).  
 — ficta 517 ff. (225), 613 (255), 678 (284).  
 — justa, injusta 398 (175).  
 — naturalis 397 (175).  
 — plurium in solidum 386 (169).  
 Possessiones (ager publicus) 390 (171).  
 Possessorium ordinarium 419 (184),  
 423 (186), 618 (257).  
 — summarissimum 419 (184), 426 (187).  
 Postglossatoren 30 ff. (16).  
 Potestatinbedingung 243 (106), vgl. 264  
 (115).  
 Prädiatservituten 560 ff. (238 ff.), 551  
 (235).  
 Praedium dominans 561 a 6 (238).  
 — rusticum 562 (238).  
 — serviens 561 a 6 (238).  
 — urbanum 562 (238).  
 Präjudicialklagen 293 (129).  
 Präparatorische Klagen 304 (135).  
 Praescriptio 328 ff. (144).  
 — definitiva 330 (144).  
 — immemorialis 363 (160).  
 — indefinita 330 (144).  
 Präsumtionen 362 (159), vgl. 115 ff. (51).  
 Prävention 93 (42).  
 Prätorisches Recht 43 ff. (20).  
 — Pfandreht 653 ff. (270).  
 Prefarist, Besitzverhältniß 394 (173).  
 Priorität 92 (42).  
 — der Pfandrehte 684 ff. (287 ff.).  
 Privatflüsse 164 ff. (73).  
 Privation bei der Emphyteuse 629 (260).  
 Privatpfändung 657 a 9 (271).  
 Privilegien 71 ff. (33), 190 ff. (85).  
 Privilegium exigendi 92 (42).  
 Privilegirte Pfandrehte 684 ff. (287).  
 Procuratores 273 a 11 (119).  
 Prodigalitätserklärung 128 ff. (57).  
 Projectum (Servitut) 576 (244).  
 Profuratoren 273 a 11 (119).  
 Profuristen 272 a 3, 6 (119).  
 Proprietas 435 ff. (192).  
 Provinzielles Eigenthum 438 (193).  
 Provocatio ex lege diffamari, — si con-  
 tendat 302 a 5 (134).  
 Prozeßualische Konsumtion 367 ff. (167).  
 Prozeßvollmacht 242 (105).  
 Pubertät 120 ff. (53 ff.).  
 Publiciana actio 524 ff. (228).  
 Publicianischer Besitzer 441 ff. (194).  
 — Legitimation zur konfessorischen Klage  
 613 (255).  
 — als Verpänder 645 (266).  
 Publicität des Grundeigenthumes 481  
 (211).  
 Publicus usus 161 (71).  
 Publikation der Gesetze 55 (25).  
 Pucta 37 (17).  
 Putativehe 433 bei a 1 (191).  
 Putativtitel 444 (194), 503 (220), 52  
 (228).

## Q.

- Quantitätsfachen 169 (75).  
 Quasidelikt 180 (80).  
 Quasikontrakt 180 (80).  
 Quasipossessio 618 (257).

Quasitrusfrucht 592 ff. (249).  
 Quasitradition bei Servituten 601 (251).  
 Querela inofficiosi testamenti 307 a 8  
 (136), 314 (138), 331 (145).  
 Quinquaginta decisiones 20 (10).  
 Quiritarisches Eigenthum 439 (193).

## Qi.

Rangordnung der Pfandrechte 684 ff. (287),  
 646 (287).  
 Ratio legis 84 (38).  
 Rathhabition 189 (84), 273 (119), 279 (122).  
 Reallasten 556 (236), 433 (191), vgl. 188  
 a 6 (84).  
 Realservituten 550 ff. (235), 560 ff.  
 (238 ff.).  
 Reception des römischen Rechtes 4 ff. (3).  
 — des kanonischen Rechtes 25 ff. (13).  
 Receptum 375 (165).  
 Recht f. jus.  
 — am Rechte 594 a 8 (249), 699 (293).  
 — im objektiven Sinne 42 ff. (19 ff.).  
 — im subjektiven Sinne 86 ff. (39 ff.).  
 Rechtsbedingung 245 (107).  
 Rechtsbesitz 432 ff. (190 ff.).  
 Rechtsbildung (rechtsbildende Faktoren) 51  
 (23).  
 Rechtserwerb 178 ff. (80).  
 Rechtsfähigkeit 108 ff. (49).  
 Rechtsgeschäfte 207 ff. (91).  
 Rechtsgewohnheiten 51 (23).  
 Rechtshängigkeit 346 (151).  
 Rechtshilfe 286 ff. (126).  
 Rechtsirrtum 198 ff. (87).  
 Rechtskraft des Urtheils 365 ff. (161), der  
 Entscheidungsgründe 378 ff. (163).  
 Rechtsnachfolge f. Succession.  
 Rechtsobjekt 154 ff. (67 ff.).  
 Rechtsquellen 4 ff. (2 ff.).  
 Rechtsschutz 283 ff. (125).  
 Rechtsstreit 288 ff. (127 ff.).  
 Rechtssubjekt 108 ff. (49 ff.).  
 Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut 88 ff.  
 (40).  
 Redintegranda, canon 430 (189).  
 Redlichkeit des Besitzes 398 (175).  
 Reichsabschiede 28 (14).  
 Rechtsgefekgebung 27 ff. (14 ff.).  
 Rei vindicatio 512 (224).  
 Recuperatorische Besitzklagen 427 ff. (188 ff.).  
 Relative Wichtigkeit 276 (120).  
 Remission der operis novi nuntiatio 512  
 (233).  
 Renuntiatio 185 (83).  
 Reparaturpflicht bei Servituten 555 (236).  
 Reptit 311 (137).  
 Repräsentation der juristischen Personen  
 151 ff. (66).  
 Repromissio 380 (167).

Res communis omnium 158 ff. (69).  
 — corporalis 155 (67).  
 — divini juris 158 ff. (69).  
 — extra commercium 158 ff. (69).  
 — furtiva 482 (212), 500 (220), 509  
 (222).  
 — in iudicium deducta 368 (162).  
 — iudicata 367 ff. (162), 313 (138).  
 — litigiosa 355 (155).  
 — mancipii, nec mancipii 155 (67),  
 437 (192), 439 (193), 481 a 3 (211),  
 601 (251).  
 — merae facultatis 329 (144).  
 — publica 161 (71).  
 — religiosa 159 (70).  
 — sacra 159 ff. (70).  
 — sancta 159 ff. (70).  
 Reversion 223 (98).  
 Reservatio mentalis 226 (09).  
 Resolutivbedingungen 244 (106), 255  
 (112).  
 Resolutivkaufel 244 (106).  
 Retroaktion 184 (82), der Bedingungen  
 253 (111).  
 Responsa prudentium 53 (24).  
 Restitutio in integrum 315 ff. (139),  
 277 (120).  
 Restrictive Interpretation 77 (35).  
 Retentionsrecht 314 (138), 522 ff. (227),  
 650 (268).  
 Richterliches Pfandrecht 653 ff. (270 ff.).  
 Rückwirkende Kraft der Gesetze 93 ff. (43).  
 Rückziehung der Bedingung 253 ff. (111).  
 Ruhen des Eigenthumes 437 a 13 (192),  
 476 a 3 (208).  
 — der Erstgung 507 (221).  
 — der Verjährung 338 ff. (147).  
 Ruhende Erbschaft als juristische Person  
 144 (62).  
 Ruta caesa 173 (77).

## S.

Sabinusmaße 14 a 3 (6).  
 Sache, Begriff 154 ff. (67 ff.).  
 Sachen, unererbte 500 ff. (220).  
 — gestohlene, geraubte 482 (212), 509  
 (222).  
 Sachbesitz 386 (169).  
 Sachgesamtheit 156 ff. (68), Verpfän-  
 dung 658 (272).  
 Sachenrecht, Begriff und Stellung im  
 System 49 ff. (22).  
 Sachenrechte 434 ff. (192), 383 ff. (169 ff.).  
 Sachsuspicel 34 (16).  
 Salvianum interdictum 420 (184).  
 Sassoferato f. Bartolus.  
 Satisfactio 380 (167), vgl. 589 (248).  
 Savigny 37 (17).  
 Schatz 472 ff. (206), 175 a 8 (78).

- Schein 227 (100), 276 a 7 (120).  
 Scheinbedingungen 245 (107).  
 Scherz 226 (99).  
 Schiedsrichterliches Verfahren 374 ff. (165 ff.), vgl. 340 (148).  
 Schutz des Besitzes 386 ff. (170).  
 Schutz der Rechte 283 ff. (125 ff.).  
 Secutorium iudicium 422 a 7 (185).  
 Seen 164 (73).  
 Selbsthilfe 283 ff. (125), 429 a 16 (188).  
 Senatusconsultum 53 (24).  
 — Pegasianum 235 (103).  
 — Vellejanum 125 (53).  
 Separation der Früchte 176 (78).  
 Separatisten 687 a 13 (288).  
 Sequestration 382 (168), 655 (270), 664 (276), 680 (284).  
 Sequester, Besitzverhältnis 395 (173).  
 Serviana actio 677 (284).  
 Servitus 550 ff. (235), 437 (192), 702 (294).  
 — affirmativa 564 (239).  
 — altius non tollendi 557 (237).  
 — altius tollendi 578 (244).  
 — aquaeductus 574 (243).  
 — aquaehaustus 574 (243).  
 — continua, discontinua 565 (234), vgl. 605 a 10 (252).  
 — fluminis 577 (244).  
 — luminibus officendi 578 (244).  
 — negativa 564 (239), vgl. 620 a 20 (257).  
 — ne luminibus officatur 578 (244).  
 — ne prospectui officatur 578 (244).  
 — oneris ferendi 541 a 11 (233), 554 (236).  
 — stillicidii 577 (244).  
 — stillicidii non avertendi 578 (244).  
 — tigni immittendi  
 Servituten 550 ff. (235 ff.).  
 Servitutenbesitz 432 ff. (190).  
 Servitutenerfüllung 603 ff. (252).  
 Servitutenklage 293 (129).  
 Servitutenverpfändung 702 (294).  
 Sicherung von Ansprüchen 379 (167), f. cautio, missio.  
 Sicherheitsleistung bei schwebender Bindung 251 (109), 253 (111), 258 (112).  
 Simulation 227 (100), 276 a 7 (120).  
 Singuläres Recht 71 (33).  
 Singularsuccession 182 (81).  
 Socius litis 356 (155).  
 Solarium 625 (259).  
 Sondernachfolge 182 (81).  
 Sonderrechte 71 (33).  
 Sondervermögen 156 (68).  
 Spezialvollmacht 273 ff. (119).  
 Spezifikation 466 (204), vgl. 696 a 6 (292).  
 Spolieneinrede 429 ff. (189).  
 Spolienklage 419 (184), 429 (189).  
 Sponsiones 292 (128), vgl. 296 (131).  
 Standsregister 114 (50).  
 Ständige Servituten 565 (239).  
 Stationes fisci 138 (60).  
 Statuta personalia, realia, mixta 101 (43).  
 Statutenkollision 99 ff. (45).  
 Status mutatio 317 (139).  
 Stellionat 238 a 1 (104), 640 (264).  
 Stellvertretung 179 (80), 267 ff. (117 ff.), im Besitzverhältnis 408 ff. (180), 417 (183).  
 Stiftungen als juristische Personen 134 ff. (59), 143 ff. (62), Verjährungsprivileg 337 (147).  
 Stillicidium 577 (244).  
 Stillschweigende Hypotheken 643 (265), 648 ff. (268 ff.).  
 Stipulationes praetoriae 379 (167).  
 Strafflagen 294 (130), 307 (136).  
 Streitfache, die St. und ihre Verhandlung 345 ff. (151 ff.), Veräußerung der St. 355 (155).  
 Streitverkündigung 516 (225), vgl. 341 (148).  
 Stricti juris actiones 297 (131).  
 Stryk 35 (16), vgl. 9 (4), 11 a 10 (4).  
 Subhastation, notwendige, 675 ff. (283), 680 (284), 694 (291), theilungshalber 454 a 20 (197).  
 Subsidiarität des gemeinen Rechtes 8 ff. (4).  
 Subpignus 701 (293).  
 Substantzierung der Klage 358 ff. (157).  
 Succession 180 ff. (81), in der Erfüllung 505 (221).  
 — hypothetische 689 ff. (290).  
 Successive Konkurrenz der Klagen 304 (135).  
 Summariissimum 419 (184), 426 (187).  
 Superficies 621 ff. (258), 625 ff. (259).  
 Superficiar, Besitzverhältnis 395 (173).  
 — Legitimation zur konfessorischen Klage 612 (255).  
 — Verpfändungsbefugniß 645 (266).  
 Suspensivbedingungen 244 (106), 249 ff. (109).  
 Symbolische Tradition 405 (178).  
 Syndikatsklage 287 a 2 (126).
- T.**
- Tempus continuum 205 ff. (90).  
 — utile 205 ff. (90).  
 — hostilitatis 339 (147).  
 Thatfachen, juristische 177 ff. (79).  
 Theilbarkeit 170 (76).  
 Theilungsklage 451 (197), 495 (218).  
 Theilungsverbote 171 (76).

Theophilus 17 a 3 (8).  
 Thesaurus 472 ff. (206).  
 Thierjunge 175 (78), 468 a 2 (205).  
 Thomasius 36 (17).  
 Titel, Begriff 178 (79), beim Besitz 442 (194), bei der Erfindung 502 ff. (220).  
 Titulus und modus adquirendi 484 ff. (213), 487 (214).  
 Titulus putativus s. Putativtitel.  
 Todeserklärung 115 ff. (51).  
 Traditio brevi manu 414 (181), 481 (211).  
 Tradition 403 (178), 480 ff. (211), 486 (214).  
 Translativer Erwerb 182 a 6 (81).  
 Tribonianus 17 ff. (9).  
 Tridentinum 25 (12, 13).  
 Fristgerechtigkeit 573 (242).  
 Trunkenheit 225 (99).  
 Turpitude 130 ff. (58).

## 24.

Uebereignungswille 483 ff. (213).  
 Uebernahmesystem bei der Subhaftation 676 (263).  
 Uferrecht 474 (207).  
 Ulpiani fragmenta 12 (5).  
 Uneigentliche Bedingungen 245 (107).  
 Uneigentlicher Nießbrauch 592 (249).  
 Unerlaubte Bedingungen 247 (107).  
 Unerlösbare Sachen 500 ff. (220).  
 Ungültige Geschäfte 274 ff. (120 ff.).  
 Universalsuccession 182 (81).  
 Universitas juris, facti 156 ff. (68).  
 — facti, Verpfändung 658 (272).  
 — personarum 137 ff. (60).  
 Unmittelbarer Eigenthumsenerwerb 462 (201).  
 Unmöglichkeit Bedingungen 246 (107).  
 Unmündige 120 ff. (53 ff.).  
 — Verjährung gegen U. 338 ff. (147).  
 Unrecht, objektives und subjektives U. 193 (85).  
 Unfittliche Bedingungen 247 (107).  
 Unterbrechung der Erfindung 506 (221).  
 — der Klagenverjährung 339 ff. (148).  
 Untereigenthum 624 (256).  
 Untergang der Rechte s. Beendigung.  
 Untheilbarkeit der Servituten 569 ff. (241).  
 „Unus casus“ 513 a 9 (224).  
 Unvordenkliche Zeit 363 (160).  
 Unwissenheit 197 (87).  
 Urbererrecht, Verpfändbarkeit 704 (294).  
 Urkundenprozeß 298 (131).  
 Ursprünglicher Erwerb  
 Urtheil 365 ff. (161).  
 Usucapio 329 (144), 497 ff. (219 ff.), bei Servituten 603 (252).  
 — libertatis 610 (254).

Usucapio pro herede 496 a 3 (219).  
 Usureceptio 496 a 3 (219).  
 — fiduciae 638 a 5 (263).  
 Usus 596 ff. (250).  
 Ususfructus 581 ff. (246).  
 — causalis, formalis 436 a 9 (192).  
 Utile tempus 200 ff. (88).  
 Utiles actiones 291 (128).  
 Utilitas bei Servituten 565 (240), vgl. 78 a 3 (36).  
 Utilis vindicatio 291 (128), 515 (225).

## 25.

Verjährungsrecht 623 (258).  
 Venia aetatis 124 (54).  
 Verarbeitung s. Spezifikation.  
 Veräußerung 187 (83).  
 — der Streitfache 355 (155).  
 Veräußerungsverbote 492 ff. (217).  
 Verbindung, Eigenthumsenerwerb durch B. 476 ff. (208 ff.), vgl. 463 a 3 (201).  
 Verbotsgeheße 67 ff. (31).  
 Verbrauchbare Sachen 169 (75).  
 Vereinigung, Eigenthumsenerwerb durch B. 478 (209).  
 Vererblichkeit der Klagerrechte 307 (136).  
 Verjährung 328 ff. (144 ff.).  
 — der Eigenthumsklage 438 (192).  
 — der Emphyteusis 631 (260).  
 — des Pfandrechtes 698 (292).  
 — der Servituten 609 (254).  
 — bei Statutenkollision 107 (48).  
 — der Superficien 628 (259).  
 Verletzung als Voraussetzung der Restitution 318 (140).  
 Verlust der Rechte s. Beendigung.  
 Vermächtnisse, bedingte 251 (110), 254 a 6 (122).  
 Vermietter, Pfandrecht an dessen Platen 648 ff. (268 ff.).  
 Vermittelnde Geheße 70 (32).  
 Vermögen 49 (22), 154 ff. (67).  
 Vermuthungen 362 (159), vgl. 115 ff. (51).  
 Veroneser Palimpsest 17 (8), 21 (10).  
 Verpfändung s. Pfandkonvention, B. fremder Sachen 645 ff. (267), von Servituten 702 ff. (294).  
 Verjährungsfrist, Restitution 317 (139).  
 Verschollenheit 116 (51).  
 Verschuldung 193 ff. (86).  
 Verschwender 128 ff. (57).  
 Versicherungsgelder, Pfandhaftung 696 a 6 (292).  
 Versio in rem, Pfandprivilegium, 686 ff. (288).  
 Verbrauchbare Sachen 169 (75).  
 Vertheidigung im Prozeß 360 (158).  
 Vertrag 212 (92).

Vertretbare Sachen 169 (75).  
 Verwendungen *f. impensae*.  
 — des Besitzers 522 (227).  
 — des Pfandgläubigers 679 (284).  
 — des Nießbrauchers 592 (248).  
 Verzicht 185 (83), als Endigungsgrund  
 des Pfandrechtes 695 (292).  
 Vetustas 364 a 6 (160).  
 Via 572 (242).  
 Viae consulares, vicinales 163 (72).  
 Vicinität bei Servituten 567 (240).  
 Viehtrift 373 (242).  
 Vindicatio 519 (226), 298 a 5 (132).  
 — utilis 264 a 11 (115), 291 (128).  
 — gregis 519 a 3 (226).  
 — sacramento 390 (171).  
 Vis absoluta, compulsiva 234 (103).  
 Vitalität 110 (50).  
 Vollmacht 272 (119).  
 Vollstreckbarkeit des Urtheils 366 (161),  
 des Schiedspruches 378 (166).  
 Voraussetzung, Begriff, 265 (115).  
 Vormundschaftsrecht, Stellung im System,  
 50 (22).  
 Vulgata (= authenticum) 23 (11).  
 Vulgathandschriften 18 (29).

### 29.

Wahnsinnige 126 (56).  
 Wassergerechtigkeiten 574 (243), Verpfänd-  
 barkeit 704 (294).  
 Wechselforderungen 297 (131).  
 Wege 163 (72).

Begegerechtigkeiten 571 ff. (242), Verpfänd-  
 barkeit 704 (294).  
 Weiber *f. Frauen*.  
 Weidgerechtigkeiten 575 (243).  
 Werner 35 (16).  
 Wesenbeck 34 (16).  
 Wesentlicher Irrthum 231 (102).  
 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand  
 315 ff. (139).  
 Willenserklärung 218 ff. (96).  
 Wohlthätige Rechtsgeschäfte 213 (92).  
 Wohnsitz 101 ff. (46).

### 3.

Zahlung, Einrede 310 (137).  
 Zahlungsbefehl 340 (148).  
 Zeit 200 ff. (88 ff.).  
 Zeitbestimmungen 258 ff. (113).  
 Zubehör 172 ff. (77).  
 Zurückbehaltungsrecht *f. Retentionsrecht*.  
 Zusammenfügung, Eigenthumsenerwerb durch  
 3. 478 (209).  
 Zuschlag 495 (218).  
 Zwang 234 ff. (103), Restitutionsgrund  
 316 (139).  
 Zwangsvergleich, Einrede aus dem 3.  
 313 (138).  
 Zwangsverwaltung *f. Sequestration*.  
 Zweiseitige Rechtsgeschäfte 211 ff. (92).  
 — Verträge 212 ff. (92).  
 Zwingende Rechtsnormen 67 ff. (31).  
 Zwitter 125 (55).

Von dem Herrn Verfasser des vorliegenden Werkes erschienen ferner:

**Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs.** I. Band (4. Aufl. 1884) M. 16. — II. Band (3. Aufl. 1882) M. 15. — III. Band (3. Aufl. 1884) M. 12. — Complet in 3 Halbfanzbänden M. 50.

**Das Pfandrecht** nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. I. Bd. 1860. M. 10. — II. Bd. 1864. M. 12.

**Geschichte und Theorie der Compensation** nach römischem und neuerem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die Preussische und Französische Gesetzgebung. 2. Aufl. 1868. M. 10.

**Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts.** Festschrift zum fünfzigjährigen Stiftungsfest der Universität Zürich. 1883. M. 1,20.

**Die Institutionen des Gajus,** ein Collegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt. Festschrift. Mit einem lithographirten Plan. 1869. M. 2.

**Carl Georg von Wächter.** Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft Berlins. 1880. M. 0,30.

**Thomasius** und die Gründung der Universität Halle. Rede, gehalten beim Antritt des Rektorats der Universität Halle-Wittenberg am 12. Juli 1865. M. 0,50.

**Das Vormundschaftsrecht** der Preussischen Monarchie nach der Vormundschaftsordnung v. 5. Juli 1875. 3. Aufl. (in Vorbereitung).

8971



14/27

