



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY

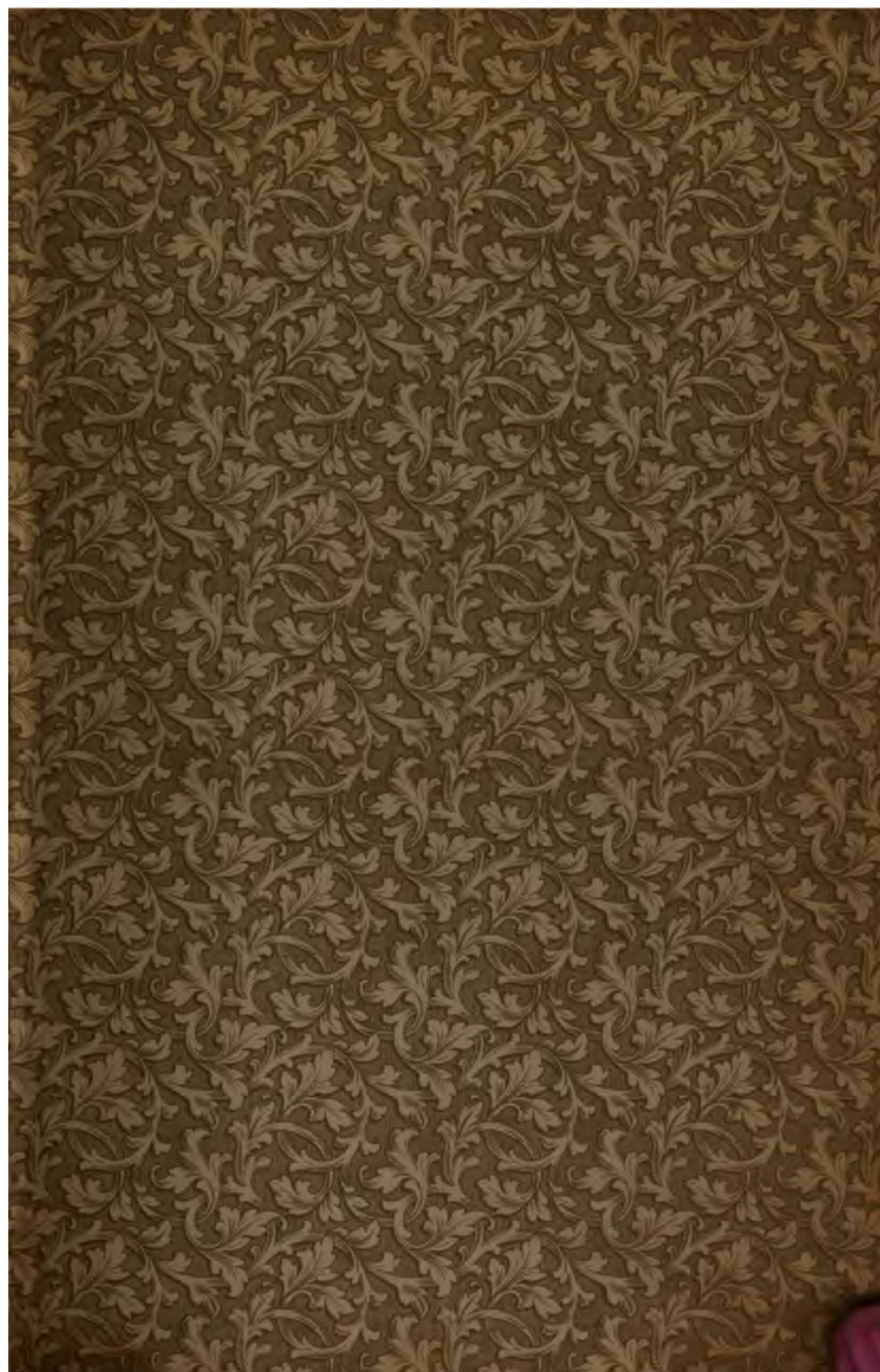


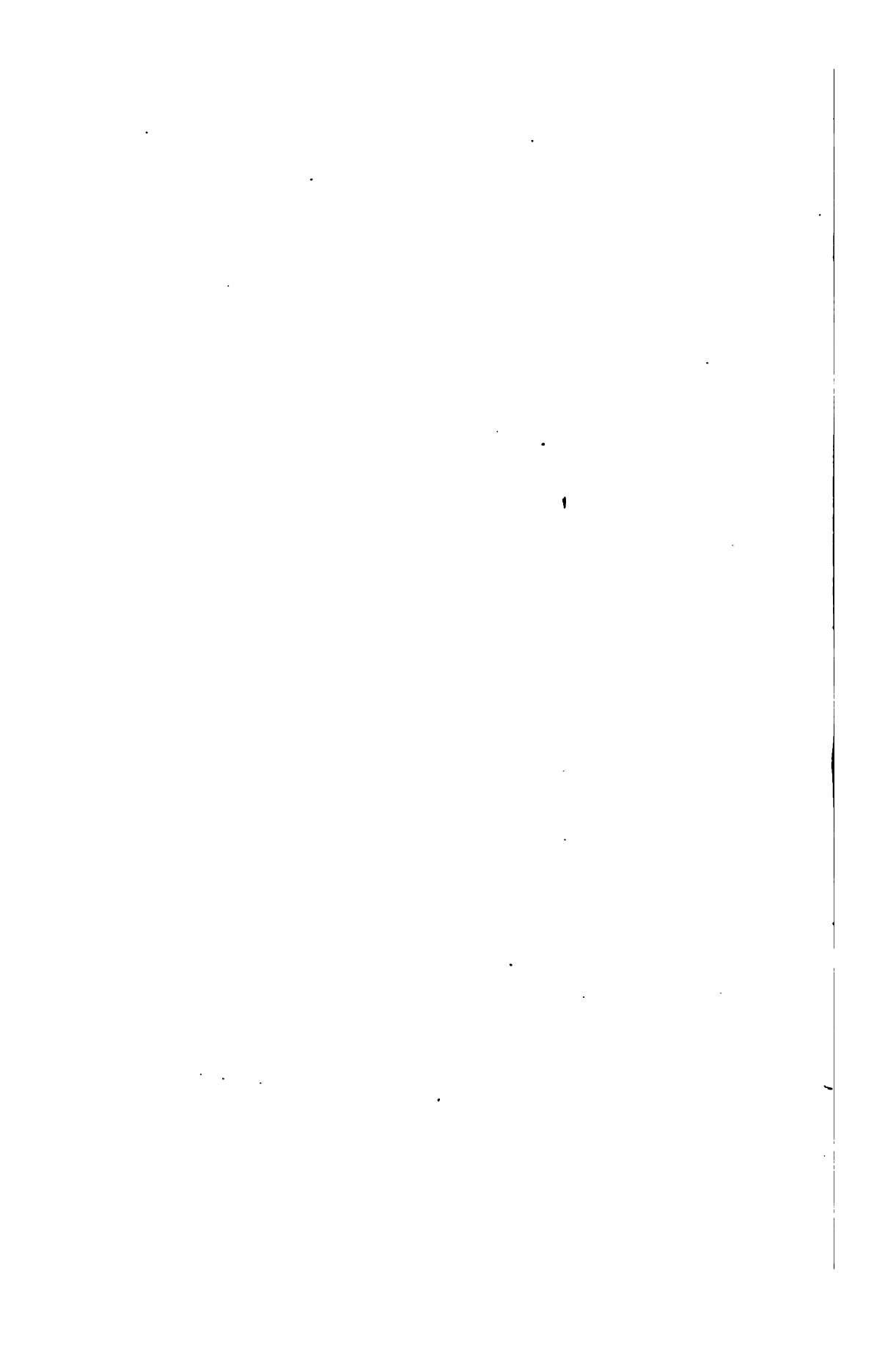
3 2044 097 771 307



HARVARD LAW LIBRARY.

Received





Germany
c

DIE

JUSTA CAUSA

BEI TRADITION UND USUKAPION.

EIN VERSUCH AUF DEM GEBIETE DES RÖMISCHEN RECHTS

VON

Dr. OTTO MAYER.

ERLANGEN 1871.

VERLAG VON EDUARD BESÖLD.

ROMAN
9

+

Rec. Jan. 21, 1903

V o r w o r t.



Vorliegende Arbeit macht nicht den Anspruch, die fertige und abgeschlossene Lehre von dem Wesen der *justa causa* bei Tradition und Usukapion zu bieten; es handelt sich nur um einen Vorschlag für die Behandlung dieses Themas, von welchem dargethan werden soll, dass er nicht undurchführbar wäre. Dieser Aufgabe schien dann aber auch eine gewisse Sparsamkeit in Verwendung literarischer Notizen zu entsprechen. — Ich hatte ursprünglich nur die *justa causa usucapionis* in's Auge gefasst; allein es ergab sich gar bald die Nothwendigkeit, erst auch die *justa causa traditionis* von dem eingenommenen Standpunkte aus darzustellen. Den auf die letztere bezüg-

lichen Theil habe ich in etwas anderer Gestalt gelegentlich meiner Promotion zu Erlangen im Jahre 1869 der hochlöblichen Juristenfakultät daselbst als Inauguraldissertation vorgelegt. Indem ich jetzt das Ganze der Oeffentlichkeit übergebe, bitte ich um freundliche Nachsicht.

Inhaltsangabe.

Einleitung.

	Seite
Von der <i>justa causa</i> im Allgemeinen	1
Wortbedeutung. Die <i>aequitas</i> . Stellung der <i>justa causa</i> im Systeme der <i>aequitas</i> .	

Abschnitt I.

Die *justa causa traditionis*.

§. 1. Tradition in abstracto	15
Verhältniss des Rechtsinstituts zur <i>aequitas</i> . Nothwendigkeit eines anderen Standpunktes.	
§. 2. Tradition als einzelnes Rechtsgeschäft	21
Beweggrund und Zweck. <i>Causa</i> . Einfluss auf das Verhältniss zur <i>aequitas</i> .	
§. 3. Arten der Zwecke	31
Zahlung. Schuldbegründung. Schenkung. Materieller nichtvermögensrechtlicher Zweck.	
§. 4. Die <i>conditiones ob causam</i>	41
Die vier benannten <i>Conditionen</i> . Andere <i>Conditionen</i> wegen vereitelten Zweckes. Schema.	
§. 5. Die <i>justa causa traditionis</i>	62
Nothwendigkeit einer <i>justa causa</i> gegenüber der <i>condictio sine causa</i> . Anwendung auf die Tradition. Arten von <i>justae causae traditionis</i> . Gegensatz zur <i>causa ex qua traditur</i> . Dienlichkeit als Indizium. Literatur.	

Abschnitt II.

Die *justa causa usucapionis*.

§. 1. Vorfragen	80
Usukapion und <i>Publiciana</i> . <i>Titulus</i> und <i>bona fides</i> . Wirksamkeit eines unvollkommenen Erwerbsaktes.	

	Seite
§. 2. Theorie der Publiciana	89
Der Eigenthumserwerbsakt als Klagegrund. Entbehrlichkeit gewisser Stücke. Exceptio dominii und quasi dominii.	
§. 3. Theorie des justus titulus usucapionis	108
Nothwendigkeit eines zweiten Eigenthumserwerbsaktes. Verwandlung des bonitarischen Eigenthums in quiritisches. Grundidee der Usukapion. Abwerfung gewisser Stücke des Erwerbsaktes.	
§. 4. Der Erwerbsakt und die bona fides	128
Vollkommener Erwerbsakt. Bestandtheile des Titels. Eigenthumswille. Begriff der mala fides; Schädlichkeit beim Titel; Forderung von bona fides.	
§. 5. Das Material des titulus	144
Bedingungen der Tauglichkeit zum titulus. Die civilen Erwerbsarten. Die Erwerbsarten des jus gentium. Warum hier nur eine traditio ex justa causa genügt.	
§. 6. Die sechs benannten Titel	154
Konstruktion der Titel: pro soluto, pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato und pro derelicto.	
§. 7. Unbenannte Titel	184
Analogien zum titulus pro emptore. Transactio. Analogien zum titulus pro dote. Mittelbarer Erwerb durch hereditas und dominica potestas. Erwerb durch eigentliche Stellvertreter. Titulus putativus.	
§. 8. Pro herede und pro suo	211
Usucapio der hereditas ipsa. Verwandlung in die usucapio der res hereditariae. Keine neuen Erfordernisse. — Possessio pro suo im Allgemeinen. Titulus possessionis. Possessio pro suo als Usucapionsbesitz. Usucapio pro suo. Bonae fidei possessio. Possessio pro possessore. Possessio pro herede.	

Einleitung.

Von der *justa causa* im Allgemeinen.

Wir müssen zunächst versuchen, aus der Bedeutung der Wörter und aus dem Zusammenhang mit anderen Begriffen des römischen Rechts den allgemeinen Begriff einer *justa causa* festzustellen, mit dem hernach weiter operirt werden soll.

I. Dem Adjectivum *justus* entsprechen zwei Hauptwörter: *jus* und *justitia*. *Jus* ist ein Objectives, Aeusserliches: das positive Recht, wie es aus Gesetz, Edikt u. s. w. hervorgeht (*Gai. I, 1—2*). Die *justitia* hingegen ist ein Subjektives, eine Gesinnung (*p. J. 1, 1; l. 10 D. 1, 1*); und zwar bedeutet sie nicht schlechthin die blosse passive Angemessenheit an das *jus*, das positive Recht, sondern sie hat diesem gegenüber einen eigenen selbständigen Inhalt: die Richtung auf das *bonum* und *aequum* (*Cic. de fin. V, 23, l. 1, 1 D. 1, 1*). — Nun scheidet sich das *jus* selbst wieder in zwei Massen: das *jus gentium*, welches die *naturalis aequitas* zum innersten Principe hat (*l. 11 p. D. 1, 1*), und das *jus civile*, dem diese fremd ist. Sonach ist das Verhältniss von *jus* und *justitia* das zweier excentrischer Kreise, die im Gebiete des *jus gentium* sich decken; aber daneben stehen einerseits alle Forderungen der *aequitas*, die nicht auch objektiv verwirklicht sind, andererseits das *jus civile*, welches nicht nothwendig auch *aequum und bonum* ist. — Obwohl von demselben Wortstamm ausgegangen, hat die *justitia* sich so enge einem anderen Begriffe, dem der *aequitas* angeschlossen, dass sie sogar als direkter Gegensatz des *jus* in seiner strengen Durchführung auftritt (*l. 8. C. 3, 1: placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem*).

Das Adjectivum *justus* hat also zweien verschiedenartigen Herren zu dienen. Es bezeichnet nämlich zuerst die Eigenschaft, dem positiven Rechte, insbesondere dem *jus civile strictum* und

seiner Hauptquelle der *lex* angemessen zu sein. Damit tritt es als *synonymum* auf mit *legitimus*, und wir finden beide als gleichbedeutend abwechselnd gebraucht (*l. 13 D. 34, 9; l. 24 D. 1, 5; l. 50, 6 D. 32; l. 3, 2 D. 27, 2*). — Andererseits gehört aber *justus* auch wieder zur *justitia* und hat wie diese die *naturalis aequitas* zum Inhalte. Alle Ausdrücke, mit denen die Römer das Walten der *aequitas* bezeichnen, sind ihm dann verwandt, als *aequus*, *benignus* (*l. 25 D. 1, 3*) *rationabilis* u. dgl. So gebrauchen *l. 66 D. 30: aequum pretium*, *l. 36 p. D. 24, 1 justum pretium* offenbar in völlig gleichem Sinn. — *L. 2 D. 3, 5: et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere, ita ex diverso justum est . . . praestari etc.* *L. 85, 2 D. 50, 17: quoties aequitatem desiderii (?) naturalis ratio . . . justis decretis res temperanda est.* *L. 192 D. 50, 17: in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius.* — In vollkommener Analogie zu der angeführten *l. 8 C. 3, 1* steht *l. 11 D. 19, 5*, die es hypothetisch lässt, *si lex justa est*.

Causa ist der Grund, die Ursache; es wird damit eine Tatsache nach der Seite hin bezeichnet, dass sie das Existentwerden einer anderen bewirkt.

Um also nun den Sinn des ganzen Ausdruckes *justa causa* zu gewinnen, haben wir nur noch festzustellen, in welcher Funktion dabei das Adjektivum *justus* steht, ob ein gesetzlicher Grund gemeint ist, oder ein gerechter Grund, d. h. der der *justitia* und *aequitas* angemessen ist.

Wenn es sich, wie bei einem *justum matrimonium*, bei einer *justa hereditas*, darum handelt, ob dem Gesetze entsprochen sei, so hat man an dem Gesetze selbst eine objektiv feststehende Entscheidungsnorm für diese Frage. Ob aber eine *causa* den Namen *justa* verdient, dafür bestehen augenscheinlich keine allgemeinen Regeln, es entscheidet vielmehr lediglich das subjektive Gefühl, das freie Ermessen; *l. 1 D. 4, 6: hujus edicti causam nemo non justissimam esse confitebitur*. In derselben Stelle sagt der Prätor: *si qua alia mihi justa causa esse videbitur*. Diese Berufung auf das subjektive Gefühl wäre undenkbar, wenn eine gesetzesentsprechende *causa* gemeint sein sollte. Dagegen ist sie vollkommen am Platze, wenn *justus* hier im Sinne der *aequitas* und *justitia*

gebraucht ist. Ob diesen entsprochen sei, darüber muss naturgemäss das freie Ermessen entscheiden, denn allgemein bindende Normen, was *justi sumtus* seien, was ein *justum pretium*, solche gibt es nicht; *l. 14 p. D. 44, 3* sagt geradezu: in Dingen, die lediglich auf der *aequitas* beruhen, kann man überhaupt keine allgemeine Definition geben. — Für die hieraus zu schliessende Bedeutung der *justa causa* sprechen noch positive Quellenzugnisse. *l. 3 D. 4, 1: Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur, scilicet, ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* Nicht die Angemessenheit an das *jus*, sondern die *justitia causae* wird also untersucht, wenn es sich fragt, ob eine *justa causa* der Restitution vorhanden ist. — *l. 1 p. D. 4, 4: hoc edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit; l. 1 p. D. 4, 4: hujus edicti causam nemo non justissimam esse confitebitur.* Wenn nach der ersten Stelle das Edikt über die *restitutio in integrum* auf der *naturalis aequitas* beruht, so ist kein Zweifel dartiber, was unter *justissima causa edicti* in der zweiten zu verstehen sei.

Wir übersetzen also *justa causa* mit gerechter Grund und verstehen dabei unter gerecht: was der *justitia* und damit der *aequitas* entspricht, unter Grund: eine Thatsache, welche das Existentwerden einer anderen bewirkt.

Eine Thatsache, welche als Grund einer anderen bezeichnet wird, kann nun von einer doppelten Seite in Betracht kommen: 1) als für sich bestehende Thatsache, abgesehen von ihrer Beziehung zu der anderen, 2) in ihrer Wirksamkeit auf das Existentwerden der anderen Thatsache.

Erhält daher ihre Bezeichnung als Grund noch ein bestimmtes Attribut d. h. wird von ihr ausgesagt, sie sei eine Ursache von der und der Beschaffenheit, so kann diese Eigenschaft ihr zukommen in ihrer an sich seienden Existenz, aber ebensogut auch in ihrer Thätigkeit, die andere Thatsache hervorzubringen. In diesem zweiten Falle ist dann vielmehr die Art und Weise bezeichnet, in welcher die verursachte Thatsache zur Entstehung kommt, und es ist eigentlich diese, welche durch die also bestimmte Art ihrer Entstehung eine bestimmte Färbung in ihrem Wesen und Charakter erhält. — Wenn ich z. B. sage: »der plötzliche Unglücksfall ist der traurige Grund meines Hierseins«, so gehört das Attributi-

vum traurig zu dem Begriffe Unglücksfall; denn der Sinn ist: der plötzliche Unglücksfall ist etwas Trauriges und ich bin seinetwegen hier — nicht: es ist plötzlich ein Unglücksfall vorgekommen und, dass ich hier bin, ist traurig. Dagegen in dem Satze: »meine Krankheit war ein guter Grund, daheim zu bleiben« — ist gut eine nähere Bestimmung des Daheimbleibens, denn aufgelöst würde es nicht heissen: meine Krankheit war gut und ich blieb desshalb zu Hause, sondern: ich war krank und, dass ich desshalb zu Hause blieb, war gut. Im zweiten Falle gehört das dem Worte Grund gegebene Attribut dem Sinne nach der veranlassenden Thatsache an, im ersten dagegen bleibt es bei der veranlassenden und hat keine Beziehung auf die andere. Wir haben aber hier davon zu sprechen, dass für gewisse Thatsachen ein Grund von einer bestimmten Beschaffenheit gefordert wird; diese Eigenschaft muss derselbe gerade wegen der veranlassenden Thatsache haben. Damit ist der erste Fall, wo das dem Grunde gegebene Attribut keine Beziehung auf die veranlassende Thatsache hat, unbedingt ausgeschlossen und nur der zweite kann statthaben. Wir werden also mit der *justa causa* gerade so verfahren müssen, wie wir es auch bei dem Worte: »gerechter Grund« zu thun gewohnt sind. Sagen wir z. B. die Beleidigung war der gerechte Grund seines Zornes, so heisst das nicht: die Beleidigung war gerecht und er war zornig, sondern es muss immer heissen: er wurde beleidigt und sein Zorn war gerecht. Gerechter Grund ist ein solcher, welcher der Thatsache, worauf er sich bezieht, die Eigenschaft verleiht, gerecht zu sein; und ebenso ist die *justa causa* eine Thatsache, welche einer anderen die Eigenschaft verleiht, der *justitia* und *aequitas* zu entsprechen.

Thatsachen sind nun entweder an sich schon in Einklang mit der *aequitas*, oder nicht. Im ersteren Falle wäre es überflüssig, diese Eigenschaft von aussen her erst noch geben lassen zu wollen. Es kann also von einem Erforderniss der *justa causa* nur bei solchen Thatsachen die Rede sein, die an sich ungerecht sind d. h. an sich der *aequitas* nicht entsprechen. Um also das Ganze noch einmal zusammenzufassen: *justa causa* ist eine Thatsache, welche einer anderen, die an sich der *aequitas* widerspricht, den Charakter der *aequitas* verleiht.

II. Nachdem sich ergeben hat, dass ein gewisser Zusammen-

hang zwischen der *justa causa* und dem Principe der *aequitas* besteht, wird es nothwendig sein, auf das Letztere unseren Blick zu richten. Wir kennen es als das Prinzip des neueren römischen Rechts, des *jus gentium* (*l. 11 D. 1, 1*). Wörtlich übersetzt heisst *aequitas* — Gleichheit und liegt als solche zunächst im Wesen eines jeden geordneten Rechtssystems. Denn soll es seine Aufgabe die äussere Ordnung der Gesellschaft aufrecht zu erhalten erfüllen, so müssen seine Bestimmungen gleichmässig gelten für Alle, — Personen, Sachen und Verhältnisse, — die seiner Machtsphäre angehören. (*Cic. Topic. c. 4: Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat*). In diesem Sinne ist die *aequitas* auch eine Eigenschaft des *jus civile*, es gibt eine *civilis aequitas* (*l. 1, 1 D. 47, 4*). Doch eben, weil diese gleichmässige Geltung bei jedem Rechtssysteme vorhanden ist, kann in ihr nicht auch die *naturalis aequitas* bestehen, so wenig wie überhaupt in einer anderen Richtung oder Eigenschaft, die im Wesen des Rechtes selber liegt und deshalb allgemeiner Natur ist. Denn diese *naturalis aequitas* soll ja etwas ganz Besonderes, dem *jus gentium* Eigenthümliches sein, wodurch es sich vor anderen Rechtssystemen auszeichnet. Die *naturalis aequitas* ist auch nicht wie eine nothwendige Eigenschaft des Rechtes dessen blosser Begleiterin, sondern eine erzeugende Kraft, aus welcher Rechtsnormen selbst erst hervorgehen (*l. 1 p. D. 4, 4; l. 1 p. D. 37, 6; l. 1 D. 13, 4; l. 66 D. 12, 6*). Mit der *condictio indebiti*, der *in integrum restitutio* werden Thatsachen in ihrer Wirkung rückgängig gemacht, die dem positiven Rechte vollständig entsprechen. Indem daher die *aequitas* solche Institute schafft, beweist sie, dass es ihr nicht um das Recht selber zu thun ist, sondern dass es andere, ausserhalb der eigentlichen Sphäre des Rechtes liegende Zwecke sind, für welche *restitutio* und *condictio* ihr als Mittel dienen.

Das ganze neuere Recht, dem die *aequitas* Prinzip ist, charakterisirt sich demnach durch eine solche Nebenrücksicht und zwar ist das, um es auszusprechen, keine andere, als die naheliegende Rücksicht auf die Wohlfahrt des Einzelnen. — Wenn die klassischen Juristen einmal über das andere Mal sagen: so und so müssen wir entscheiden, weil es *utilius*, weil es *humanius* oder *benignius* ist, so sind diess durchaus keine eigentlich juristischen Erwägungen. Dass sie also überhaupt maassgebend sind, ist nur

daraus erklärlich, dass ein das ganze Rechtsbewusstsein erfüllendes Prinzip, wie die *aequitas* sein soll, sie vorschreibt. In einzelnen Redewendungen tritt diese Richtung der *aequitas* auf das Wohl noch bestimmter hervor. So gehört das *aequum* und das *bonum* den Römern so enge zusammen, dass sie miteinander eine ganz stereotype Redensart geworden sind (*l. 1 p. D. 1, 11; l. 42 D. 21, 1; l. 18 D. 47, 10*). Ebenso korrespondirt der *aequitas* das *utile*, *humanum* und *benignum*. *L. 1. p. D. 14, 1: utilitatem hujus edicti patere nemo est, qui ignoret, nam ... aequum fuit etc.* — *l. 84 D. 28, 5: humanius esse puto et magis aequitatis ratione subnixum.* — *l. 25 D. 1, 3: aequitatis benignitas.* — Den Menschen nützlich ist im Allgemeinen jede feste Rechtsordnung, auch das *jus civile*, aber jene bewusste absichtliche Richtung auf das Wohl des Einzelnen, wie sie das *jus gentium* vermöge seiner *aequitas* zeigt, ist dem *jus civile* fremd; es kann in seiner Anwendung auch *durum* werden (§. 4 J. I, 6) und eben deshalb ist es kein Recht, welches der *naturalis aequitas* immer entspricht. — In ähnlichem Sinne sagt Puchta Vorlesungen §. 21: »Ein Recht, welches sich diesen Ansprüchen der individuellen Wohlfahrt, soweit die allgemeine dabei betheiligt ist, fügt und öffnet, nennen wir ein billiges Recht.«

Das Privatrecht steht im Zusammenhang mit dem Wohl des Einzelnen durch den Begriff des Vermögens als der Gesamtheit der Güter körperlicher und unkörperlicher Art, die in der rechtlichen Herrschaft einer Person sich befinden. Die *aequitas* als Prinzip des Privatrechts und gerichtet auf das Wohl kann demnach nur auf das Vermögen sich beziehen. Diess zeigt sich denn auch beispielshalber in *l. 200 D. 50, 17: quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis*. Mit der *captio* als Vermögensverlust kann sich auch ein *dolus*, eine Rechtsverletzung verbinden. Wäre das hier gemeint, so handelte es sich nicht darum, von den zwei Uebeln das geringere zu wählen, denn die Rechtsverletzung müsste unbedingt in beiden Fällen negirt werden. Es ist also schlechthin nur von einem Vermögensverluste die Rede, abgesehen von einer Rechtsverletzung und in einem solchen, heisst es hier, liegt eine *iniquitas* d. h. die objektive Thatsache, dass das Vermögen beschädigt wird, allein schon ist es, was der *aequitas* widerspricht. — *l. 1 p. D. 4, 4:*

Hoc edictum naturalem aequitatem secutus praetor proposuit; nam quum . . . constet, fragile esse hujus aetatis consilium et multis captionibus suppositum . . . auxilium pollicitus . . . est et adversus captiones opitulationem. Captio steht hier in dem gleichen Sinne wie vorhin, denn gegen eine Rechtsverletzung würden den *pupillus* schon die gewöhnlichen Bestimmungen des Rechtes schützen, aber den Schutz gegen einen Vermögensnachtheil gewährt nur die *aequitas*. Vgl. auch *l. 26 D. 21, 1*. — Besonders wichtig sowohl dafür, dass es der *aequitas* auf materiellen Nutzen und Schaden ankommt, als auch für ihre Stellung dem positiven Rechte gegenüber ist noch *l. 2, 5 D. 39, 3: opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus*.

Der Zusammenhang zwischen dem Rechte und dem Vermögen besteht darin, dass die Thatfachen des Ersteren auf dieses einen bestimmenden Einfluss üben; sie weisen nämlich entweder dieses einzelne Werthobjekt der rechtlichen Herrschaft einer Person zu (Vermögensmehrung) oder entziehen ihr dasselbe (Vermögensminderung). Eine Rechtsordnung, wie das *jus gentium*, der das Wohl des Einzelnen Prinzip ist, muss das Erstere wollen, das Zweite vermeiden. Nun schafft aber das Recht keine absolut neuen Vermögenswerthe; es müsste daher regelmässig, um dem Einen einen Vermögenswerth zuzuwenden, einem Anderen etwas nehmen. Demnach kann diese positive Tendenz des Rechtssystems nur da sich geltend machen, wo ausnahmsweise ein Vermögensvortheil ohne Beschädigung eines Anderen verschafft werden kann. Ein Beispiel gab die zuletzt angeführte Stelle. — Dagegen kann das Recht in der zweiten Richtung auf das Wohl der Einzelnen in ausgedehnter Weise bedacht sein, indem es den Grundsatz aufstellt: Niemand soll durch die Rechtsvorschriften und deren Anwendung zu Schaden kommen. — Allein auch dieser Fürsorge für die Wohlfahrt ist durch ein stärkeres Prinzip, das im Wesen des Rechtes selber liegt eine Gränze gesetzt, durch das Prinzip des freien Willens, auf dem ja schliesslich alles Recht beruht. Um seinetwillen kann auch die *aequitas* nicht verbieten, dass Jemand im Wege des Rechtes einen Vermögensnachtheil erleide, den er

selbst gewollt hat, es muss erlaubt sein und bleiben, sich selber ärmer zu machen. Wir dürfen daher unter dem Schaden, den die Thatsachen des Rechtes nicht zur Folge haben sollen, nur einen solchen verstehen, den der Beschädigte nicht selbst gewollt hat, den er ohne seine Einwilligung erleidet. — Es ist aber hier wieder zu bemerken: so wenig das Recht neue Werthe schafft, so wenig zerstört es sie absolut; — der einzige und höchst unbedeutende Fall, dass ein Stück Land von einem *flumen publicum* eingenommen wird, kommt füglich nicht in Betracht. — Darum stellt sich eine durch die Thatsachen des Rechtes bewirkte Vermögensminderung praktisch so dar, dass dem einen Vermögen etwas entzogen und dieser Werth einem anderen Vermögen zugewiesen wird. Wegen dieser zwiefachen Wirkung lässt sich auch das Verbot der Schädigung eines Vermögens von einem doppelten Standpunkte aus in zweifacher Weise formuliren:

1. Niemand soll zum Vortheile eines Anderen beschädigt werden.
2. Niemand soll zum Schaden eines Anderen reicher werden.

Dass in diesen Sätzen der eigentliche praktische Kern des vielgenannten Prinzipes im *jus gentium* wirklich enthalten sei, dafür sprechen noch zwei weitere Gründe.

Einmal lässt sich nur so sein Name — *aequitas* — erklären; ein Prinzip, welches nicht will, dass eine rechtliche Thatsache eine ungleiche Wirkung auf zwei Vermögenskreise übe, indem sie das eine Vermögen vermehrt, das andere vermindert, heisst mit Recht Gleichheit. Und ein vernünftiger Grund muss doch vorhanden gewesen sein, wesshalb man gerade dieses Wort zur Bezeichnung des im *jus gentium* waltenden Principes wählte. Dass ein Wort, mit welchem die lateinische Sprache von Ursprung an den Begriff Gleichheit verband, auf einmal mit der Entstehung des neuen Rechtssystems eine andere Bedeutung neben jener angenommen habe, die mit der ursprünglichen in gar keinem Zusammenhange steht, wäre jedenfalls eine sehr gezwungene Erklärung. Viel natürlicher ist der entgegengesetzte Gang: dass man bemerkte, das *jus gentium* habe Grundsätze, bei denen es auf eine Art Gleichheit ankommt, und dass man desshalb das entsprechende bereits vorhandene Wort zur Bezeichnung derselben verwandte.

An diesem Zusammenhange festzuhalten, nöthigt uns auch ein oft gebrauchtes Bild, womit die Römer sich den abstrakten

Begriff der *aequitas* versinnlichen, — ich meine die *aequa lanx*, die gleichstehenden Wagschalen. *l. 20 D. 42, 1: Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest condemnandus est ex Divi Pii constitutione. Quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitas suadet.* Die *aequitas* tritt hier wieder als Norm auf für die Recht erzeugende Gewalt selbst. Durch die Verleihung des *beneficium competentiae* wird dem Ehemann ein Vortheil zugewandt auf Kosten der Ehefrau; denn diese kann ja nunmehr ihre Forderungen gegen ihn nur in beschränkter Weise eintreiben. Hierin liegt aber eine Ungleichheit, eine *iniquitas* zum Schaden der Frau und daher verlangt die *aequitas*, dass auch in ihre Wagschale der gleiche Vortheil zum Schaden des Mannes geworfen werde. Dann ist das Gleichgewicht wieder hergestellt und *aequa lanx*. — Ebenso wird in ausdrücklicher Beziehung zur *aequitas* dieses Bild gebraucht in *l. 17, C. 6, 20; l. 4, 1; C. 6, 28*. — Die Wage ist dem römischen Juristen keine fremde Erscheinung im Rechtsleben; bei der allergebräuchlichsten Form des alten Vertrages spielt sie in der Hand des *libripens* fast die Hauptrolle. Auch wird die *Justitia* selbst als Göttin abgebildet eine Wage in der Hand haltend und damit führt sie ganz das richtige Instrument für die Aufgabe die Ulpian in *l. 1, 1 D. 1, 1* ihr stellt: *aequum ab iniquo separare*. Denn die Wage ist ja recht eigentlich dazu da, über Gleichheit oder Ungleichheit zu entscheiden. Wenn man aber gewöhnlich sagt, die *Justitia* wäge die Rechtsansprüche der Parteien ab, um zu sehen, welcher der stärkere sei, so fällt man völlig aus dem Bilde heraus. Rechtsansprüche sind einmal nichts zum wiegen. Gewogen werden Sachen und insbesondere beim Geschäft *per aes et libram*, an welches die Wage den römischen Juristen immer zunächst erinnern musste, — *aes*, das Geld der älteren Zeit, der allgemeine Repräsentant der Vermögenswerthe. Die römische *Justitia* ist auf die *aequitas* bedacht und die *aequitas* bezieht sich auf das Vermögen. Darum hat nun die *Justitia* die Wage in die Hand genommen, um zuzusehen, dass nicht eine einzelne Thatsache des Rechtes in einer der *aequitas* widersprechenden Weise auf das Vermögen wirke, d. h. dass nicht durch einen Vermögenswerth, den dieselbe aus der einen Wagschale in die andere

legt, das Gleichgewicht gestört wird. Dieses Bild der *aequa lana* und die Göttin mit den gleichstehenden Wagschalen gibt sonach eine neue Bestätigung dafür, dass die *aequitas* auf das Vermögen sich bezieht, dass sie den ursprünglich im Worte liegenden Sinn: Gleichheit beibehalten habe und dass darum jene zwei Sätze, worin sie wirklich eine Gleichheit in der Wirkung aufs Vermögen vom Rechte verlangt, als ihre eigentlichen Fundamentalsätze angesehen werden müssen.

Von noch grösserem Gewicht ist aber der zweite Grund, dass nämlich unsere Behauptung von denjenigen Stellen des *corpus juris*, welche ihrer Form nach noch am ersten beanspruchen können, als eine Art Definition dessen, was *natura aequum* ist, angesehen zu werden, auf das Schlagendste bestätigt wird. Zunächst geben die beiden folgenden Stellen, um zu erklären, was *natura aequum* sei, wörtlich den oben aufgestellten Satz in der zweiten Formulirung: *l. 14 D. 12, 6: nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem. — l. 206 D. 50, 17: hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem. Detrimentum* ist wie *damnum* nicht eine Vermögensminderung überhaupt, sondern ein zufälliger Nachtheil im Gegensatze zu einem selbstverschuldeten und selbstgewollten (*l. 203 D. 50, 17*). Dieser Charakter des *detrimentum* als eines nicht gewollten Nachtheils wird in der zweiten Stelle noch durch das beigesezte *injuria* hervorgehoben, eine Verletzung bedeutend, in deren Begriff es liegt, dass der Verletzte nicht eingewilligt habe (*l. 1. 5 D. 47, 10*.)

In seiner doppelten Formulirung aber enthält unseren Grundsatz *l. 6, 2 D. 23, 3: Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.*

III. Die Form, in welcher das Prinzip der *aequitas* zunächst auftritt, ist die eines Verbotes: Niemand soll reicher werden zum Schaden eines Anderen. Seine Wirkung auf das Privatrecht, für welches es gilt, ist demgemäss auch zunächst nur eine negative. Die rechtlichen Thatfachen müssen negirt d. h. aufgehoben werden, wenn sie jenem Verbote widersprechen.

Aus diesem negativen Verhalten muss jedoch die *aequitas* nothwendig zu einer positiven Wirkung umschlagen und zwar in doppelter Richtung.

1. Es fragt sich zunächst, wie wird die von der *aequitas* verlangte Aufhebung erforderlichen Falls herbeigeführt? Ein Widerspruch mit den Forderungen des Rechtes vernichtet die rechtliche Thatsache als solche ganz von selbst; nicht so ein Widerspruch mit den Forderungen der *aequitas*. Diese ist ein ausserhalb des Rechtes stehendes Prinzip, es ist für die rechtlichen Thatsachen daher keine innerliche Nothwendigkeit, ihr zu entsprechen. Sollen sie also wegen des Widerspruchs zu ihr aufgehoben werden, so muss eine auf dem Gebiete des Rechtes wirksame Gewalt diese Aufhebung Namens der *aequitas* an ihnen vollziehen. Das wird nun verschieden sein nach der besonderen Art der aufzuhebenden Thatsache: es kann eine allgemeine Verfügung des Rechtes selbst so lauten, dass der *aequitas* widersprochen ist, es kann aber auch nur die besondere Anwendung eines Rechtsinstitutes sein, was unter den obwaltenden Umständen die *aequitas* verletzt.

Ein Rechtsinstitut, welches darauf ausgeht, dem Einen einen Vermögensvorteil auf Kosten des Anderen ohne dessen Einwilligung zu verschaffen, kann im neuen *jus gentium* nicht bestehen bleiben. Es wird entweder durch die langsam wirkende Kraft des veränderten Rechtsbewusstseins stillschweigend abrogirt, oder durch einen ausdrücklichen Akt der Gesetzgebung förmlich aufgehoben. Im letzteren Fall ist eben dieser Aufhebungsakt eine positive Wirkung der *aequitas*. Allein derselbe gehört nicht dem Gebiete des Privatrechts an, auf diesem macht sich nur seine negative Wirkung bemerklich, die Entfernung des bisherigen Rechtsinstituts.

Einer einzelnen juristischen Thatsache gegenüber sind gesetzgeberische Akte und Gewohnheitsrecht nicht am Platze. Es müssen allgemeine Rechtsinstitute geschaffen werden, die im einzelnen Fall das Mittel gewähren, den ungerechten Erfolg aufzuheben. Solche Rechtsinstitute, welche bestimmt sind, der *aequitas* zu dienen, schuf vor allem das Edikt des Prätors. Es gehören hierher z. B. die *restitutiones in integrum* (l. 1 p. D. 4, 4) und die *exceptio doli* (l. 1, 1. D. 44, 4). Auch die *condictiones ob cau-*

samt dürfen hier genannt werden, deren Quelle zwar nicht so fest steht, deren Entstehung aber jedenfalls in eine Zeit fällt, wo schon das *jus gentium* mächtig war (*l. 66 D. 12, 6; Voigt conditiones ob causam §. 39*).

In der Schaffung dieser dem Gebiete des Privatrechts angehörigen Rechtsinstitute macht sich also eine positive Wirkung der *aequitas* bemerklich.

2. Wenn Alles aufgehoben wird, was der *aequitas* widerspricht, so ist es eben darum eine positive Forderung, dass alles Rechtliche, um in Gültigkeit zu bestehen, die Angemessenheit an die *aequitas* an sich trage. Das ist aber auf zweierlei Weise denkbar. Es kann eine Thatsache des Rechtes schon in ihrem innerlichen Kern gerechter Natur sein, so dass die *aequitas*, die schon in ihren wesentlichen Bestandtheilen enthalten ist, nicht auch noch äusserlich in selbständigen Thatsachen daran zu unterscheiden ist. — Es kann aber auch ein Rechtsinstitut ursprünglich in der Gesamtheit seiner Erfordernisse der *aequitas* zuwider sein, dann muss zu diesen — soll es anders bestehen bleiben — ein neues Erforderniss hinzutreten, welches die Bedeutung hat, dass das Rechtsinstitut mit ihm der *aequitas* entspricht. Ebenso, wenn eine einzelne Thatsache für sich ungerecht wäre, muss sie, um nicht wieder aufgehoben zu werden, von gewissen Umständen begleitet sein, mit denen zusammen sie doch noch ein der *aequitas* entsprechendes Ganze bildet.

Den Typus einer juristischen Thatsache, bei welcher es in Frage kommen muss, ob sie die *aequitas* nicht verletzt, bietet der Fall, wo Einer ein Vermögensstück erwirbt, das bisher einem Anderen gehört hatte. Eine solche Thatsache kann entweder gerecht oder ungerecht sein.

1) Ungerecht ist eine Thatsache, durch welche einseitig aus diesem Vermögen in jenes ein Werth gebracht wird, ohne dass der Beschädigte diesen Erfolg gewollt hätte.

2) Gerecht ist demnach eine derartige Thatsache möglicher Weise in zweierlei Art:

a) wenn sie zwar aus dem einen Vermögen dem anderen eine Bereicherung zuwendet, zugleich aber jenem auf Kosten des Bereichernden ein Aequivalent gewährt. Hier passt das Verbot nicht, weil Niemand reicher geworden ist.

b) wenn zwar einseitig das eine Vermögen auf Kosten des anderen vermehrt wird, aber mit dem Willen des Beschädigten. Hier ist der Begriff des *detrimentum* nicht gegeben, eine Concession der *aequitas* an das Prinzip des freien Willens!

Betrachten wir uns nun solch eine gerechte Thatsache der ersten Art, so springt in die Augen, dass sie im Verkehre nicht immer als ungetrenntes Ganze erscheint, vielmehr wird sehr häufig Verlust und ausgleichender Gewinn durch zeitliche und räumliche Schranken mehr oder weniger getrennt sein. In dieser Trennung stellen sich jene Momente als scheinbar selbständige Thatsachen dar, die dann jede für sich die Merkmale einer einseitigen Bereicherung an sich tragen und in die Classe der ungerechten Thatsachen fallen würden. Wenn man also eine solche beim ersten Anblick ungerechte Thatsache vor sich hat, muss man immer erst zusehen, ob es auch wirklich eine selbständig für sich bestehende sei, oder nur das eine Glied einer gerechten Thatsache. Das letztere ist der Fall, wenn sie in einem Zusammenhang mit einer anderen Thatsache steht, — die zeitlich vorausgehen oder nachfolgen kann, — und mit dieser zusammengenommen, eine einzige gerechte Thatsache bildet. Als Glied einer gerechten Thatsache ist sie dann selbst gerecht und der *aequitas* entsprechend. Den Charakter eines solchen Gliedes verleiht ihr aber das Vorhandensein jener zweiten Thatsache, welche demnach der Grund ist, wesshalb sie der *aequitas* entspricht. Eine Thatsache aber, bei deren Vorhandensein eine andere, auf welche sie sich bezieht, den Charakter der *aequitas* erhält, ist nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung eine *justa causa*. — In gleicher Weise kann denn auch die andere Art von gerechten Thatsachen in zwei gesonderten Momenten erscheinen: eine an sich ungerechte Bereicherung und daneben eine zweite Thatsache, welche den Willen des Benachtheiligten enthält, dass durch die erstere dieser Erfolg eintreten möge. Diese zweite Thatsache ist dann auch hier die *justa causa* für die erste, und wir haben sonach zweierlei Arten von *justae causae*, deren Vorhandensein, eine an sich ungerechte Bereicherung vor der *aequitas* rechtfertigt.

Wir werden im Folgenden eine verhältnissmässig normale Anwendung dieses Schemas bekommen. Doch ist zu bemerken, dass nicht überall die Bedeutung der *justa causa* so klar zu Tage tritt. Die leitenden Grundsätze müssen wohl die gleichen bleiben, aber

die Kette der Gedanken ist oft mehr oder weniger eine längere. — So bedarf es einer *justa causa* zur *restitutio in integrum*. Wenn Jemand wissentlich und willentlich durch Eingehung eines Rechtsgeschäftes ein Opfer aus seinem Vermögen gebracht hat, so ist diess eine gerechte Thatsache (nach obiger Eintheilung: von der zweiten Art). Ihre Wiederaufhebung würde der *aequitas* widersprechen und selbst eine ungerechte Thatsache sein. Stellt sich nun heraus, dass der Wille, ärmer zu werden, selbst von einer Beschaffenheit war, dass er nicht als vollgültig angesehen werden kann, — sei es wegen Irrthum, sei es wegen *minor aetas* und dergleichen, — so wird jenem Rechtsgeschäfte gerade das Element genommen, wodurch es der *aequitas* entspricht, seine Wiederaufhebung ist kein Verstoss gegen die *aequitas*, und jene Umstände sind *justae causae* für die *restitutio in integrum*. — Häufig ist auch der Gedankengang: wenn eine Thatsache eine andere an sich ungerechte hervorbringt, so muss die erste eine *justa causa* haben. Es wäre z. B. an sich ungerecht eine *restitutio in integrum* zu gewähren, wenn Jemand auf nicht ungerechte Weise durch seine Abwesenheit einen Nachtheil erlitten hat. Soll also trotzdem die Abwesenheit eine solche Hülfe veranlassen, so bedarf es für jene eines gerechten Grundes, wesshalb man ihr solche Wirksamkeit geben darf — einer *justa causa absentiae*.

Das Erforderniss einer *justa causa* für an sich ungerechte Thatsachen ist eine zweite positive Wirkung der *aequitas*. Hier hat sich denn auch die Stellung ergeben, welche unsere *justa causa* im Systeme der *aequitas* einnimmt.

Abschnitt I.

Die *justa causa traditionis*.

§. 1. Tradition in abstracto.

Tradition ist zunächst Besitzeinräumung; soll sie zu einem Eigenthumserwerbsakt werden, so muss sich damit der Wille der Betheiligten verbinden, Eigenthum zu geben und zu nehmen. Dass der, von welchem erworben werden soll, Eigenthümer, und der Erwerber erwerbsfähig sein muss, versteht sich von selbst. — *Theophilus*, der in seiner Paraphrase zu §. 40 *J. II, 1* diese Eigenthumserwerbsart zergliedert, weiss nichts davon, dass noch ein weiteres Erforderniss dazu gehörte; Stellen, wie *l. 9, 3; l. 21, 1; l. 25 D. 41, 1*, legen alles Gewicht nur auf den Willen, Eigenthum zu übertragen, der die Besitzeinräumung allein schon zu Eigenthumsübertragung macht, selbst da, wo sie gar nicht äusserlich wahrnehmbar hervortritt. Wir werden also gewiss nur auf ganz zwingende Gründe hin noch andere Thatsachen als Erforderniss des Erwerbsaktes anerkennen dürfen.

Nun werden in den Quellen gewisse Thatsachen, wie ein vorausgehender Kauf und dergleichen, als *justa causa* bei der Tradition bezeichnet; *l. 31 p. D. 41, 1: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*. Diesen Thatsachen ist hier offenbar zugleich eine gewisse Bedeutung für die Eigenthumsübertragung durch Tradition zugesprochen: eine *nuda traditio* vermag eigentlich niemals Eigenthum zu übertragen, doch thut auch sie es, wenn ein Kauf oder sonst eine *justa causa* vorausgeht. — Allein es kann gar Manches nothwendig werden für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes, ohne deshalb ein eigentliches Erforderniss desselben und ein Bestandtheil des Rechtsinstituts zu sein,

Es können im einzelnen Falle besondere Umstände eintreten, vermöge deren die eigentlichen Erfordernisse nicht ausreichen und einer Ergänzung bedürfen, oder ein eigentliches Erforderniss ist nicht in der gewohnten Weise, nicht am gewohnten Platze vorzufinden; solchen unvorhergesehenen Fällen gegenüber müssen ausserordentliche und deshalb ebenfalls unvorhergesehene Erfordernisse das Gleichgewicht wieder herstellen. Unter die Erfordernisse des Rechtsinstitutes sind aber diese nicht zu zählen, weil dasselbe eben nur auf den abstrakten normalen Fall berechnet werden muss. Niemals überträgt Tradition durch einen *pupillus* Eigenthum, es sei denn, dass die *auctoritas tutoris* dabei ist; also ist diese *auctoritas* von Bedeutung für die Wirksamkeit der Eigenthums-*tradition*, aber ein eigentliches Erforderniss derselben bildet sie nicht, weil eben ihre Nothwendigkeit besondere Umstände voraussetzt. — Wenn nun die obige Stelle geradezu nicht von der *traditio* schlechthin, sondern von einer *nuda traditio* spricht, so legt sie die Vermuthung nahe, dass auch die Bedeutung eines Kaufs und sonstiger *justae causae praecedentes* nur darin besteht, dass sie im einzelnen Falle eine besondere Mangelhaftigkeit der eigentlichen Erfordernisse der Eigenthumsübertragung durch Tradition ergänzen sollen; sie selbst aber wären nicht als ein eigentliches Erforderniss der Tradition anzusehen.

Zu diesem Resultate ist denn auch allmählich unsere Doktrin gelangt, seit man angefangen hat, das Wesen des Rechts und der Uebertragung von Rechten zu beachten. Noch bei Glück, Comment. Bd. VIII S. 90 ist eine *justa causa praecedens* d. h. eine vorausgehende Forderung, vermöge deren man Uebergabe verlangen kann, nothwendig, wenn man durch Uebergabe von Seiten des Eigenthümers die Proprietät an einer Sache erwerben soll.

Bei Puchta kämpfen bereits mit einander die Erkenntniss, dass alles Recht auf dem freien Willen beruht und folglich der Wille, Eigenthum zu begründen, genügen muss, um die Besitzerräumung zum Eigenthumswerb zu machen, und die hergebrachte Idee, dass es hiezu einer *justa causa* bedürfe. Hieraus entsteht ein seltsames Compromiss: nothwendig ist nur der übereinstimmende Wille Eigenthum zu geben und zu nehmen; aber — dieser Wille ist eben die *justa causa traditionis*. (Lehrb. und Vorles. §. 148). Nun lässt sich aber doch nicht die mindeste Berechtigung

nachweisen, weshalb man diesen Willen unter der *justa causa* verstehen dürfte; weder gestattet das der natürliche Wortverstand, noch weist irgend ein Quellenausspruch darauf hin. Im Gegentheil der Wille, Eigenthum zu geben, muss doch, wie Puchta selbst sagt, mit der Tradition sich verbinden, also mit ihr zugleich vorhanden sein; die Quellen aber bezeichnen als *justa causa* auch etwas der Tradition Vorausgehendes, — *justa causa praecesserit*, — insbesondere ein vom Traditionsakt selbständig unterschiedenes Rechtsgeschäft wie z. B. einen vorausgehenden Kauf; dieser Wahrnehmung kann sich auch Puchta nicht verschliessen, und sieht er sich dadurch zu einem weiteren Compromiss, diessmal mit den Quellen, genöthigt. Es lautet nämlich seine Darstellung in den Vorlesungen in Uebereinstimmung mit dem Lehrbuch vollständig: »Dieser Wille muss von beiden Seiten vorhanden sein, er ist die *justa causa traditionis*. Die *justa causa* ist das Rechtsgeschäft, welches den übereinstimmenden Willen Eigenthum zu geben und zu nehmen enthält, z. B. Kauf, Schenkung, Dos, Zahlung, Darlehen etc. Sie kann mit der Tradition gleichzeitig sein z. B. Schenkung, Zahlung, Dos, Darlehen, aber auch als besonderes Geschäft vorausgehen z. B. Kauf.« — Das ist allerdings den Quellen gegenüber eine Verbesserung; allein sie steht in offenbarem Widerspruche mit der ersten Behauptung, wonach die *justa causa* eben nicht im Kaufe, sondern in der nachfolgenden Tradition vorhanden sein müsste. Was soll das aber überhaupt heissen: der vorausgehende Kaufvertrag ist das Rechtsgeschäft, welches den Willen Eigenthum zu geben »enthält.« Der Kaufvertrag enthält nur den Willen verpflichtet zu sein, künftig Eigenthum durch einen neuen Willensakt zu übertragen, und das ist doch etwas ganz Anderes. Es kommt auch gar nicht darauf an, dass jener Wille im Kaufvertrage enthalten sei, wenn er nur bei der nachmaligen Tradition vorhanden ist. Das scheint aber auch Puchta sagen zu wollen: Der Kaufvertrag enthält den Nachweis, die Garantie dafür, dass bei der Tradition nachher der fragliche Wille vorhanden sei. Das »den Willen enthalten«, was Aufgabe des die *justa causa* bildenden Rechtsgeschäftes sein soll, stellt sich also beim Lichte betrachtet als nichts anderes heraus als: ein Indizium soll es abgeben für das Vorhandensein jenes Willens bei der nachmaligen Tradition.

Was Puchta nur widerwillig errathen läßt, hat v. Savigny Obligationenrecht Bd. II S. 254 ff. geradezu ausgesprochen. Zur Eigenthumsübertragung durch Tradition gehört nur der Wille Eigenthum zu geben; allein es ist nicht üblich, jenen Willen ausdrücklich zu erklären, und deshalb kann derselbe nur aus den umgebenden Umständen, insbesondere aus einer vorausgehenden Obligation geschlossen werden. Nur darin besteht also auch die Bedeutung der *justa causa* für die Tradition, dass sie einen solchen Schluss auf jenen Willen gestattet.

Von hier aus war noch ein Schritt weiter zu gehen: Nicht jedes Indizium auf den Willen, Eigenthum zu geben, ist eine *justa causa traditionis*. Nicken mit dem Kopfe ist möglicher Weise ein solches Indizium, und doch wird Niemandem einfallen, das eine *justa causa traditionis* zu nennen. Ferner versteht es sich von selbst, dass ein Indizium wegbleiben darf, wo direkter Beweis vorhanden ist; also ist die *justa causa traditionis* nur da von Bedeutung für den Eigenthumserwerb durch Tradition, wo der Wille, Eigenthum zu geben, nicht ausdrücklich erklärt wurde. Anknüpfend an v. Savigny's mehr gelegentliche Bemerkung hat das Stempel in seiner Schrift: Ueber die *justa causa* bei der Tradition, ausführlich dargethan: Einer *justa causa* bedarf es zum Eigenthumserwerb durch Tradition nicht, sondern nur des Willens Eigenthum zu übertragen. Dieser Wille kann aber entweder wörtlich ausgesprochen sein, oder durch konkludente Thatfachen, unter welchen wieder die *justa causa* sich auszeichnet (l. c. letzte S.). Hiemit ist der *justa causa* in der That eine bloss zufällige Bedeutung zugeschrieben, sie ersetzt nur den Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des Willens, der ein eigentliches Erforderniss bildet, oder eines anderen Indiziums für denselben.

Wenn Stempel damit das Richtige getroffen hat, so hat er das wohl vor Allem nur einem gewissen juristischen Gefühl für das wahre Wesen des Eigenthumsvertrages zu verdanken, denn von der *justa causa*, obwohl er über die Frage entscheidet, ob sie nothwendig sei oder nicht, hat er sich keine feste Ansicht bilden können. — Nach dem, wie wir in der Einleitung den Begriff der *justa causa* festgestellt, liegt die Sache für uns sehr einfach: Die Frage, ob die Tradition einer solchen bedarf, fällt

zusammen mit der anderen: widerspricht sie an sich d. h. ohne *justa causa* den Grundsätzen der *aequitas* oder nicht?

Hier kommt vor Allem in Betracht: Die Tradition gehört zu den sogenannten natürlichen Erwerbarten, welche ihre Quelle im *jus gentium* haben (*Gaj. II, 65; l. 1 p. D. 41, 1*). Um solcher Abstammung willen muss sie aber nothwendig die Angemessenheit an die Forderungen der *aequitas* in sich tragen, nicht als eine äusserliche Zuthat erkennbar; denn die *aequitas* ist das eigentliche Prinzip des *jus gentium* und die Institute, die dieses schafft, sind von vorneherein vom Geiste dieses Prinzips innerlich erfüllt; nicht wegen eines äusserlichen Zwanges, sondern ihrer inneren Natur nach müssen sie ihm entsprechen. — Dass die Tradition ohne *justa causa* diess auch wirklich thut, und in welcher bestimmten Weise sie es thut, ergibt sich positiv aus einer Vergleichung mit dem oben aufgestellten Schema der Erwerbakte. Ein Erwerbakt, der sich gründet auf Besitzübertragung mit dem beiderseitigen Willen, dass Eigenthum übergehe, fällt in die zweite Klasse der an sich gerechten Thatsachen, wie wir sie dort aufgeführt haben: Das Vermögen des bisherigen Eigenthümers wird um den Werth der Sache vermindert, aber diese Verminderung beruht auf seiner Einwilligung und verstösst darum nicht gegen die *aequitas*. — Endlich bestätigen die Angemessenheit der Tradition an dieselbe und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf den von uns oben angegebenen Grund *l. 9, 3 D. 41, 1: Haec quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitate quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*; — und wörtlich gleichlautend §. 40 J. II, 1.

Damit ist für uns die Frage entschieden: Der in Besitzübergabe mit dem Willen, Eigenthum zu übertragen, bestehende Eigenthumserwerbakt, welcher an sich schon der *aequitas* entspricht, bedarf keiner *justa causa*, welche diese Rechtfertigung erst noch zu bewerkstelligen hätte; die *justa causa* ist kein Erforderniss, kein Bestandtheil des Rechtsinstituts der Tradition und deshalb muss der von diesem verheissene Eigenthumserwerb im einzelnen Falle vor sich gehn, so bald nur jene Voraussetzungen — Besitzerrückung und Eigenthumsvertrag — *in concreto* gegeben sind.

Allein damit ist die Sache bei Weitem noch nicht abgethan. Es gibt ja dennoch eine *justa causa traditionis*, so viel steht einmal fest; Thatsachen, wie ein Kauf und dergleichen, werden von den Quellen ausdrücklich so genannt. Bei dem Rechtsgeschäfte, wie wir es bisher kennen gelernt, ist eine Rechtfertigung vor der *aequitas* nicht denkbar; jene Thatsachen können also bei ihm nur irgend eine andere Funktion ausüben, etwa die eines Indiziums, wie v. Savigny und Strempelel darthun; aber wegen einer solchen anderen Funktion können sie eben nicht *justa causa* heißen. Daraus folgt, dass wir unser Rechtsgeschäft doch noch nicht vollständig kennen gelernt haben, dass noch eine Seite daran herausgefunden werden muss, wo es nicht mehr so absolut der *aequitas* entspricht, sondern erst noch einer Rechtfertigung durch eine *justa causa* bedarf. — Auf den nämlichen Schluss hätte Strempelel kommen müssen; nicht jedes Indizium für den Willen, Eigenthum zu übertragen, nennt er eine *justa causa*; darum kann aber auch die besondere Art von Indizien, welche er *justae causae* nennt, nicht deshalb so heißen, weil sie ein solches Indizium sind. Diese Thatsachen müssen also ihren besonderen Namen anders woher haben, wo sie ihn aus irgend einem Grunde verdienen. Es ist gar keine andere Möglichkeit, als dass eben diese Thatsachen, welche hier als Indizien fungiren, daneben noch eine andere Funktion ausüben, von welcher sie jenen Namen her haben, und die eben deshalb ihre Hauptfunktion ist. Nach dieser hat aber Strempelel nicht einmal gefragt, obwohl er vielfach nahe genug damit in Berührung kommen musste, und darum enthält auch seine ganze Schrift gar keinen Versuch zur Feststellung des eigenen Wesens der *justa causa*, sondern nur eine Darlegung einer untergeordneten Thätigkeit derselben.

Die Frage ist also jetzt: wie kommen wir doch noch zur Nothwendigkeit einer *justa causa* bei der Tradition? haben wir wirklich bisher irgend ein Element nicht beachtet, welches sie nothwendig machen kann? Wir müssen uns nur klar werden über den Standpunkt, den wir bisher eingenommen haben; es war der abstrakte Standpunkt der Theorie des Rechtsinstituts. Das Rechtsinstitut muss allgemeine Regeln aufstellen, nach welchen die einzelnen juristischen Thatsachen sich richten sollen; eben deshalb muss es aber auch die Erfordernisse, die es aufstellt, der Mannich-

faltigkeit der Zusammenhänge entkleiden, in welcher sie in Wirklichkeit erscheinen; es setzt statt des lebendigen und von allen Bedingungen des Lebens umgebenen Daseins den losgelösten, den abstrakten Begriff. Nun kann es allerdings sagen: wir verlangen zum Eigenthumsübergang durch Tradition den darauf gerichteten Willen des Verlierenden, folglich entspricht dieser Erwerb der *aequitas* und bedarf keiner *justa causa*. Allein wenn nun das Rechtsinstitut als einzelnes praktisches Rechtsgeschäft zur Anwendung kommt, so findet sich der Wille, den es vorausgesetzt hat, nicht in der Abstraktheit, wie es ihn voraussetzen musste. Jeder Wille ist hier nur eine Lebensäußerung eines vernünftigen denkenden Subjekts; er ist hineingesetzt in den Zusammenhang aller verschiedenerlei Wünsche und Triebe, Meinungen und Willensrichtungen gleichartiger und widersprechender Natur, die das Leben des Geistes ausmachen. Ob er bei der nothwendigen Wechselwirkung so ganz unbeeinträchtigt bleiben wird? ob nicht nach dem ganzen Zusammenhang, in welchem das Rechtsgeschäft für die Meinung und das Wollen des Tradenten steht, vielleicht doch Fälle eintreten, wo gesagt werden muss: der Tradent hat seine Sache weggeben, aber doch dadurch nicht ärmer werden wollen? das ist die Frage, die neuerdings an uns herantritt, sowie wir den abstrakten Standpunkt des Rechtsinstitutes verlassen und heraustreten auf den praktischen Boden der Erscheinung desselben als einzelnes Rechtsgeschäft, als einer von Menschen vollzogenen Handlung.

§. 2. Tradition als einzelnes Rechtsgeschäft.

Die Tradition als einzelnes Rechtsgeschäft ist Handlung d. h. eine Aeußerung des Willens einer Person. Dieser Wille schlägt nicht mit der Unberechenbarkeit des Zufalls von selbst bald hier hin bald dort hin; um ihn in einer bestimmten Richtung in Bewegung zu setzen, bedarf es einer treibenden Kraft. Im Innern der Person entsteht der Wille, also muss auch die Kraft, die ihn hervorbringen soll, eine innerlich wirkende sein, und dieses innerliche bewegende Element ist es, was wir den Beweggrund nennen. Als solche Beweggründe spielen denn die subjektiven Gefühle und Empfindungen in ihrer ganzen Mannichfaltigkeit ihre

Rolle; Hass und Liebe, Furcht und Hoffnung sind die Quellen der Handlungen.

Aber auch diese Beweggründe entstehen im Innern nicht spontan, sondern durch den Einfluss der Aussenwelt werden sie hervorgerufen; irgend eine äusserliche Thatsache, die das Subjekt angeht, weckt in ihm die Furcht oder die Hoffnung, welche es dann wieder zum Handeln bestimmt; irgend ein äusserliches Verhältniss, in welchem es zu anderen Subjekten steht, ist der Grund seines Wohlwollens oder seines Uebelwollens. Der Weg, auf welchem diese äusserlichen Thatsachen und Verhältnisse subjektive Gefühle hervorbringen, ist der, dass sie durch die Sinne in's Bewusstsein aufgenommen werden, und das Bewusstsein derselben, der Gedanke an sie, erzeugt dann erst wieder das treibende Gefühl, den Beweggrund: nicht die Gefahr bewegt zur Flucht, sondern das Bewusstsein der Gefahr erregt die Furcht und aus dieser fliesst die entsprechende Handlung. Hieraus folgt aber, dass für die Entstehung des Willens die objektive Existenz der äusserlichen Thatsachen gleichgültig ist, denn alles kommt hiefür nur auf das subjektive Bewusstsein davon an; waren sie objektiv, aber dem Subjekte unbewusst, vorhanden, so geben sie keinen Beweggrund ab; umgekehrt besteht ein ausreichender Beweggrund, wenn sie thatsächlich fehlen, aber der Gedanke an sie vorhanden ist: auch eine vermeintliche Gefahr, auch eine erwartete Gefahr erzeugt die Furcht, obwohl die Gefahr selbst im ersten Falle überhaupt nicht, im zweiten wenigstens zur Zeit noch nicht vorhanden ist.

Das Gegenstück zum Beweggrund der Handlung ist ihr Zweck. Um den Willen in Bewegung zu setzen, übt der Beweggrund einen gewissen Druck; durch die Handlung, die er auf diese Weise hervorbringt, will das Subjekt sich von diesem Drucke befreien. Die Furcht soll beseitigt, die Hoffnung erfüllt, das Wohlwollen befriedigt werden; diese Befreiung durch Aufhebung des Beweggrundes ist der Zweck der Handlung und ihre Richtung auf diesen Zweck die Absicht.

Mit Beweggründen und Zwecken, weil sie einmal im Wesen des Willens liegen, muss natürlich auch die römische Jurisprudenz rechnen; allein ein bewusstes Auseinander dieser beiden Begriffe und eine Fixirung derselben in feststehenden technischen Ausdrücken dürfen wir bei ihr nicht erwarten; dafür sind sie viel zu abstrakter Natur

und der antike Geist hält sich lieber an die äusserliche greifbare Erscheinung. — Sehr häufig tritt uns der Ausdruck entgegen: *causa* der Handlung, *causa*, wegen deren gehandelt und insbesondere gegeben wird. *Causa* ist der Grund, und es fragt sich, ob dieser Begriff nicht zusammentrifft mit dem, was wir Beweggrund nennen. Es muss hier vor Allem eine Eintheilung auffallen, die *l. 52 D. 12, 6* aufstellt. *Damus aut ob causam aut ob rem; ob causam praeteritam... ob rem vero datur, ut aliquid sequatur.* Ganz ähnlich äussert sich *l. 52 D. 12, 6*. Das, weswegen gegeben wird, ist hier danach eingetheilt, ob es vorhergeht oder nachfolgt; ersteren Falls heisst es *causa*, ausserdem *res*. Der Ausdruck *res* bezeichnet den Umstand schlechthin an sich und die Beziehung zur Handlung wird ihm erst gegeben durch das vorgesetzte *ob*. Es ist daher kein Widerspruch, wenn andere zahlreiche Stellen auch den nachfolgenden Umstand *causa* d. h. Grund der Handlung nennen, um schon im Worte selbst die Beziehung auf diese auszudrücken. *l. 2; l. 6 D. 12, 4; l. 4 D. 12, 7*. Wir dürfen also den Ausdruck *causa* für beides gelten lassen. — Aus jener Eintheilung ergibt sich aber mit Gewissheit: die *causa* der Handlung bei den römischen Juristen kann nicht dasselbe bedeuten, was wir Beweggrund nennen. Denn der Beweggrund als innerliche Thatsache, die die Handlung erzeugt, muss der Handlung immer vorausgehn. Was möglicherweise derselben auch nachfolgen kann, ist nur die entsprechende äusserliche Thatsache, davon der gegenwärtige Gedanke den Beweggrund abgibt; nur diese also kann die *causa ob quam datur* sein sollen.

Diess findet noch bezüglich eines anderen Punktes seine Bestätigung. Es heisst in den Quellen so und so oft: die Handlung, das Geben war ohne *causa* oder hatte nur eine *falsa causa*, also keine wirklich vorhandene. Beweis ist jeder Satz des *Tit. D. de conditione sine causa*. Jenes innerliche Gefühl aber, das wir den Beweggrund nannten, muss immer wirklich vorhanden sein, damit die Handlung entstehe; fehlen kann nur die äusserliche Thatsache, welche es hervorgerufen hat, d. h. das Bewusstsein jener äusserlichen Thatsache, welches es eigentlich ist, was den Beweggrund hervorruft, kann auch ein irriges sein; die *causa* also, welche bei einer Handlung fehlen kann, ist nicht der Beweggrund,

sondern dessen objektiven Ausgangspunkt, die entsprechende äusserliche Thatsache.

Wenn die römische *causa ob quam* unseren Beweggrund nur unvollkommen deckt, so finden wir gar kein lateinisches Wort, welches den Sinn von unserem Zweck nur annähernd wieder gäbe. *Propositum*, welches man gewöhnlich dafür anführt, heisst das Gewollte überhaupt, also ebensogut die Handlung selbst, als das, was weiter mit dieser Handlung erreicht werden soll, der Zweck; beides ist *propositum*. Der lateinischen Sprache selbst fehlt der Begriff des Zweckes, und die Juristen sind deshalb genöthigt zu Umschreibungen zu greifen. Zu solchen dient z. B. ein ganzer Satz, besonders mit *ut*, — *l. 20 D. 12, 1; l. 1 p. D. 39, 5*; — noch viel häufiger die zur Präposition gewordenen Ablative *causa* und *gratia* mit einem Gerundium oder Gerundivum *l. 30, 7 D. 35, 2; l. 39 D. 41, 2*. — Endlich kann auch das Wort *causa* selbst benutzt werden, um mittelbar den Zweck zu bezeichnen. Wie die Richtung des Stosses den Lauf der Kugel, so bestimmt die besondere Art des Beweggrundes der Handlung ihren Zweck, kennt man also den obwaltenden Beweggrund, so hat man damit zugleich auch den Zweck gegeben, und sofern der Beweggrund selbst wieder aus der entsprechenden äusserlichen Thatsache hervorgeht und bestimmt wird, mag auch die *causa* selbst mittelbar zur Kennzeichnung des verfolgten Zweckes dienen. Es gibt z. B. Jemand wegen eines obligirenden Fideikommisses (*ex causa fideicommissi*) Grundstücke heraus: dass der Zweck dieser Handlung die Tilgung der Fideikommissobligation sei, ist damit so deutlich ausgesprochen, dass ihr sofort das *legatum solvere*, die Handlung mit dem Zwecke der Tilgung der Legatsverbindlichkeit gegenübergestellt werden kann. (*l. 5, 1 D. 50, 15*). — Die Handlung geht von der *causa* und dem Beweggrund aus; ihr Zweck ist, den Druck zu beseitigen, den der Beweggrund übt, und somit zielt die Handlung selbst wieder rückwärts auf den Beweggrund und auf die *causa*, — falls nicht, wie wir noch einen Fall werden kennen lernen, der Beweggrund sich selbständig von der *causa* gelöst hat. Die Richtung der Handlung auf die *causa* (*in causam*) gibt also ihren Zweck so genau als möglich wieder. Es will z. B. eine Frau ihrem Manne Geld verschaffen und borgt sich deshalb welches von einem Dritten; das *credere pecuniam marito* ist die äusserliche in der

Zukunft liegende Thatsache, die ihr bei ihrer Handlung vorschwebt, um deren willen sie Geld entlehnt; es ist die *causa mutuandi* für sie. Ihre Handlung hat den Zweck diese Thatsache zu ermöglichen, ihre wirkliche objektive Existenz herbeizuführen und diese Richtung auf die *causa*, welche den Zweck ausmacht, bezeichnet der Ausdruck *mutuatur in hanc causam l. 17 p. D. 16, 1*. Aehnlich *l. 49 D. 24, 1*; *Paul. 31, 29*. —

Es wäre eine recht oberflächliche Art, wenn man, statt das Verhältniss der *causa* zu Beweggrund und Zweck, um dessen willen eben ihre besondere Beschaffenheit zugleich zur Kennzeichnung des besonderen Inhalts der beiden Letzteren dienen kann, zu erforschen, kurzweg sagen wollte: *causa* bedeute ausser den Beweggrund, materiellen Grund, rechtlichen Grund, oder wie man sonst die eigentliche Bedeutung der *causa* als Ausgangspunkt der Handlung wiederzugeben sucht, auch noch den Zweck. Wem freilich, wie Puchta Vorl. §. 257, Grund und Zweck der Handlung ganz das Nämliche bedeuten, der ist auch berechtigt, beides mit einem Worte bezeichnet sein zu lassen, für den ist *causa* selbstverständlich auch der Zweck, nachdem sie einmal den Grund bedeutet. Allein diese Berechtigung ist doch nur erkaufte durch eine Vermengung zweier sehr verschiedener Begriffe, ein terminologischer Fehler ist vermieden durch einen logischen Fehler. — *Voigt, conditiones ob causam* führt im Eingang (§. 8) sieben Stellen auf, in welchen *causa* den Zweck bedeuten soll. Wenn wir dieselben aber näher ansehen, so enthält *l. 3, 6 D. 15, 1* eine *causa praeterita*, — nämlich eine vorausgehende fremde oder eigene Obligirung, die jetzt zum *solvi mandare* antreibt, — und vom Zwecke ist dabei zunächst gar keine Rede; die übrigen Stellen aber sprechen von einer künftigen Thatsache, um deren willen geschenkt, mutuiert, tradirt wird, von einer richtigen *causa futura*, die allerdings den Zweck, auf welchen daneben hingewiesen wird, deutlich genug erathen lässt, aber darum doch keineswegs den Zweck bedeuten muss. — Jedenfalls hätte man sich am allerwenigsten durch Ausdrücke, wie *solvendi causâ*, *credendi causâ* irre machen lassen sollen, wie Puchta, der sich dadurch bestimmen lässt, den Zweck der Zahlung und den Zweck der Begründung einer Obligation als Arten der *causae* aufzuführen (Lehrb. §. 148 Anm. e), oder wie Arnolds, der geradezu in den Ausdrücken *donandi causâ* und *implendae conditionis*

causa eine *causa donandi* und *implendae conditionis* findet (Lehrb. §. 233. Anm. 2). Jener Ablativ ist einmal eine reine Präposition geworden mit der festen Bedeutung: wegen, behufs, oder um — willen, ganz wie der Ablativ des Wortes *gratia*. Den Ausdruck *donandi gratiâ* wird sicherlich Niemand in eine *gratia donandi* auflösen wollen. Bei der *causa* aber, so scheint es fast, soll alles möglich sein. — Arndts begnügt sich übrigens nicht damit, die *causa* auf die entgegengesetzte Seite des Zweckes hinüberzuwerfen, sondern er läßt ihr nicht einmal den objektiven Charakter, den sie dabei doch noch behielte: sie ist ihm die subjektive Richtung des Willens auf den Zweck, die Absicht. Lehrb. §. 145: »Dem Willen der Eigenthumsübertragung liegt immer irgend eine rechtliche Absicht zum Grunde, *causa traditionis*.« Mit dieser Bedeutung »zu Grunde liegen« soll, nebenbei bemerkt, die eigentliche Bedeutung des Wortes *causa*, Grund, abgefertigt werden. Nehmen wir aber nur ein Beispiel: der Universalfideikommissar, der in *l. 34 D. 12, 6 quasi implendae conditionis gratiâ* gegeben hat, hatte doch gewiss eine rechtliche Absicht; gleichwohl heisst es ausdrücklich: *causam dandae pecuniae non habet*; die wahre *causa* hatte also gefehlt. — Es zeigt sich, wie nothwendig es ist, an dem objektiven Charakter der römischen *causa* festzuhalten; gerade in dieser Beziehung wird sie von unserer modernen Wissenschaft am leichtesten verkannt, weil es derselben schwer fällt, von ihrer tieferen Kenntniss der subjektiven Welt und ihrer einzelnen Erscheinungen keine Anwendung zu machen.

So haben wir denn im Zwecke ein neues Element des Willens kennen gelernt, welches die abstrahirende Theorie des Rechtsinstitutes unberücksichtigt läßt, welches aber im konkreten Rechtsgeschäfte den Willen des lebendigen Subjektes erfüllt. Der Wille eines Tradenten, wie er in Wirklichkeit vorkommt, ist nicht, wie das Rechtsinstitut annehmen musste, schlechthin nur auf Eigenthumsübertragung gerichtet, sondern er will neben der Tradition und durch die Tradition noch einen weiteren Erfolg erreichen, an dem er eine Befriedigung, ein Interesse hat, der ihm irgend einen Vortheil gewährt. Sonach ist der eigentliche Wille des Tra-

dentem, wie wir den konkreten Willen nennen können, stets auf ein Gesamtergebnis gerichtet, welches sich zusammensetzt:

1. aus dem unmittelbaren Erfolge seiner Handlung, dem Eigenthumsübergang.

2. aus dem Zwecke, dem irgend wie beschaffenen Vortheile, der damit erreicht werden soll.

Jener erste Faktor bleibt bei jeder Art von Tradition der gleiche: er enthält für den Tradenten jedes Mal eine Minderung seines Vermögens um den Werth der tradirten Sache; der bezweckte Vortheil aber kann verschiedener Art sein und hienach muss sich auch ein verschiedenes Gesamtergebnis und eine Verschiedenheit des darauf gerichteten eigentlichen Willens herausstellen. Vom Standpunkte des Vermögens, — und auf den müssen wir uns ja bei Fragen der *aequitas* stellen, — sind im Allgemeinen zwei Arten von Zwecken zu unterscheiden: sie stellen nämlich entweder einen Vermögensvortheil für den Tradenten vor oder nicht.

1. der Tradent bezweckt einen Vermögensvortheil. Die Tradition, die an sich für ihn ein reines Opfer ist, soll zugleich das Mittel sein zur Erreichung desselben; die Mittel aber, welche der vernünftige Wille wählt, müssen zum Zwecke im Verhältnisse der Angemessenheit stehen. Deshalb wird der bezweckte Vermögensvortheil die Aufgabe haben, dem Werthe der tradirten Sache angemessen zu sein, d. h. zum mindesten ein Aequivalent derselben für den Tradenten vorzustellen. Was also hier der Tradent eigentlich will, setzt sich zusammen:

- a) aus der unmittelbaren Wirkung der Tradition, der Vermögensminderung um den Werth der tradirten Sache —
- b) aus dem bezweckten Vortheile, der Vermögensmehrung um mindestens den gleichen Werth. —

Das gemeinsame Resultat beider Thaten ergibt eine einfache Addition: es ist jedenfalls keine Vermögensminderung, denn die beiden Summanden gleichen sich aus. Der Tradent will thatächlich doch nicht ärmer werden, und wenn alles geht, wie es soll, wird er's auch nicht, weil eben durch den bezweckten Vortheil der Verlust, der in der Tradition liegt, wieder aufgewogen wird. Sonach erscheint hier die Tradition als eine Thaten, welche der ersten Klasse von der *aequitas* entsprechenden Thaten unserer obigen Eintheilung angehört.

2. Der Tradent bezweckt irgend einen andern Vortheil. Das gewollte Gesamtergebnis der Tradition setzt sich hier zusammen:

- a) aus der Vermögensminderung,
- b) aus dem Vortheil, den das Subjekt auf irgend einem andern Theile davon hat.

Weil hier der zweite Faktor auf einem andern Gebiete sich bewegt, so wird durch ihn die Wirkung des ersten nicht beeinträchtigt. Es bleibt deshalb auch das gewollte Gesamtergebnis der Tradition für das Vermögen des Tradenten für sich betrachtet ein reiner Nachtheil, mag auch der Tradent von ihr sonst auf irgend einer Seite seine Befriedigung haben. Dieses Gesamtergebnis ist aber eben das vom Tradenten eigentlich gewollte und deshalb die Tradition hier eine der *aequitas* entsprechende Thatsache von der zweiten Art: eine Thatsache, durch welche Jemand ärmer wird an seinem Vermögen, aber mit seinem Willen. —

Hat sich schon im Bisherigen ein wesentlicher Unterschied für das Verhältniss zur *aequitas* ergeben zwischen der Tradition *in abstracto* und dem einzelnen Rechtsgeschäft, indem das letztere der *aequitas* auch in anderer Weise entsprechen kann, als dadurch dass es den Willen, ärmer zu werden, enthält, so zeigt sich nun auch noch ein grösserer Gegensatz, indem das konkrete Traditionsgeschäft in seinem Erfolge möglicher Weise der *aequitas* sogar widerspricht. — Es ist nicht nothwendig, dass das, was der Handelnde mit seiner Handlung will, auch wirklich erreicht werde; es ist möglich, dass sie nicht einmal die unmittelbare Wirkung hervorbringt, die erwartet wird, weil äusserliche Umstände diese verhindern. Noch viel leichter aber ermangelt der Erfolg, den sie über diese unmittelbare Wirkung hinaus haben soll, weil er eben auch dem Machtbereiche des handelnden Willens ferner liegt. Es kann sein, dass der unmittelbare Erfolg einer Handlung überhaupt und so auch einer Tradition erreicht wird, und doch der Zweck, mehr äusserlichen Einflüssen ausgesetzt, sich nicht erfüllt. Dann ist das Resultat, welches sie hervorbringt, kein zusammengesetztes mehr, sondern es bleibt einzig und allein die reine Vermögensminderung als Wirkung der Traditions-handlung bestehend. Welches sind nun die Folgen einer solchen Vereitelung des Zweckes auf das Verhältniss der Tradition zur *aequitas*? Wo der Zweck

auf einen Vermögensvortheil gerichtet war, ist die Sache klar: der Tradent hatte durch die Tradition nicht ärmer werden wollen; erfüllt dieselbe aber nun ihren Zweck nicht, so wird er thatsächlich doch ärmer. Die Tradition ist eine Thatsache, durch welche der Tradent ohne seinen Willen ärmer wird, eine Thatsache, die in ihrer Wirkung auf das Vermögen der *aequitas* widerspricht. Aber auch da, wo irgend ein anderer Vortheil bezweckt war, hat die Vereitelung des Zweckes keine anderen Folgen. Man könnte sagen: wo der Zweck für das Vermögen gleichgültig ist, ist er's auch für die *aequitas*; die Vermögensminderung ist einmal gewollt, und bleibt gewollt, ob der daneben gewollte anderweite Vortheil eintritt oder nicht. Solches wäre aber eine Verkennung der Einheit des Bewusstseins; wie diesem seine Willenshandlung erscheint, zerlegt es nicht: nach dieser Seite meines Daseins hin will ich verlieren, noch jener gewinnen; sondern das Urtheil über eine solche Handlung erfasst sie im Ganzen. Sie soll nicht schlechthin nachtheilig sein, das ist die eigentliche Meinung, sondern irgend einen Genuss, eine Befriedigung gewähren. Bleibt nun dieser Vortheil aus, so darf man uns nicht vorrechnen: den Nachtheil hast du auch gewollt und desshalb bleibt der dir nun allein. Vielmehr, wenn der Ersatz, welchen der Zweck auf einem ausserhalb des Vermögens liegenden Gebiete gewähren sollte, vereitelt wird, ist die Tradition gegen den Willen des Tradenten schlechthin nachtheilig gewesen; sie widerspricht bei nichterreichtem Zwecke auch hier als eine nichtgewollte Vermögensminderung zu Gunsten des Empfängers der *aequitas*, weil eben der Wille, am Vermögen ärmer zu werden, dem Tradenten nur angerechnet werden darf, wenn der anderweite Zweck erreicht ist.

So kommen wir denn zu dem allgemeinen Satze: welches auch der Zweck des Tradenten gewesen sein mag, so ist die Tradition, wie sie als einzelnes Rechtsgeschäft erscheint, sofern jener Zweck vereitelt wird, eine Thatsache, durch welche der Tradent gegen seinen Willen zu Gunsten des Empfängers ärmer, folglich der Empfänger zum Schaden des Tradenten reicher wird, und steht desshalb im Widerspruch mit dem Prinzip der *aequitas*. Was aber das für Folgen haben muss, wissen wir bereits aus der Einleitung: das was der *aequitas* widerspricht, muss unschädlich gemacht, muss aufgehoben werden. Um nun zu sehen, in welcher

Weise diess hier zu geschehen hat, haben wir uns die eigenthümliche Doppelstellung der Tradition zu vergegenwärtigen, die nicht scharf genug hervorgehoben werden kann. Es besteht unter diesem Namen ein Rechtsinstitut, welches verheisst: wenn Einer mit dem Willen, Eigenthum zu geben, den Besitz einer Sache einem Andern einräumt und der andere ergreift ihn mit dem Willen, Eigenthum zu erwerben, so soll Eigenthum übergehen. Weil es eine Vermögensminderung auf den Willen des Verlierenden stützt, konnte dieses Rechtsinstitut unbehelligt von der *aequitas* bestehen bleiben. Nachdem es aber einmal in Kraft besteht, muss auch in jedem einzelnen Falle, wo seine Voraussetzungen verwirklicht werden, seine Verheissung sich erfüllen: es muss Eigenthum übergehen, wenn Einer Besitz einräumt mit dem Willen, Eigenthum zu geben, und der Andere Besitz ergreift mit dem Willen, es zu erwerben. — In solchem einzelnen Falle erscheint aber der Wille des Tradenten nicht mehr in jener abstrakten Reinheit, sondern vermischt mit der Richtung auf den Zweck und diese Mischung bewirkt, dass das einzelne Traditionsgeschäft nur dann der *aequitas* entspricht, wenn der dabei obwaltende Zweck des Tradenten erreicht ist. Ohne den Nachweis des erreichten Zweckes ist das einzelne Traditionsgeschäft, obwohl nach den Regeln eines gerechten Rechtsinstitutes vollzogen, eine ungerechte Bereicherung zum Schaden des Tradenten.

Hinach bestimmt sich die Art und Weise, in welcher die von der *aequitas* hier verlangte Aufhebung vollzogen werden muss. Es handelt sich um einzelne Thatfachen des Rechtsverkehrs, welche nicht wie eine gesetzliche Bestimmung von selbst durch die Wirkung des Prinzips im Rechtsbewusstsein des Volkes in Wegfall kommen können; es bedarf daher einer besonderen Vorrichtung, eines besonderen Rechtsmittels, um das von der *aequitas* Gewollte zu vollziehen. — Dieses Rechtsmittel soll dem betreffenden Tradenten das wieder verschaffen, was er ungerechter Weise aus seinem Vermögen verloren hat; es gestaltet sich demnach zu einer dem Tradenten von der *aequitas* verliehenen Klage. — Dabei soll es aber den Eigenthumsübergang, gegen den ja nichts mehr einzuwenden ist, bestehen lassen; darum muss es eine persönliche Klage gegen den Empfänger sein auf Herausgabe des ungerechten Gewinnes.

Das römische Recht verleiht unter dem Namen *condictiones* gewisse Klagen, die alle diese Bedingungen erfüllen, und von welchen überdiess die wichtigsten sich ausdrücklich auf die *aequitas* berufen (*l. 65, 5; l. 66 D. 12, 6; l. 32 D. 12, 1; l. 3, 7 D. 12, 4*). Der Zusammenhang dieser *condictiones* mit der Vereitelung des Zweckes einer Tradition, lässt sich nur erkennen bei einer Betrachtung der einzelnen Arten von Zwecken mit ihren Beziehungen zur *causa* der Handlung und zum Beweggrund, welchen dann das System derjenigen römischen *condictiones* gegenüber zu halten ist, welche aus dem Principe der *aequitas* hergegangen sind; und hievon müssen wir zur Erläuterung des Gesagten im Folgenden noch eingehender handeln.

§. 3. Arten der Zwecke.

Wir werden hier an der oben schon erwähnten Haupttheilung festhalten und unterscheiden deshalb Zwecke, die sich auf das Vermögen beziehen, und andere Zwecke.

I. Der Tradent bezweckt mit der Tradition einen Vortheil für sein Vermögen.

Wenn man fragt, in welcher Weise die Eigenthumsübertragung, die ja zunächst nur eine Vermögensminderung ist, doch zugleich auch eine Vermögenmehrung bewirken könne, so lässt sich hiefür eine doppelte Möglichkeit denken: entweder so, dass durch eine allgemeine und im Voraus existente Macht ein solcher Erfolg mit der Tradition verknüpft wird, indem dieselbe die Bedingungen für das Eingreifen jener erfüllt; oder aber so, dass die Tradition zunächst eine andere, vermittelnde Thatsache hervorbringt, die dann wieder eine Vermögenmehrung für den Tradenten zur Folge hat. Wenn aber die erstere Möglichkeit gegeben ist, so muss angenommen werden, dass Jeder, dem es wirklich um einen Vermögensvortheil zu thun ist, diesen einfacheren Weg wählt, um ihn zu erreichen, und nicht erst den Umweg einschlägt, zuvor eine andere Thatsache hervorzubringen, die ihn erzeugen soll; wer anders verfährt, der ist dafür anzusehen, als habe er es eigentlich auf diese andere Thatsache abgesehen, und sein Zweck muss als erreicht gelten, wenn nur diese herbeigeführt wurde; was er dann für weitere Wirkungen von dem erreichten Zwecke erwartete, ist gleichgültig. — Nun besteht in der That eine solche allgemeine Macht, die im

Voraus bestimmt, dass unter Umständen sich mit gewissen Thatsachen ein Vermögensvorteil verbinden soll, und das ist das Recht; jeder Zweck, der auf einen Vortheil für das Vermögen wirklich gerichtet ist, ist deshalb ein vermögensrechtlicher Zweck.

Der Tradition insbesondere verleiht das Recht diese Wirkung auch nur in zweierlei Art: indem es durch sie eine Schuld des Tradenten tilgen (Zahlung) oder eine Forderung für ihn begründen lässt (Realkontrakt).

1. Tradition zum Zwecke der Tilgung einer Verbindlichkeit (*solvendi causâ*).

Beweggrund ist hier das Gefühl der rechtlichen Gebundenheit, welches hervorgebracht wird durch das Bewusstsein einer bestehenden Obligation auf Eigenthumsübertragung. Die äusserliche Thatsache, davon das Bewusstsein den Beweggrund abgibt, ist also die Begründung einer Obligation auf Eigenthumsübertragung, eine *causa debendi*, und diese *causa debendi* ist deshalb zugleich die *causa ex qua traditur*. Solche *causae* sind: *venditio* (l. 48 D. 41, 3), *donatio* als Schenkungsversprechen (*Gai. II, 20*), *stipulatio* (l. 3 D. 41, 10), *promissio dotis*, Damnationslegat und andere. — Die Handlung, welche aus *causa* und Beweggrund von dieser Art hervorgeht, ist darauf gerichtet, das Subjekt von dieser rechtlichen Gebundenheit zu befreien; die Aufhebung des durch die *causa* begründeten Zwanges ist ihr Zweck, und den erfüllt die Tradition, indem durch die Hingabe des geschuldeten Gegenstandes die Obligation getilgt wird. —

Allein möglicher Weise wird dieser Zweck des Tradenten doch nicht erreicht. Das Bewusstsein, dass eine Forderung gegen ihn begründet sei, welches ihn zu seiner Handlung bewog, kann auch ein irriges sein. Es kann in Wirklichkeit die entsprechende äusserliche Thatsache, die *causa*, fehlen; der vermeintliche Kauf, die vermeintliche *stipulatio* hat thatsächlich doch nicht stattgefunden. Dann war die Verbindlichkeit, welche die Tradition tilgen sollte, nicht vorhanden, sie konnte also keine solche tilgen und es bleibt allein die unausgeglichene Eigenthumsübertragung als reine nicht gewollte Vermögensminderung, die eine *condictio* zur Folge haben muss. — Es können aber die Tradition auch besondere Umstände begleiten, um deren willen der beabsichtigte Erfolg der Tilgung einer Verbindlichkeit selbst dann nicht durch sie erreicht wird, wenn die

causa bestand. So kann z. B. eine Thatsache vorhanden sein, welche die durch die *causa* an sich begründete Obligation aufgehoben oder wirkungslos gemacht hat, was bei einer Klagestellung in Gestalt einer Einrede geltend zu machen gewesen wäre; hieher gehören die Einreden der Zahlung, des Betrugs, des Zwangs u. s. w. Der Erfolg ist derselbe, wie wenn die Obligation überhaupt nicht entstanden, wie wenn die *causa* gar nicht vorhanden gewesen wäre. Wenn also der Eigenthümer in Unkenntniss einer solchen Thatsache zur Tilgung der vermeintlich rechtsgültig bestehenden Obligation tradirt, so ist die Tradition in der That eben so zwecklos und ungerecht wie dort. — Ein anderer Fall ist der, dass eine Verbindlichkeit in der Weise getilgt werden soll, dass die an einen Anderen als den eigentlichen Gläubiger geschehende Eigenthums-tradition diess bewirkt. Es bedarf also hiezu ausser der *causa*, welche die Verbindlichkeit begründete, noch einer weiteren Thatsache, um deren willen eben die Zahlung an diesen Anderen gegen den Gläubiger wirkt, sei es ein vorausgehender Auftrag oder eine nachträgliche Genehmigung. Diese Thatsache ist es, welche den Tradenten veranlasst, gerade an diese Person zu tradiren, sie ist die *causa* dafür, dass die Tradition in dieser besonderen Gestalt d. h. an diese Person erfolge, und wenn diese *causa* fehlt, tilgt die so beschaffene Tradition keine Verbindlichkeit, obwohl Eigenthum an den Empfänger übergeht. Auch hier liegt in der Tradition eine ungerechte Bereicherung.

Wo zwar von Tradition im Allgemeinen die Rede ist, wird von der Möglichkeit besonderer obwaltender Nebenumstände abgesehen; hier ist also die *causa debendi* die einzige *causa ex qua traditur*, und lediglich die Existenz oder Nichtexistenz dieser *causa* bestimmt das Verhältniss der *solvendi causa* geschehenden Tradition zur *aequitas* und entscheidet darüber, ob eine *condictio* wegen nicht erreichten Zweckes stattfinden muss, oder nicht.

2. Tradition zum Zwecke der Begründung einer Verbindlichkeit (*credendi causa*).

Der Eigenthümer giebt hier seine Sache hin mit Rücksicht auf eine künftige Leistung des Empfängers, die für ihn ein entsprechendes Vermögensinteresse hat. Jene Leistung also ist die äusserliche Thatsache, die zum Handeln reizt, die *causa*, und das Interesse, welches man an ihr nimmt, der Beweggrund. Zweck der

Handlung ist die Befriedigung dieses Interesses und diesen Zweck erfüllt die Tradition unmittelbar in der Form des Realkontraktes. Wird nämlich eine Sache hingegeben zu Eigenthum mit der Erklärung, dass man das thue, um einer bestimmten Gegenleistung willen, an der man ein Vermögensinteresse hat, und wird in diesem Sinne die Sache auch acceptirt, so entsteht eine mehr oder weniger vollkommene Obligation des Empfängers zur fraglichen Leistung. In Gestalt einer rechtswirksamen Forderung darauf hat aber der Geber diese Leistung ihrem Vermögenswerthe nach sofort schon in Händen; vom Standpunkte der *aequitas* kommen die Dinge nur nach ihrem allgemeinen Vermögenswerthe, nicht nach ihrer besonderen Individualität in Betracht; desshalb ist mit der Begründung der Obligation auf die Leistung, welche die *causa* war, der Zweck des Tradenten erreicht, sein Vermögensinteresse an der *causa* befriedigt, gleichviel ob die *causa* nachher wirklich objektiv existent wird oder nicht. — Hier erscheint also der Nachweis, dass der Zweck erreicht sei, nicht als eine selbständige von der Tradition gesonderte Thatsache, wie im vorigen Falle. Vielmehr schliesst sich die Erreichung des Zweckes hier mit der Tradition unmittelbar zusammen, bildet mit ihr ein Ganzes, den obligationsbegründenden Realkontrakt.

Nun können aber doch besondere Umstände vorhanden sein, um deren willen eine vollkommen rechtswirksame Verbindlichkeit zur Leistung bei dem Empfänger nicht entsteht, sei es z. B. dass derselbe unfähig ist, sich zu verpflichten, sei es dass das positive Recht den Realkontrakt noch keine vollwirksame Obligation begründen lässt, sondern noch eine Bekräftigung und Ergänzung durch andere ausserhalb desselben liegende Umstände verlangt, wie diess in der That im römischen Rechte theilweise der Fall war. Fand jene Unfähigkeit des Empfängers statt, oder trat diese Bekräftigung nicht ein, so hat die Tradition im Realkontrakt ihren Zweck nicht erreicht, sie widerspricht der *aequitas* und eine *condictio* muss die ungerechte Bereicherung wieder aufheben.

II. Der Tradent will irgend einen anderen Zweck erreichen.

Die Wirkung, auf welche es beim vermögensrechtlichen Zwecke abgesehen ist, muss immer eine äusserliche sein; der nicht vermögensrechtliche Zweck aber geht entweder auf einen rein innerlichen

psychischen Effekt oder ebenfalls auf eine äusserliche materielle Thatsache.

1. Der Zweck ist ein rein innerlicher; diess kann in doppelter Weise vorkommen.

a. Der Beweggrund kann in einem solchen subjektiven Gefühle des Tradenten bestehen, welches schon dadurch seine Befriedigung hat, dass es in der Tradition und der damit verbundenen Bereicherung eines Anderen sich geäussert hat, ohne dass es einen weiteren äusserlichen Erfolg verfolgt verlangte. Ein derartiger Beweggrund ist das Wohlwollen. Wo daher einmal feststeht, dass der Tradent nur den Zweck im Auge hatte, durch die Tradition sein Wohlwollen gegen den Empfänger an den Tag zu legen, bedarf es keines weiteren Nachweises für die Erreichung dieses Zweckes, denn derselbe ist unabhängig von sonstigen Voraussetzungen unmittelbar durch die Tradition selbst schon erreicht.

b. Es kann aber auch die Tradition den Zweck haben, bei dem Anderen das Gefühl des Wohlwollens gegen den Tradenten hervorzurufen. Beweggrund ist hier das Interesse, welches der Tradent an diesem Wohlwollen des Anderen hat. Ob aber dieses Interesse befriedigt und das Wohlwollen des Anderen geweckt wird, das hängt von Umständen ab, die ausserhalb des Tradenten und seiner Handlung liegen, es ist keine so nothwendige Folge der Tradition. Der Empfänger kann ein besonders hartherziger Mensch sein, der von Dankbarkeit nichts weiss; dann wird hier die Tradition den beabsichtigten Erfolg nicht herbeiführen. Allein im Zweifel ist jedenfalls anzunehmen, dass eine solche Gabe die Gesinnung des Wohlwollens auch wirklich hervorgebracht habe, — denn *quivis praesumitur bonus*, — und ist dabei nicht nothwendig, dass sie sich auch in entsprechenden äusserlichen Thatsachen zeige. Um also sagen zu können, dass sie nicht vorhanden sei, bedarf es äusserlicher Thatsachen, welche den positiven Gegenbeweis gegen jene Präsumtion liefern, indem sie das Uebelwollen, die Undankbarkeit darthun. Dadurch erst wird der Zweck der Tradition, die zur Erweckung von Wohlwollen stattfand, als vereitelt erwiesen, und erscheint dieselbe als eine ungerechte, weil so nicht gewollte, Bereicherung, die eine *condictio* zur Folge haben muss.

Nun kann aber auch durch ausdrückliche Nebenbestimmung festgesetzt werden, dass die Dankbarkeit in einer gewissen äusser-

lichen Handlung des Empfängers sich objektiv erweise; damit ist gesagt, dass es dem Empfänger nicht um eine gewöhnliche Dankbarkeit zu thun ist, sondern um Dankbarkeit, die so beschaffen ist, dass sie auch die gewünschte Leistung hervorzubringen vermag. Jene Nebenbestimmung ist der *modus*. Wird die im *modus* auferlegte Leistung nicht erfüllt, so ist das ein Beweis dafür, dass der bezweckte Grad von Wohlwollen nicht erreicht ist, und hat also beim Ausbleiben dieser Leistung wegen nicht erreichten Zweckes eine *condictio* stattzufinden.

Was wir soeben *sub a* und *b* besprochen haben, ist die Schenkung, *donatio*; Schenkung ist es, wenn des Wohlwollens halber gegeben wird, sei es um das eigene zu äussern, sei es um das des Andern hervorzubringen. Regelmässig aber werden beide Zwecke verbunden sein, so dass, wenn auch der erstere nicht vereitelt werden kann, doch immer noch die Möglichkeit einer Vereitelung des zweiten durch eine offenbare Undankbarkeit des Empfängers besteht. Hieraus folgt, dass regelmässig bei jeder Schenkung die oben erwähnte *condictio* zum Widerruf wegen Undankbarkeit statthaft sein muss. — Nur da, wo sich aus den Umständen erweisen lässt, dass lediglich der erstere Zweck vorhanden war, dass lediglich das eigene Wohlwollen zu äussern beabsichtigt war, wird durch die nachmalige Undankbarkeit des Empfängers kein Zweck als vereitelt hingestellt. Diess ist insbesondere der Fall bei der sog. remuneratorischen Schenkung d. h. bei der Schenkung, die erfolgt wegen irgend eines grossen Dienstes, den der Beschenkte geleistet hat. Hier ist klar, dass das durch jenen Dienst erregte Wohlwollen des Tradenten allein schon im Stande war, seine Handlung hervorzubringen, dass er es nicht auch noch auf Erregung von Wohlwollen bei dem Empfänger abgesehen hatte, und desshalb kann bei dieser Art von Schenkung gemäss dem soeben Erörterten ein Widerruf wegen Undankbarkeit nicht stattfinden.

Die *causa ex qua traditur* ist bei der Schenkung im Allgemeinen ganz neben hinaus geschoben. Sie soll nach ihrem oben festgestellten Begriffe die Thatsache sein, davon der Gedanke das Gefühl hervorbringt, welches zum Handeln treibt. Nun lässt sich aber der Schenkung eine solche äusserliche Thatsache, welche das Gefühl des Wohlwollens oder das Interesse am Wohlwollen eines

Anderen erzeugte, sehr häufig gar nicht als einzelne erkennbare ausscheiden; es ist zumeist eine Gesamtheit von persönlichen Beziehungen oder ein allgemeines sittliches Verhältniss, was hier maassgebend war. Wo aber ja eine einzelne Thatsache als *causa* bezeichnet werden kann, da ist ihre Existenz oder Nichtexistenz für die Würdigung des Erfolgs des Rechtsgeschäftes vom Standpunkte der *aequitas* aus ganz irrelevant. Denn es ist ja gerade die Eigenthümlichkeit der Schenkung, dass es lediglich ein innerlicher Vorgang ist, in welchem sich ihr Zweck erfüllt, wozu es demnach äusserlicher Thatsachen, wie die *causa* eine ist, nicht weiter bedarf. — Mein Wohlwollen sei z. B. dadurch entstanden, dass ich glaube, der Andere habe mir eine Gefälligkeit erwiesen; indem ich ihm schenke, äussert sich mein Wohlwollen und mit der Aeusserung von Wohlwollen ist mein Zweck erreicht, gleichviel wie es entstand, die erwiesene Gefälligkeit, welche die *causa* der Schenkungstradition war, mag nun wirklich vorhanden gewesen sein oder nicht; daher findet auch wegen des Mangels der *causa* keine *condictio* statt; l. 65, 2 D. 12, 6: *Id quoque quod ob causam datur, puto quod negotia mea adjuta ab eo putavi, libet non sit factum, quia donare voluerim, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.* Ebenso kann mir am Wohlwollen eines Anderen desshalb liegen, weil ich glaube, dass er mir dann diesen oder jenen bestimmten Dienst leisten werde. Diese künftige Dienstleistung wird die *causa* meiner Handlung, die äusserliche Thatsache, davon der Gedanke das Interesse erzeugt, welches die Tradition an diese Person zur Erweckung ihres Wohlwollens hervorbringt. Wenn aber einmal das Wohlwollen des Anderen mein Zweck war, so ist dieser durch die Tradition selbst schon als erreicht anzusehen. Es ist anzunehmen, dass des Anderen Wohlwollen für mich auch wirklich geweckt wurde, auch wenn es nicht in einer bestimmten Handlung sich äussert. Daher schadet das Nichteintreten der *causa*, des erwarteten Dienstes, für die Erreichung des Zweckes gar nichts, und eine *condictio* findet desshalb nicht statt; l. 3, 7 D. 12, 4: *quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciosem sibi esse futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.*

Doch ist hier eine Ausnahme zu konstatiren, die bei der

donatio sub modo stattfindet. Im *modus* ist eine von dem Beschenkten erwartete Handlung zu einem Gradmesser des zu erweckenden Wohlwollens desselben bestimmt. In ihr verkörpert sich jedenfalls ein Theil des Interesses das der Schenker an diesem Wohlwollen nimmt; sie ist eine *causa* seiner Handlung, so gut wie eine einfach nur erwartete Leistung des Empfängers. Allein weil sie durch den Willen des Gebers in einen solchen nothwendigen Zusammenhang mit dem Wohlwollen gesetzt ist, dass dieses nur genügt, wenn es sie hervorzubringen vermag, so ist ihr Eintreten nothwendig, wenn der Zweck erreicht sein soll. Auf diese Weise kann bei der *donatio sub modo* der Mangel der *causa* eine *condictio* herbeiführen.

2. Der nicht vermögensrechtliche Zweck kann auch ein äusserlicher sein.

Es soll also hier ein materieller Erfolg herbeigeführt werden, an welchem der Tradent Interesse nimmt. *Causa* der Handlung ist eben jene äusserliche Thatsache, an welcher man Interesse hat; Zweck ist, dieses Interesse zu befriedigen, indem man diese Thatsache durch die Handlung, die Tradition, herbeiführt. Es findet also hier eine Analogie statt mit der Tradition zum Zwecke der Begründung einer Verbindlichkeit, nur ist dort das Interesse, welches man an der *causa* hat, ein vermögensrechtliches und deshalb in Gestalt einer Obligation unmittelbar durch die Tradition zu befriedigen. Hier aber muss die *causa* selbst zur objektiven Existenz gebracht werden, denn da sie kein Vermögensinteresse hat, kann sie nicht Inhalt einer Obligation sein, die sie dem Werthe nach verträte. Die Herbeiführung der interessirenden Thatsache selbst ist aber hier nur in der Weise möglich, dass durch das Hingeben der Sache an den Andern mit dem ausgesprochenen Verlangen, dass er dafür jene Thatsache herbeiführe, bei demselben ein Gefühl moralischer Gebundenheit hervorgerufen wird, welches dann wirklich die Leistung bewirkt. Es wäre an sich denkbar, dass man auf diesem Wege auch eine Leistung, die ein Vermögensinteresse hat, herbeiführte; allein nachdem einmal dort das einfachere und sicherere Mittel der Obligationsbegründung gegeben ist, muss angenommen werden, dass Jeder, der den andern Weg wählt, eigentlich nur das Gefühl des Verpflichtetseins beim Andern hervorbringen will, d. h. dass eine Schenkung beabsichtigt

und die fragliche Leistung nur etwa als ein Ausfluss des Wohlwollens erwartet wird. Diese Präsumtion trifft hier offenbar nicht zu, weil eben dem Tradenten ausser der Erzeugung eines solchen vermittelnden Gefühles keine Möglichkeit offensteht, wie er die Leistung, an der ihm liegt, herbeiführen könnte. Wo also die *causa* kein Vermögensinteresse hat, wird es sich immer erst noch fragen, ob der Tradent wirklich nur das Gefühl, oder nicht vielmehr durch das Gefühl jenen äusserlichen Erfolg hervorzubringen beabsichtigte. Was davon seine eigentliche Meinung war, ergibt sich aus den Umständen des Falles. Vor allem ist die Form entscheidend, in welcher gegeben wird; ist dieselbe von der Art, dass eine Obligation entstehen würde, wenn die betreffende *causa* ein Vermögensinteresse für den Tradenten hätte, so besteht kein Zweifel, dass ihm nicht an der Gesinnung des Empfängers, sondern einzig an der wirklichen Leistung gelegen war. Andernfalls aber wird die Gesinnung zur Hauptsache und die *causa* hat nur als eine Thatsache Bedeutung, in welcher sie sich vermeintlich äussern wird; es liegt eine Schenkung vor, bei welcher die *causa* im Allgemeinen gleichgültig ist.

Wird tradirt zu dem Zwecke eines nichtvermögensrechtlichen Erfolges, so muss die *causa* selbst sich verwirklichen, wenn der Zweck erreicht sein soll; bleibt dieselbe aus — sei es, dass das Gefühl durch das sie herbeigeführt werden sollte, nicht entstand, sei es, dass es entstand, aber trotzdem sie nicht herbeizuführen vermochte — so ist der Zweck vereitelt und der Tradent verliert seine Sache ohne Aequivalent. So will er sie aber nicht verlieren, desshalb widerspricht diese Tradition der *aequitas* und muss also hier die Ermanglung der *causa* eine *condictio* zur Folge haben.

Wir müssen hier auf den Unterschied einer derartigen Tradition von einer *donatio sub modo* aufmerksam machen.

1. Die *causa*, welche zum *modus* der *donatio* gemacht wird, kann für den Tradenten auch ein Vermögensinteresse haben.

2. Bei der *donatio sub modo* bleibt immerhin als eigentlicher Zweck die Erweckung der Dankbarkeit des Empfängers. Desshalb erscheint hier der Zweck vereitelt, wenn derselbe einen Beweis von Undankbarkeit in irgend einer anderen Weise ablegt, auch wenn der *modus* erfüllt wird. Beim materiellen nichtvermögensrecht-

lichen Zwecke aber muss es gleichgültig sein, wie der Empfänger sich sonst benehmen mag, wenn nur die *causa* verwirklicht wird.

3. Die Erfüllung des *modus* hat nur die Bedeutung, das äussere Zeichen der erregten Dankbarkeit zu sein; deshalb muss es genügen, wenn nur der Empfänger zeigte, dass er erfüllen will, auch wenn er an der wirklichen Ausführung durch äussere Umstände verhindert wird. Im andern Falle aber hilft auch der beste Wille des Empfängers nicht, sondern kommt für die Frage nach der Erreichung des Zweckes und nach der *condictio* alles nur auf die wirkliche Existenz der *causa* an. (Dass hieftiber, als der Innominatkontrakt klagbar geworden war, eine andere Meinung herrschend geworden ist — *l. 10 D. 4, 6* — erklärt sich leicht daraus, dass jetzt auch hier der Gesichtspunkt einer zu erfüllenden Obligation Platz greifen musste.)

Dare ob rem = ob causam futuram ist der technische Ausdruck für das Geben zu einem Zwecke, der erst dann für erreicht angesehen wird, wenn die künftige äusserliche Thatsache, um deren willen gegeben wird, auch wirklich eingetreten ist; *l. 1, 1 D. 12, 5: Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.*

Den Gegensatz hiezu bildet demnach:

1. Das *dare credendi causâ*, wo auch wegen einer zukünftigen Thatsache gegeben wird, aber der Zweck schon mit Begründung einer Forderung darauf erreicht ist.

2. Das *dare ob causam scil. praeteritam*. Eigentlich würde hierunter auch das *tradere solvendi causâ* fallen; allein mit jenem Ausdruck wird speziell bezeichnet die Tradition aus einer solchen *causa*, die keine Obligation dazu begründet hatte. Wo aber diess nicht der Fall ist und die Thatsache, um deren willen gegeben wird, in der Vergangenheit liegt, also schon als vollständig vorhanden angenommen wird, kann der Tradent in Beziehung auf sie überhaupt keinen materiellen Erfolg beabsichtigen; es erscheint deshalb die Tradition hier als Schenkung und kann wegen Mangels der *causa* eine *condictio* nicht stattfinden, wie diess die oben citirte *l. 65, 2 D. 12, 6* ausführt.

§. 4. Die *condictiones ob causam*.

Die römischen Juristen lieben es, die Rechtsverhältnisse vom Standpunkte des Richters aus darzustellen, wie die darauf gegründeten Ansprüche streitgerüstet vor das Tribunal hintreten. Deshalb finden wir bei ihnen statt einer Lehre vom Zweck und seinem Einflusse eine Lehre von den Rechtsmitteln wegen vereitelten Zweckes, von den hiefür verliehenen Condiktionen. Hieraus ergibt sich der einzige Weg, auf welchem wir die Uebereinstimmung unserer Ausführungen mit den Quellen nachweisen können: es ist darzuthun, dass für jeden der einzelnen Fälle, in welchen nach dem Obigen der Zweck der Tradition vereitelt ist, eine *condictio* besteht, welche den Empfänger zwingt, seine Bereicherung herauszugeben.

Hätten wir eine Eintheilung dieser Condiktionen nach verschiedenen Arten zu machen, so würde uns hiefür die Verschiedenheit der Zwecke maassgebend sein, deren Vereitelung sie eben herbeiführt. Wir würden eine *condictio* wegen verfehlten Zweckes der Zahlung, eine *condictio* wegen verfehlten Zweckes der Obligationsbegründung u. s. w. unterscheiden. Den Römern ist der Begriff des Zweckes nicht zur Klarheit gekommen, sie haben nur den ihm nahestehenden Begriff der *causa*, der demnach auch ihr ganzes System von Condiktionen beherrscht. Sie ordnen nirgends die Condiktionen zusammen, die um des Zweckes willen stattfinden, sondern es wird uns dafür im 12. Buch der Digesten Tit. 4—7 eine Reihe von Condiktionen geboten, die um der *causa* willen stattfinden und die wir deshalb als *condictiones ob causam* bezeichnen dürfen. Nun haben wir allerdings gesehen, dass in den wichtigsten Fällen der Zweck gerade dadurch vereitelt wird, dass die *causa* fehlt. Hier ist die *condictio*, die um der *causa* willen stattfindet, zugleich auch vollkommen das, was wir suchen, eine *condictio* wegen vereitelten Zweckes. Allein die *condictio ob causam* muss einerseits über dieses Gebiet hinausgehen: den Zweck kann die *causa* nur durch ihr gänzliches Fehlen vereiteln; möglicher Weise gewährt aber das Recht auch eine Zurtückforderungsklage bei einer besondern fehlerhaften Beschaffenheit der vorhandenen *causa*. Dann ist auch diese Klage eine solche, an der die *causa* schuld ist, eine *condictio ob causam*; aber weil die

causa nicht fehlt, ist der Zweck nicht vereitelt und deshalb von einer Klage wegen vereitelten Zweckes hier gar keine Rede. Andererseits aber kann der Zweck auch aus einem anderen Grunde, als wegen der *causa* (nämlich wegen des Mangels derselben), vereitelt werden. Auch für solche Fälle muss es eine *condictio* wegen vereitelten Zweckes geben, das kann aber dann keine *condictio ob causam* sein.

Wir haben demnach zunächst die *conditiones ob causam* zu betrachten und nachzusehen, welche davon auf die Vereitelung des Zweckes gegründet sind, und welche Arten des vereitelten Zweckes dieselben umfassen. Dann aber sind für diejenigen Fälle, welche darunter nicht enthalten sind, die *conditiones* wegen vereitelten Zweckes aufzusuchen, die nicht den *conditiones ob causam* angehören.

Der *conditiones ob causam* nennt uns das 12. Buch der Digesten vier: *causa data causa non secuta, ob turpem vel injustam causam, indebiti* und *sine causa*. Die letztgenannte ist genereller Natur; die zweite gehört, wie schon ihr Name schliessen lässt, nicht zu den *Conditiones* wegen vereitelten Zweckes; die erste und dritte dagegen sind besondere Arten solcher *Conditiones*, und maassgebend für ihre Unterscheidung ist nur die bereits erwähnte allgemeine Eintheilung der *causa* in eine *praeterita* und *futura*.

I. *condictio indebiti*. Tit. D. 12, 4.

Diese Klage ist ein offenes Produkt der *aequitas* l. 66 D. h. t.: *haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit*. Ihre Voraussetzungen sind:

1) Leistung, insbesondere — um unserer Aufgabe treu zu bleiben — Eigentumübertragung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit (*solvendi causâ*).

2) Die Verbindlichkeit wird durch dieselbe nicht getilgt.

3) Die Thatfachen, wodurch die Tradition zur Zahlung wird, um deren willen sie eine Verbindlichkeit tilgen könnte, sind in der Vergangenheit gedacht.

Ad 1. Der innere Grund dieser Klage liegt in der Vereitelung des auf Zahlung gerichteten Zweckes. Daraus, dass das Vorhandensein dieses Zweckes ihre nothwendige Voraussetzung ist, er-

klärt sich der Grundsatz, dass sie bei wissentlicher Zahlung eines *indebitum* nicht stattfindet; *l. 1, 1 D. h. t.* Denn wer weiss, dass er nicht schuldet, hat unmöglich den Zweck eine Schuld zu tilgen. Dem Wissen steht gleich das Nichtwissen aus *error juris*; *l. 9, 5 D. 22, 6*; *l. 10 C. 1, 18.*

Ad 2. Der Grund, wesshalb der Zweck nicht erreicht d. h. eine Verbindlichkeit durch die Tradition nicht getilgt wird, kann ein verschiedener sein. Es ist möglich, dass für den Tradenten zwar eine Verbindlichkeit bestand, aber nicht diesem gegenüber, dem er tradirt, und dass er etwa irrthümlich den Empfänger für den Beauftragten des Gläubigers hielt, oder gar ihn mit dem wahren Gläubiger verwechselte. *l. 65, 9 D. h. t.* Noch häufiger aber wird der Grund darin liegen, dass die Verbindlichkeit, zu deren Tilgung tradirt wird, überhaupt nicht besteht; und das mag wieder auf zweierlei Weise vorkommen: Entweder ist die Obligation überhaupt niemals in gültiger Weise entstanden; es fehlte die *causa debendi*, sei es, dass sie in *emptio, venditio, stipulatio*, Schenkungsversprechen, sei es, dass sie in *Damnationslegat* oder *Fideikommiss* bestand (*l. 2, 1*; *l. 37*; *l. 54 D. h. t.*). Oder die *causa debendi* war zwar an sich richtig vorhanden, daneben aber trat eine Thatsache, welche die dadurch begründete Obligation unwirksam machte und dem Verpflichteten eine Einrede gewährte; *l. 26, 7*; *l. 56 D. h. t.* In beiden Fällen findet eine *condictio indebiti* statt *l. 26, 3 D. h. t.*: *Indebitum autem solutum accipimus non solum, si omnino non debeat, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; qua re hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.* — Hier zeigt sich, dass die *condictio indebiti* eine reine *condictio ob causam* nicht ist; denn nur im ersteren Falle ist es der Mangel der *causa*, welcher die Klage zur Folge hat, *l. 23 p. D. h. t.* Im zweiten Falle dagegen ist die *causa* ganz in Ordnung und der Zweck nur wegen eines anderen dazwischen kommenden Umstandes nicht erreicht; hier also ist die *condictio indebiti* eine Klage wegen nicht erreichten Zweckes, die nicht zugleich *condictio ob causam* ist, während sie dort beides zusammen vorstellt.

Dass der *condictio* gegenüber mit ihrer *naturalis aequitas* auch eine *naturalis tantum obligatio* genügt, um die Zahlung

nicht als *indebitum* erscheinen zu lassen, versteht sich eigentlich von selbst; *l. 13 p. l. 19 p. D. h. t.*

Ad. 3. Von unserem Standpunkte, die wir vom Zwecke ausgehen, ist es allerdings gleichgültig, von welcher Art die Umstände waren, deren Mangel ihn vereitelte. Der Zweck bleibt immer Tilgung einer Verbindlichkeit, ob nun die Thatsache, welche diese Verbindlichkeit begründen soll, und deshalb *causa ex qua traditur* ist, in der Vergangenheit vorausgesetzt oder erst in der Zukunft erwartet wird. Für die Römer aber, weil sie sich eben an die *causa* selber halten, muss das einen grossen Unterschied machen. Die *condictio indebiti* ist deshalb als eine Klage wegen mangelnder *causa praeterita* bestimmt, und obwohl sie, wie wir gesehen haben, in anderer Beziehung dieser Bedeutung nicht ganz treu bleibt, muss sie doch der *causa futura* gegenüber die Gränze genau einhalten, deshalb, weil für deren Gebiet eine echte und streng an ihren Begriff gebundene *condictio ob causam* besteht, die es vollkommen ausfüllen muss. Es ist die nun folgende —

II. *condictio causa data causa non secuta. Tit. D. 12, 4.*

Auch diese Klage stammt aus der *naturalis aequitas*, was daraus hervorgeht, dass dieses Prinzip zur Entscheidung darüber angerufen wird, ob sie verliehen werden soll oder nicht. *l. 3, 7 D. h. t.* — Sie ist eine Klage wegen vereitelten Zweckes und zwar muss die Vereitelung desselben durch den Mangel der *causa ex qua traditur* verschuldet sein, denn sie ist eine reine *condictio ob causam*. Von den übrigen Conditionen dieser Art unterscheidet sie sich aber dadurch, dass bei ihr die *causa*, deren Mangel den Zweck vereitelt, eine bei der Handlung als zukünftig gedachte Thatsache sein muss. — Wenn die *condictio indebiti* sich lediglich auf dem Gebiete der Tradition zum Zwecke der Tilgung einer Verbindlichkeit bewegt, so ist die Anwendbarkeit der *condictio causa data causa non secuta* eine viel manchfaltigere.

1. Wenn etwas gegeben wird zum Zwecke der Tilgung einer Verbindlichkeit, damit aber dieses Hingeben eine Verbindlichkeit tilgen könne, soll erst noch eine Thatsache in der Zukunft nachfolgen, so ist diese künftige Thatsache der Grund, welcher den Gebenden bestimmt, überhaupt zu tradiren, oder so zu tradiren, wie er's thut, insbesondere an diese spezielle Person zu tradiren; sie ist

die oder eine *causa ex qua traditur*. Tritt diese Thatsache nicht ein, so wird keine Verbindlichkeit getilgt, der Zweck ist wegen Mangels der *causa futura* vereitelt. Hier ist nicht die *condictio indebiti*, sondern unsere gegenwärtige *condictio* am Platze.

Es wird z. B. ein Erbe oder Legatar, dem die Auflage gemacht ist, einem Dritten etwas zu zahlen, durch die Annahme der letztwilligen Zuwendung obligirt (*l. 9 C. 8, 54*). Zahlt nun ein solcher vor Antritt der Erbschaft oder Anfall des Legats und schlägt nachher aus, so ermangelt die erwartete *causa debendi*, die zugleich *causa ex qua traditur* war; der Zweck eine Verbindlichkeit zu erfüllen ist vereitelt *propter causam non secutam*, daher hier unsere *condictio* stattfindet; *l. 1, 1 l. 2 D. h. t.* Ich setze voraus, dass in dieser Stelle mit *conditio* ein *modus* gemeint sei; es könnte freilich auch eine wirkliche Bedingung bedeuten, dann passt das Beispiel nicht. — Einen anderen Fall gibt *l. 14 D. h. t. Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit; sed ipse dominus tenetur, ut Julianus scribit. Quodsi dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur; non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit ratihabitione non intercedente.* — Damit das Hingegebene eine Schuld tilge, wie bezweckt war, musste im letzteren Falle noch die *ratihabitione* des *creditor* erfolgen; diese bleibt aber aus und wegen Mangels der *causa futura* ist der Zweck vereitelt. Es findet also die *condictio causa data causa non secuta* Anwendung. Vgl. auch *l. 3, 5 D. 37, 6; l. 13 D. h. t.*

2. Eine *causa futura* ist auch die Leistung, welche dem Beschenkten durch einen *modus* auferlegt wird; tritt diese *causa* nicht ein, so ergibt sich daraus, dass die bezweckte Dankbarkeit nicht hervorgerufen wurde, und es findet Revokation der Schenkung statt *propter modum non impletum*. Die Klage, vermittelt deren diess geschieht, ist eine *condictio* wegen vereitelten Zweckes, und zwar speziell eine *condictio causa data causa non secuta*. *l. 2, l. 3 C. 4, 6; l. 1 C. 8, 55.*

3. Die wichtigste Rolle spielt diese Klage beim Innominatkontrakt. Wenn Eigenthum übertragen wird an Fungibilien, damit der Empfänger *tantumdem ejusdem qualitatis* zurückgebe, so ent-

steht sofort eine vollkommen rechtswirksame Obligation. Dieser Vertrag des *mutuum* gehört nicht hieher. Alle übrigen Fälle von Eigenthumsübertragung, damit der Empfänger etwas dagegen leiste, thue oder gebe, umfasst der Innominatkontrakt; derselbe begründete im römischen Rechte keine vollgültige Obligation, sondern höchstens eine sogenannte *obligatio naturalis*, die nicht klagbar war, und deshalb haben wir hier von ihm zu sprechen.

Der Innominatkontrakt enthält ein *dare ob rem i. e. ob causam futuram*. Die künftige Leistung des Empfängers ist die äusserliche Thatsache, um deren willen gegeben wird; Zweck der Tradition ist die Befriedigung des Interesses, welches der Tradent an dieser Leistung hat. Nun kommt es aber darauf an, von welcher Art dieses Interesse ist. Denn wenn gegeben und empfangen wird in der ausgesprochenen Meinung, dass der Empfänger dafür etwas leisten solle, so liegt hierin ein obligatorischer Vertrag bezüglich dieser Leistung, eine Willenseinigung der Beteiligten dahin, den Empfänger zur Leistung zu verpflichten. Zunächst freilich ist der Innominatkontrakt ein *nudum pactum* und erzeugt als solcher nur eine *naturalis obligatio* (wenn man auch später anderer Ansicht wurde — l. 8 D. 19, 5, — worauf wir zurückkommen werden). Allein auch eine *naturalis obligatio* kann nur dann entstehen, wenn die Leistung, um welche es sich handelt, für den Tradenten ein Vermögensinteresse hat. Diese ist die Voraussetzung jeder Obligation sei sie *civilis* oder *naturalis tantum*, nicht bloss deshalb, weil ihr die Erzwingbarkeit durch die Klage sonst fehlte, — dieser äusserliche Grund würde bei der *naturalis obligatio* sowieso nicht gelten, — sondern mehr noch deshalb, weil sie ihrem Begriffe nach selbst die Bedeutung eines Vermögensstückes hat, einer *res incorporalis* (Gai. II, 14). Das ist sie nur als rechtliche Herrschaft über einen gewissen Vermögenswerth, der dem Vermögen des *debitor* ab- und dem des *creditor* zuzurechnen ist.

Hat also die gewünschte Leistung für den Geber ein anderes als ein Vermögensinteresse, so kann er dasselbe nur dadurch befriedigen, dass er diese Leistung selbst in *natura* herbeiführt, es gibt keine stellvertretende Obligation. — Diess bewirkt er dadurch, dass er durch die Gabe mit der ausgesprochenen Absicht einen moralischen Druck auf den Empfänger ausübt, der ihn zur Leistung bestimmen soll. Leistet derselbe doch nicht, d. h.

bleibt die *causa ex qua traditur* aus, so ist der Zweck vereitelt und naturgemäss die *condictio causa data causa non secuta* begründet.

Im andern Falle, wo die künftige Leistung ein Vermögensinteresse hat, wäre die Möglichkeit gegeben, dieses Interesse sofort zu befriedigen durch Begründung eines Forderungsrechtes darauf. Allein weil das positive Recht hier nur eine klaglose *naturalis obligatio* entstehen lässt, so ist mit der Hingabe der Sache im Innominatkontrakt, doch noch nicht, wie beim *mutuum*, der Vermögenswerth der Gegenleistung sofort in Gestalt eines vollkommen rechtswirksamen Forderungsrechtes erworben. Es besteht vielmehr noch ein Zweifel, ob diese Obligation auch kräftig genug sein werde, die Gegenleistung oder deren Werth dem Tradenten zu verschaffen. Gelöst kann der Zweifel zu Gunsten des Tradenten werden durch all die Thatsachen, durch die eine *naturalis obligatio* zur Wirksamkeit gelangt, — vor allem durch Erfüllung, also durch das wirkliche Eintreten der *causa*. Auch hier ist also die *causa* selbst von Bedeutung, indem wegen der eigenthümlichen Mangelhaftigkeit der Obligation erst mit ihrem wirklichen Existenzwerden die Gewissheit hergestellt ist, dass das Interesse des Gebers seine Befriedigung findet und sonach der Zweck erreicht ist. Findet aber diese Gegenleistung nicht statt, so zeigt sich, dass der Zweck vereitelt, dass die durch die Tradition begründete Obligation ohne Wirksamkeit ist für das Vermögen des Tradenten. Es muss eine *condictio* wegen vereitelten Zweckes verliehen werden und zwar, da es der Mangel der *causa futura* ist, aus dem ihre Nothwendigkeit hervorgeht, eine *condictio causa data causa non secuta*. — Der Mangel der *causa* ist der Grund der *condictio*, weil regelmässig ihre Verwirklichung entscheiden soll, dass der Zweck erreicht ist. Wenn man aber einmal, wie wir gethan, wegen des im Innominatkontrakte liegenden *nudum pactum* das Vorhandensein einer *naturalis obligatio* einnimmt, so ist die Zahlung nur die wichtigste aber nicht die einzige Art, wie die Gewissheit des Zweckes hergestellt werden kann. Die gleiche Wirkung muss allen Thatsachen zuerkannt werden, durch welche die *naturalis obligatio* zu voller Wirksamkeit gekräftigt wird, so zwar, dass auch sie die *condictio* ausschliessen. Insbesondere genügt es vom Standpunkte der *aequitas* ebenfalls, wenn der Empfänger nachher durch ein vollkom-

men klagbares Schuldversprechen dem Tradenten den Vermögenswerth der geschuldeten Leistung sofort zuwendet. So schliesst auch eine *stipulatio* die *condictio causa data* aus; die *causa* ist eigentlich auch hier nicht erfolgt, — wohl zu bemerken! — aber der Zweck ist erreicht und auf den allein kommt es bei der *condictio* an; l. 4, l. 7 C. 4, 64.

Der Satz *quod sine die debetur, statim debetur* gilt für den letzteren Fall des Innominatkontrakts direkt; für den ersteren, wo kein eigentliches *debere* vorliegt — wegen Mangels des Vermögensinteresses, — wenigstens analog. Deshalb kann im Zweifel die Gegenleistung, die *causa*, sofort erwartet werden. Darauf beruht die sog. Zurückforderung *ex mera poenitentia*, welche nichts anderes bedeutet, als dass man mit der *condictio* nicht warten braucht, bis die Leistung unmöglich geworden ist, oder vom Empfänger ausdrücklich verweigert wird.

Die beiden innerlich sehr verschiedenen Fälle waren im alten Innominatkontrakt enthalten, ohne sich irgend wie durch ein äusserliches Merkmal bei der praktischen Behandlung zu unterscheiden. Erst in der späteren Entwicklung des römischen Rechtes ward ein solches ersichtlich. Es wurde bekanntlich später der Innominatkontrakt nicht mehr als *nudum pactum* angesehen, sondern man hat die durch ihn begründete *naturalis obligatio* zu einer *civilis* erhoben durch Verleihung einer *civilis actio praescriptis verbis*. Diese Rangerhöhung musste aber an dem Falle des Innominatkontraktes spurlos vorübergehen, der von vorneherein nicht einmal eine *naturalis obligatio* begründet hatte. Deshalb scheiden sich fortan die Innominatkontrakte in zwei Klassen:

1. Innominatkontrakte mit einer *causa* von Vermögensinteresse begründeten früher eine *naturalis tantum*, jetzt eine klagbare *obligatio* mit einer *actio praescriptis verbis*. Durch die Begründung einer vollwirksamen Obligation ist eigentlich das Vermögensinteresse des Tradenten sofort befriedigt, sein Zweck also unmittelbar durch die Tradition erreicht und die nachmalige Existenz oder Nichtexistenz musste ebendeshalb folgerichtig gleichgültig sein. Inkonsequenter Weise hat aber das ultrakonservative römische Recht die alte *condictio* auch in diesem Falle beibehalten, gerade so als ob keine klagbare Obligation begründet wäre. So kommt

es, dass hier der Tradent beim Ausbleiben der Gegenleistung, der *causa*, die Wahl hat, ob er mit der *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung oder mit der *condictio causa data causa non secuta* auf Herausgabe der Bereicherung klagen will.

2. Innominatkontrakte mit einem andern als Vermögensinteresse haben nach wie vor nur die *condictio causa data causa non secuta* zur Folge; aber eine *actio praescriptis verbis* kann ihnen nicht gegeben werden, da sie so wenig jetzt eine *civilis* als früher eine *naturalis obligatio* zu begründen im Stande sind.

l. 7 D. 19, 5: *Si tibi dedero, ut Sticham manu mittas et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.*

Do ut des und *do ut facias* sind die beiden Formen des Innominatkontraktes, die hier in Betracht kommen; es ist aber zu beachten, dass ganz in den nämlichen Formen auch eine Schenkung mit Angabe der *causa donandi* vor sich gehen kann. Das Letztere ist zwar im Allgemeinen nicht zu vermuthen, wird aber jedenfalls da anzunehmen sein, wo die mit *ut* eingeführte *causa* gar kein selbständiges Interesse für den Tradenten hat, was nach den Umständen des Falles zu beurtheilen ist. Da die *causa ob quam traditur* bei der Schenkung, die *causa donationis*, sofern sie nicht zum Inhalt eines *modus* gemacht wurde, für die Erreichung des Zweckes gleichgültig ist, so ermangelt hier die *condictio*, selbst wenn dieselbe ausbleibt. Ein Beispiel gibt l. 2, 7 D. 39, 5, die keines Commentares bedarf.

4. Wenn eine *condictio causa data causa non secuta* überall da am Platze ist, wo der Zweck der Tradition wegen Mangels der *causa futura* vereitelt ist, so haben wir hier noch einige besondere Fälle als ihr zugehörig zu erwähnen, die wegen der abnormen Art des Zweckes von dem allgemeinen Schema des vorigen Paragraphen abweichen und desshalb dort unberücksichtigt geblieben sind.

Hier kommt vor allem die *Dosbestellung* in Betracht. Der Geber bezweckt hier neben der Bereicherung des Empfängers zunächst keinen weiteren kusserlichen Erfolg; insofern ähnelt die *Dosbestellung* der Schenkung. Allein darin weicht sie wieder von derselben ab, dass es dem Geber doch nicht um die blosser Aeusserung der eigenen Gesinnung, oder Erweckung einer Gesinnung

des Empfängers zu thun ist. Sein Zweck ist vielmehr, dass die Bereicherung des Letzteren eine gewisse besondere Wendung erhalte, dass sie nämlich zum Vortheil eines ehelichen Haushalts gereiche, an dem der Geber irgend ein freundschaftliches (als *extraneus*) oder sittliches Interesse hat (als Ehefrau oder Vater derselben). Wenn dem Ehemann gegeben wird, der ohne diess die sittliche Pflicht hat, nach Kräften für den ehelichen Haushalt zu sorgen, so wird ebendesshalb durch die Bereicherung des Ersteren der Letztere gefördert, und in dieser Wirkung der Bereicherung liegt der Zweck des Gebers. Damit aber diese Wirkung entstehe, ist nothwendig, dass die Ehe, um deren Willen gegeben wird, auch wirklich bestehe; fehlt dieselbe, so ist der Zweck vereitelt, das Interesse des Gebers nicht befriedigt und die Tradition widerspricht der *aequitas*. Die Ehe oder vielmehr die Thatsache, in welcher sie zu küsserlicher Existenz kommt, die Eheschliessung hat hier alle Merkmale einer *causa ex qua traditur* an sich. Es kann nun eine *Dos* bestellt werden für eine schon bestehende Ehe oder im Voraus für eine erst abzuschliessende; im letzteren Falle haben wir ein *dare ob causam futuram*, und kommt dann die Ehe nicht zu Stande, so muss wegen des vereitelten Zweckes eine *condictio causa data causa non secuta* stattfinden. *l. 6 p. D. h. t. Si extraneus pro muliere dotem dedisset . . . nec fuerint nuptiae secutae . . . Et verisimile est in hunc quoque casum eum, qui dat sibi prospicere; nam quasi causa non secuta habere potest con-dictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato. — l. 5 p. D. 12, 7: Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit; an eandem repetere possit, quaesitum est . . . Sed recte defendi non tam turpem causam quam nullam fuisse, quum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret, non enim stupri sed matrimonii gratia datum est. Vgl. l. 10 D. 23, 1.*

Es kann Jemand ein Vortheil zugewendet sein, insbesondere eine Erbschaft oder ein Legat, unter der Bedingung, dass er einem Anderen eine Sache tradire. Wenn darunter ein *modus* zu verstehen ist, so hat die Tradition Zahlung zum Zwecke. Nehmen wir aber den Fall einer wahren *condictio suspensiva*. Hier ist dem Tradenten ein Erwerb in Aussicht gestellt; dieser Erwerb ist die *causa* seiner Handlung, er tradirt zu dem Zwecke ihn herbeizu-

führen. Findet der Erwerb dann doch nicht statt, sei es dass das Legat gar nicht oder nicht rechtsgültig errichtet, sei es dass es nachträglich adimirt war, sei es dass der Tradent es nachher doch noch verschmähte, so ist der Zweck vereitelt wegen Mangels einer *causa futura*, daher eine *condictio causa data causa non secuta*. *l. 65, 3 D. 12, 6: Sed agere per conductionem propter conditionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum, sive ademtum legatum, possum, ut repetam quod dedi; quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta. Item si hereditatem adire nolui, vel non potui. —*

Dass auch das *dare conditionis implendae causa* unter keine von den oben aufgestellten Arten von Zwecken passt, ist leicht ersichtlich. Die Tradition hat hier für die Erreichung des Zweckes mehr eine negative als eine positive Bedeutung; sie führt den bezweckten Erfolg nicht eigentlich herbei, sondern räumt nur ein Hinderniss hinweg, welches die aufgestellte Bedingung seiner Erreichung in den Weg gelegt hatte.

III. *condictio ob turpem vel injustam causam*.
Tit. D. 12, 5.

Nach dem Unterschied von *causa praeterita* und *futura* theilen wir diese Klage wieder in zwei Arten

1. *condictio ob turpem causam*. Dieselbe setzt voraus ein *dare ob causam futuram*, also wegen einer zukünftigen Thatsache, an welcher der Geber irgend ein Interesse hat; insofern steht dieses *dare* ganz gleich dem im Innominatkontrakt. Zweck ist auch hier die Befriedigung des Interesses durch Herbeiführung der *causa*, was in der Weise geschieht, dass der Empfänger durch die Gabe zu der Leistung, welche die *causa* bildet, bestimmt wird. *l. 1 p. D. h. t.* — Hier aber hat die *causa* eine ganz besondere Beschaffenheit; es ist eine *turpis causa*, zu welcher die gewöhnliche *causa* beim Innominatkontrakt als *honestas* in Gegensatz steht. Um eine *turpis causa* zu sein, braucht die künftige Thatsache, um deren willen gegeben wird, nicht an sich schon etwas Schimpfliches zu haben: nicht stehlen, einen Menschen nicht tödten, ein *depositum* zurtückgeben, sind ganz rechtliche und ehrenhafte Handlungen beziehungsweise Unterlassungen und doch werden sie uns als Beispiele von *turpes causae* angeführt. (*l. 2 p. 1 D. h. t.*). Umgekehrt kann eine Handlung an sich schimpflich sein, ohne deshalb die

Bedeutung und Wirkung einer *turpis causa* zu haben: schimpflich ist z. B. die Handlung, um deren willen eine feile Dirne ihren Lohn erhält, aber eine *turpis causa* wird darin gleichwohl für sie nicht anerkannt (*l. 4, 3 D. 12, 5*). *Turpis causa* ist eine Thatsache vielmehr dann, wenn es schimpflich ist, dass sie die Handlung hervorbringt, eine Thatsache, um deren willen so zu handeln schimpflich ist, welche der daraus fließenden Handlung den Charakter der Schimpflichkeit verleiht. Dieser Ausdruck ist also ganz in analogem Sinne zu verstehen, wie die *justa causa*, die wir in der Einleitung festgestellt haben. Nicht zu stehlen ist an sich nicht schimpflich, aber es ist schimpflich sich etwas geben zu lassen, damit man nicht stehle. Das Nichtstehlen, indem es die *causa* ist *ob quam traditur*, verleiht dem Geben den Charakter der Schimpflichkeit. — Die besondere Kennzeichnung der *causa* soll also eigentlich eine besondere Kennzeichnung der daraus fließenden Handlung bedeuten, wie sich am deutlichsten daraus ergibt, dass überall, wo eine *turpis causa* anerkannt wird, auch von einem *turpiter dare* oder *accipere* (*l. 4, 3 et 4; l. 9 p. D. h. t.*), von einer *turpitudine dantis vel accipientis* (*l. 3, l. 4, 1—3 D. h. t.*) die Rede ist. Dabei ist zu beachten, dass in der Tradition zwei Handlungen liegen, das Geben des bisherigen und das Nehmen des neuen Eigentümers; je nach dem die *causa* das eine oder das andere schimpflich macht, spricht man von einer *turpitudine* oder *turpis causa dantis* oder *accipientis*; *l. 8 D. h. t.*

Wie oben bemerkt, ist das *dare ob turpem causam* nur ein Fall des *dare ob rem i. e. ob causam futuram* und verwandt mit dem Innominatkontrakt; der Zweck ist auch hier mit dem wirklichen Eintritt der *causa* erreicht. Allein nun kommt die Differenz: wenn sonst der Zweck erreicht, wenn eine andere *causa* eingetreten ist, findet keine *condictio* mehr statt (*l. 1, 1 D. h. t.*), dagegen findet eine solche statt, wenn die *causa* eine *turpis causa* für den Empfänger war, selbst dann, wenn diese *causa* eingetreten und folglich der Zweck erreicht ist: *l. 1, 2 D. h. t.* Ich gebe dir z. B., damit du mir mein *depositum* zurtückerstattest; das *reddere depositum* ist die *res*, die *causa futura ob quam traditur*. Um ihretwillen zu geben, ist für mich nichts Schimpfliches; aber auf deiner Seite ist es eine schimpfliche Handlung, dich für die Rückgabe des anvertrauten Gutes bezahlen zu lassen; das *reddere depo-*

situm ist eine *turpis causa accipientis*. Gibst du mir nun durch die besondere Bezahlung bewogen mein Depositum heraus, so ist allerdings mein Zweck erreicht; allein was du dir schimpflicher Weise von mir hast geben lassen, kann ich dir abverlangen.

Die Klage, mit welcher das Gegebene zurtückgefordert wird, ist die *condictio ob turpem causam*. Wie wir gesehen, verdient dieselbe allerdings den Namen einer *condictio ob causam*, denn die *causa ob quam datur* und somit auch *accipitur*, ist schuld daran, dass sie stattfindet. Allein der Zweck des Gebers ist hier erreicht, eine ungerechte Benachtheiligung desselben liegt nicht vor; desshalb ist die *condictio ob turpem causam* keine Klage wegen vereitelten Zweckes und gehört nicht in den Kreis, in welchem unsere Darstellung sich bewegen will. Fraglich ist, ob sie überhaupt auf der *aequitas* beruht; sie bezieht sich wenigstens nirgends ausdrücklich auf dieses Prinzip und will mir auch ein innerer Zusammenhang nicht einleuchten. Viel eher möchte ich die *condictio ob turpem causam* für eine gelinde Art von Strafklage halten: durch die Annahme der Gabe um eines schimpflichen Zweckes willen zeigt der Empfänger eine schimpfliche Gesinnung; die Moral scheint zu fordern, dass er wenigstens nicht durch die nämliche Handlung — die Annahme — bereichert werde und sei es auch mit dem Willen des Gebers. Unsere Klage fände dann eine Analogie in der strenge *in factum actio* gegen den *calumniator*. Die schlechte Gesinnung, die in der Annahme von Geld dafür, dass man einem Andern einen Prozess anhängen soll, ausgedrückt ist, wird hier gar durch eine Klage auf den vierfachen Werth des Empfangenen gestraft.

2. *condictio ob injustam causam*. Ueber dieser Klage liegt einiges Dunkel; es ist unklar, welche Bedeutung ihr zukomme, welches Gebiet sie umfasse, ja selbst das ist bestritten, ob sie überhaupt eine besondere Art von *condictio* vorstelle. Der Grund liegt darin, dass in den Quellen wohl im Allgemeinen von der Existenz einer solchen Klage die Rede ist, — so in den Ueberschriften von *Tit. D. 12, 5* und *Tit. C. 4, 9* und in *l. 6 D. h. t.*, — dass aber nur sehr wenige und unbedeutende Fälle ihrer Anwendbarkeit gegeben werden und diese meist in unbestimmter und zweifelhafter Weise. Hieraus ist zu schliessen, dass die praktische Bedeutung dieser *condictio* eine sehr geringe sein muss, und dass

jede Erklärung ihres Begriffes falsch ist, aus welcher eine umfangreichere Anwendbarkeit für sie hervorgehen würde.

Man versteht unter der *injusta causa* eine vorhergegangene missbilligte Handlung des Empfängers; danach wäre die Klage eine *condictio ob causam praeteritam*. Betrachten wir nun die Quellenbeispiele, welche gewöhnlich angeführt werden:

l. 7. D. h. t.: Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. Es ist hier offenbar nicht von einer Tradition *ex causa stipulationis* die Rede; sonst müsste eine *condictio indebiti* stattfinden, da die Obligation *ope exceptionis inanis* war. *Exigere pecuniam* bedeutet vielmehr die gerichtliche Beitreibung der Schuld; es wurde also *ex causa judicati* entweder freiwillig gezahlt oder zwangsweise das Geld erhoben. Hier ist keine *condictio indebiti* gegeben; *l. 1 C. 4, 5*. Im letzteren Fall liegt überhaupt keine Handlung und kein Zweck des Verlierenden vor. Bei der Zahlung *ex causa judicati* aber ist der nächste Zweck, dem Urtheil zu gehorchen, und dieser Zweck ist erreicht, nachdem ein Urtheil einmal wirklich besteht, dem zu gehorchen ist. Die Zahlung wäre also hier an sich gar keine ungerechte Thatsache, trotz der Mangelhaftigkeit der *stipulatio*, auf welche die gerichtliche Beitreibung sich gründete. — Nun kommt aber in Betracht, dass bei jener *stipulatio* der jetzige Empfänger eine Unrechtmässigkeit sich hat zu Schulden kommen lassen; der Vortheil, den er jetzt scheinbar rechtmässig erwirbt, lässt sich auf eine Immoralität von seiner Seite zurückführen, und deshalb wird er ihm mit einer *condictio ob injustam causam* entzogen, auch wieder rein zur Strafe, anders kann ich mir's nicht vorstellen.

l. 3 C. 4, 8: Mala fide possidens, de proprietate victus, exstantibus fructibus vindicatione, consumtis vero conductione conventus eorum restitutioni parere compellitur. — Der Besitzer einer fremden fruchttragenden Sache lucrirt die Früchte derselben dadurch, dass er sie consumirt, iedoch nur dann, wenn er nicht *mala fide* d. h. *bona fide* ist (§. 35 J. II, 1). Der Grund ist, dass diese Früchte ihm ein Aequivalent *pro cura et cultura* gewähren sollen; derselbe Grund, die *cura et cultura*, wäre eigentlich auch bei der *mala fide possessio* vorhanden und wäre deshalb die Consumption der Früchte hier ganz ebensogut ein rechtmässiger Erwerb. Nur darum, weil in der *possessio* der Hauptsache, worauf

der Erwerb durch Consumtion der Früchte sich stützt, ein unrechtmässiges Verhalten des Consumirenden liegt wird ihm zur Strafe der an sich gerechtfertigte Ersatz für *cura et cultura* entzogen, und zwar durch eine *condictio ob injustam causam*. — Aehnlich *l. 4, 1 D. 12, 1*.

l. 5, 18; l. 6 D. 24, 1: In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave, cui donatum est, ut si quidem extet res vindicetur, si consumpta sit condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est, quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet. — Es wird hier zweifelhaft gelassen, ob das *retinere* als *sine causa* oder als *ex injusta causa* angesehen werden soll. Das Erstere mag vielleicht das Richtigere sein; wir haben aber hier nur zuzusehen, inwiefern sich auch die zweite Auffassung vielleicht rechtfertigen liesse. Die *donatio int. vir. et ux.* ist unerlaubt und nichtig und überträgt deshalb kein Eigenthum; was also der Beschenkte erhalten hat, kann ihm der Schenker mit der *rei vindicatione* wieder abnehmen. Was freilich davon bereits konsumirt ist, das trifft diese dingliche Klage nicht; es würde also dem Beschenkten der daraus gezogene Gewinn verbleiben müssen. Weil aber dieser Gewinn auf eine vom Gesetz verbotene Handlung sich stützte, auf ein unerlaubtes Sichschenkenlassen, so wird jene Folge der an sich nicht unrechtmässigen Consumtion wegen der Unrechtmässigkeit, welche sie erst ermöglichte, wieder rückgängig gemacht, es wird *ob injustam causam* kondicirt.

Soviel sich aus diesen wenigen Beispielen, die uns nur zu Gebote stehen, ersehen lässt, hat es mit der *condictio ob injustam causam* folgende Bewandniss:

1) *ob injustam causam* wird nicht kondicirt, was unmittelbar durch eine unrechtmässige Handlung an Einen gekommen ist; man darf also die *condictio furtiva* keines Falls darunter rechnen. (Puchta Lehrb. §. 311). Es ist vielmehr vorausgesetzt, dass die Thatsache, welche zunächst den Gewinn herbeiführt, an sich nichts rechtswidriges enthält (Zahlung *ex causa judicati*, Consumtion der Früchte *pro cura et cultura*, oder einer geschenkten Sache, also mit Zustimmung des Eigenthümers); allein diese Erwerbsthatsache selbst wieder stellt sich als die Folge einer

unrechtmässigen Handlungsweise des Erwerbers heraus (*vis, mala fide possessio*, verbotswidrige Schenkungnahme), und zur Strafe dafür wird ihm jetzt der auf diese Weise gemachte Gewinn wieder entzogen.

2) Die *injusta causa* ist die Thatsache, auf welche sich die spätere Erwerbshandlung zurückführen lässt, *causa* also, insofern sie diesen Erwerb mittelbar verursacht. Unsere *condictio* ist deshalb nicht eine *condictio ob causam* in dem Sinne, wie die vorher Betrachteten; denn bei diesen handelte es sich um die *causa* einer innerlichen Thatsache, nämlich um das, was den handelnden Willen hervorbringt; die *injusta causa* aber hat eine objektive Richtung: sie bezieht sich auf das Zustandekommen des äusserlichen Erfolges, dass Einer einen Gewinn macht. Sie hat keine Beziehung auf den Willen, durch welchen etwa dieser Erfolg herbeigeführt wird.

3) Die *condictio ob injustam causam* ist keine Klage wegen vereitelten Zweckes; im ersten Beispiele ist der Zweck erreicht, im zweiten und dritten von einem solchen überhaupt keine Rede. Sie beruft sich auch nicht auf die *aequitas* und dürfte anzunehmen sein, dass sie auch wirklich nicht auf diesem materiellen, sondern gleich der *condictio ob turpem causam* auf einer Art von moralischem Prinzipie beruht.

IV. *condictio sine causa*. Tit. D. 12, 7.

Man pflegt dieser Klage wohl mit Recht eine allgemeinere Bedeutung zuzuschreiben. Sie umfasst für's Erste die beiden auf Vereitelung des Zweckes beruhenden Klagen der *aequitas* — *condictio indebiti* und *causa data causa non secuta*. l. 1 p. D. h. t.: *Est et haec species condictiois, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum.* l. 1, 1 D. h. t.: *Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est conductionem locum habere.*

Sie beschränkt sich aber nicht auf die Aufhebung ungerechter Bereicherungen, die durch Rechtsgeschäfte bewirkt wurde, sondern knüpft sich überhaupt an jede Thatsache, sofern sie einen solchen Erfolg hatte. So in l. 6 D. 24, 1, die wir oben anführten; hier hatte die Schenkung den Beschenkten nicht bereichert, weil sie nichtig ist und das Geschenke ihm mit der *rei vindicatio* abgenommen werden kann. Consumirt er aber die Sache *sine dolo*, so kann ihm die *rei vindicatio* nichts mehr anhaben; er wär

demnach durch die Consumtion bereichert auf Kosten der Geberin, welche Eigenthümerin geblieben war, und hieraus entsteht, wie unsere Stelle sagt, eine *condictio sine causa*. — In ähnlicher Weise knüpft sich eine *condictio*, die auch als *condictio sine causa* aufgefasst wird, in *l. 12 D. 12, 1* an die in *rem versio* des von dem *furiosus* dargeliehenen also nicht ins Eigenthum übergegangenen Geldes und in *l. 4, 2 D. 12, 1* an den Eigenthumserwerb durch *accessio*, welcher an dem *avulsum* stattfindet. — In allen diesen Fällen liegt eine vom Verlierenden ungewollte Bereicherung auf Kosten eines Anderen; die *condictio* ist also offenbar ein Ausfluss der *aequitas*. Allein von einem Zweck und seiner Vereitelung ist in ihnen nicht die Rede, es gibt also auch dabei keine *causa* in dem Sinne der *condictio indebiti* und *causa data*, und wenn unsere *condictio* auch in diesen Fällen sich *sine causa* nennt, so muss sie unter dieser mangelnden *causa* überhaupt etwas anderes verstehen. Sie kann keine *condictio ob causam* im Sinne jener beiden sein.

Alle bisher betrachteten Fälle der ersten und zweiten Art hatten das Gemeinsame, dass die fragliche Thatsache von Anfang an den Widerspruch mit der *aequitas* in sich trägt. Nun kann es aber auch sein, dass einer Thatsache anfänglich das eine oder andere Moment noch fehlt, welches dazu gehört, damit sie der *aequitas* widerspreche, d. h. eine ungewollte Bereicherung auf Kosten eines Anderen vorstelle, und nun kommt nachträglich auch die fehlende Seite noch hinzu, so dass der Widerspruch mit der *aequitas* fertig ist und doch noch eine *condictio* nöthig wird. Man bezeichnet diese Fälle unpassender Weise als die der *causa finita*, und nennt die *condictio sine causa* in dieser Funktion die *condictio causa finita* (Arndts Lehrb. §. 345 Anm. 3; v. Vangerow, Lehrb. §. 628 Anm. I). Die Hauptstelle ist hier *l. 2 D. h. t.*: der *fullo* leistet Schadenersatz für die Kleider, die er verloren hat; nachher aber findet der *dominus* seine Kleider wieder. Die Erfüllung der Obligation durch Zahlung des Werthes der Kleider, die er nicht mehr hat, aus seinem Vermögen; ist ein offener Nachtheil für den *fullo*; allein der *dominus* wird dadurch nicht bereichert, denn er hat seine Kleider dafür eingebüsst. Demgemäss ist auch der Wille des *fullo* beim Schadenersatz wohl darauf gerichtet, selbst ärmer zu werden, aber nicht den *dominus* zu bereichern. Würde

der *dominus* durch seine Leistung reicher, so wäre das eine ungewollte Bereicherung auf seine, des *fullo*, Kosten, die der *aequitas* offen widerspräche. Nun aber findet der *dominus* seine Kleider wieder; jetzt ist das, was er von dem *fullo* erhalten, reiner Gewinn für ihn, und die Leistung des *fullo* hat so nachträglich das Moment noch dazu bekommen, was ihr bisher fehlte, um eine der *aequitas* widersprechende Thatsache zu sein. Hier findet nach unserer Stelle eine *condictio sine causa* statt. — Hieher dürfte auch *l. 23 D. 12, 1* zu rechnen sein: *Si eum seruum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.* Wenn ich deinen Sklaven verkaufe, so bin ich offenbar ohne deinen Willen um den Kaufpreis, den ich erhalte, bereichert. Allein du bist nicht ärmer geworden, denn du kannst ja nach wie vor vindizieren, und so dein Eigenthum zurückerhalten. Stirbt aber der Sklave, so kannst du auch das nicht mehr, es trifft jetzt nachträglich dein Schaden mit meiner Bereicherung zusammen und muss im Namen der *aequitas* eine *condictio* verliehen werden, die analog dem vorigen Falle keine andere sein kann als die *condictio sine causa*. v. Vangerow *l. c.* führt noch mehrere Fälle seiner *condictio propter causam finitam* auf, die wir aber hier doch nicht weiter betrachten wollen.

Wir haben gesehen, die *condictio sine causa* umfasst die verschiedenartigsten Fälle, wo Jemand zum Schaden eines Anderen ohne dessen Einwilligung reicher geworden ist. Die Art und Weise, auf welche diese Bereicherung herbeigeführt wurde, macht für sie gar keinen Unterschied, mag nun die Vereitelung des Zweckes einer juristischen Handlung daran schuld sein, mag eine andere Art von Handlung oder ein zufälliges Ereigniss sie bewirkt haben, mag der Widerspruch mit der *aequitas* von vorneherein bestanden oder erst nachträglich sich vollendet haben. Wir müssen daraus schliessen, dass *condictio sine causa* überhaupt der gemeinsame Name aller *Conditionen* sei, welche dazu dienen, um im Namen der *aequitas* eine ungerechte Bereicherung aufzuheben. Hiemit dürfte denn auch die Art übereinstimmen, wie *l. 66 D. 12, 6* eine dieser *Conditionen*, die *condictio indebiti*, als einen besonderen Fall der allgemeineren *revocare quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur* hinstellt, was augen-

scheinlich auf die *condictio sine causa* gemünzt ist. Die *condictio sine causa* erscheint hienach als das der *aequitas* zunächst stehende Prinzip, zu dessen Vollzug dann wieder die einzelnen Arten der *condictiones* bestimmt sind. Die angegebene Bedeutung der *condictio sine causa* bestätigt sich aber auch in negativer Richtung dadurch, dass sie diejenigen *condictiones* nicht umfasst, welche nicht auf der *aequitas* beruhen; ich meine die *condictiones ob turpem* und *ob injustam causam*. Schon der Name schliesst sie aus: Klagen, die ihren Grund in der besonderen Fehlerhaftigkeit einer *causa* haben, können nicht in einer *condictio* wegen Mangels einer *causa* begriffen sein. In der That werden auch in den Quellen diese beiden Condiktionen einer *condictio* wegen abwesender *causa* als unterschieden entgegengesetzt; diess geschieht bezüglich der *condictio ob turpem causam* in *l. 5 p. h. t.*, für die *ob injustam causam* in der oben angeführten *l. 6 D. 24, 1*.

Ich hoffe diese Auffassung der *condictio sine causa* im Folgenden noch besser zu rechtfertigen.

Wir haben es als die Aufgabe der Betrachtung der in *Tit. 3—7* des 12. Buches zusammengestellten Condiktionen bezeichnet, nachzuweisen, dass überall, wo der Zweck der Tradition sich vereitelt zeigt, eine auf der *aequitas* beruhende *condictio* gewährt wird. Durch die Existenz der generellen *condictio sine causa* wäre dieser Nachweis auf das Vollkommenste geliefert. Wenn wir aber die einzelnen Arten der Zwecke mit ebenso bestimmten einzelnen Arten der Condiktionen zusammen halten wollen, so müssen wir diese generelle Klage ausser Ansatz lassen. Es zeigt sich aber dann, dass die besonderen Arten der auf der *aequitas* beruhenden Condiktionen nicht alle Fälle des vereitelten Zweckes umfassen. Die eine davon die *condictio causa data* ist eine reine *condictio ob causam* und setzt voraus, dass der Zweck gerade durch den Mangel der *causa* vereitelt worden sei; die andere, *condictio indeliti* geht allerdings über den Begriff einer *condictio ob causam* hinaus, indem sie alle Fälle des vereitelten Zweckes der Tilgung einer Verbindlichkeit umfasst, ausgenommen den, wo eine *causa futura* im Spiele ist, welcher der *condictio causa data* angehört. Es bleiben aber hienach alle sonstigen Fälle des nicht durch den

Mangel der *causa* vereitelten Zweckes übrig, und wir haben auch für diese noch speciell die Existenz einer *condictio* nachzuweisen.

1. Wo die Tradition eine vollkommen klagbare Obligation zu begründen im Stande ist, bedarf es zur Erreichung des Zweckes nicht der objektiven Existenz der künftigen Leistung, um deren willen gegeben wird; der Zweck ist vielmehr sofort mit der Begründung der Forderung auf die *causa* erreicht; ebenso aber auch sofort vereitelt, wenn aus irgend einem Grunde die Obligation doch nicht zu Stande kommt. Wenn dabei, was nur unter besonderen Umständen möglich ist, gleichwohl Eigenthum übergeht, so ist das eine ungerechte Thatsache und eine *condictio* am Platze. Diess kann aber eben eine *condictio ob causam* nicht sein, weil nicht der Mangel der *causa*, sondern der Mangel der Obligation auf die *causa* sie nothwendig gemacht hat. Der einzige Fall, in welchem das römische Recht durch Eigenthumstübertragung von Anfang an eine klagbare Obligation entstehen liess, ist das *mutuum*; so finden wir denn auch beim *mutuum* die oben geforderte *condictio* in folgenden Stellen: *l. 5 p. D. 26, 8: Pupillus obligari tutori eo auctore non potest . . . Sed et quum solus sit tutor mutuum pecuniam pupillo dederit . . . non erit obligatus tutori; naturaliter tamen obligatur in quantum locupletior factus est; nam in pupillum non tantum tutori verum etiam cuius actionem in quantum locupletior factus est dandam Divus Pius rescripsit.* Die persönliche Klage, welche hier an die ungerechte Bereicherung sich knüpft, welche sich gründet auf ein *naturaliter obligari* und auf Herausgabe der Bereicherung geht, ist offenbar keine andere, als die auf der *naturalis aequitas* beruhende *condictio* wegen vereitelten Zweckes. — *l. 32 D. 12, 1: Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum 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, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.* — Wenn mein debitor in meinem Auftrage einem Anderen zahlt, so gilt das als *mutuum*, obwohl die *subtilitas juris* dagegen sein könnte; *l. 34 p. D. 17, 1; l. 15 D. 12, 1.* Es wird nämlich laut letzterer Stelle fingirt: *videatur*

mihī data pecunia et a me ad te profecta. Auch unsere *l. 32* fasst das so auf, denn sie leugnet das *mutuum* nur wegen des mangelnden *consensus* über die Obligation und sagt am Schlusse ausdrücklich: *pecunia mea ad te pervenit.* Nachdem nun Eigenthum übergegangen ist, eine Darlehensobligation aber nicht zu Stande kam, wird, weil es *bonum* und *aequum* ist, die *condictio* wegen vereitelten Zweckes verliehen.

2. Geschah die Tradition Schenkungs halber, so ist der Zweck vereitelt, wenn der Beschenkte ein besonderes Zeichen von Undankbarkeit an den Tag gelegt hat. Hier kann man nicht vom Mangel der *causa* reden; es ist ja überhaupt nicht der Mangel, sondern das Eintreten einer Thatsache, woraus hervorgeht, dass die Tradition die Gesinnung nicht erzeugt hat, die sie beabsichtigte, und was eine *condictio* nothwendig macht. Deshalb ist die Klage zur Revokation der Schenkung wegen Undankbarkeit, welche *l. 7 C. 8, 56* uns überliefert, wohl eine *condictio* wegen nicht erreichten Zweckes, aber dabei keinerlei *condictio ob causam.* — Durch die Constitution Justinians in *l. 10 C. 8, 56* erhielt sie freilich einen anderen Charakter, den einer *condictio ex lege.*

Wir wollen jetzt übersichtlich den einzelnen Arten von Zwecken die besonderen Condiktionen gegenüberstellen, die ihre Vereitelung zur Folge hat, und befolgen dabei bezüglich der Zwecke die Eintheilung und Ordnung des vorigen §.

I. Vermögensrechtliche Zwecke.

1. Tilgung einer Verbindlichkeit:

condictio indebiti

ausnahmsweise, wo eine *causa futura* die Schuld an dem Fehlschlagen trägt:

condictio causa data

2. Begründung einer Verbindlichkeit:

namenlose *condictio* wegen missglückten *mutuum's*;

condictio causa data beim Innominatkontrakt.

II. Andere Zwecke.

1. innerlicher Zweck (Schenkungs):

namenlose *condictio* zur Revokation der Schenkung wegen Undankbarkeit;

condictio causa data bei der *donatio sub modo*.

2. materieller Zweck ohne Vermögensinteresse :

condictio causa data beim Innominatkontrakt und bei Dosbestellung für die künftige Ehe.

Hinter allen diesen Condiktionen steht die *condictio sine causa*, welche sie nicht bloss als gemeinsamer Name sämmtlich umfasst, sondern auch über sie hinausgehend in allen Fällen des vereitelten Zweckes anwendbar ist, wo etwa um besonderer Umstände willen eine jener speciellen Arten nicht passt. Insbesondere aber greift dieselbe da Platz, wo die Tradition nachträglich den Charakter der Ungerechtigkeit erst erhält, während sie zuerst der *aequitas* entsprach, wie wir das oben dargestellt haben.

Dagegen liegen ganz ausserhalb dieses Systems die beiden *condictiones ob turpem* und *ob injustam causam*.

§. 5. Die *justa causa traditionis*.

Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam l. 1, 3 D. 12, 7. — Dieser Satz weist uns den Weg von der Lehre von den *condictiones* zu dem letzten Schritt, der noch zu machen ist.

Die *condictio sine causa*, — unter diesem Namen begreifen wir alle Arten von Condiktionen, welche auf dem Prinzip der *aequitas* beruhen, — wendet sich gegen jede Thatsache, die in ihrem Erfolge diesem Prinzip widerspricht. Sie setzt also voraus, dass Jemandem eine vom Verlierenden nicht gewollte Bereicherung zu Theil geworden, dass Etwas wie von ungefähr an ihn gekommen sei, *ad eum pervenit*. Allein es ist noch eine negative Voraussetzung hinzuzufügen: es genügt noch nicht, um von der *aequitas* verurtheilt zu werden, dass eine Thatsache an sich ihr widerspreche; wir müssen uns erinnern, dass auch eine solche sich immer noch durch eine ausserhalb stehende Thatsache, durch eine *justa causa*, rechtfertigen kann. Deshalb muss ausserdem, dass die Thatsache zunächst für sich betrachtet als ein reines *pervenire* erscheint, auch noch hinzukommen, dass eine *justa causa*, die sie rechtfertigen könnte, nicht vorhanden ist. Ein *pervenire*

non ex justa causa muss vorliegen, dann ist der Widerspruch mit der *aequitas* fertig und die *condictio sine causa* begründet. — Nun wird auch klar, wie sich der Name dieser *condictio* rechtfertigt: sie ist die Klage gegen ein *pervenire*, dem die *justa causa* fehlt. *Sine causa* bedeutet an sich den Mangel der Thatsache, welche für das Existentwerden der andern — sei es überhaupt, sei es das Existentwerden in besonderer Art und Weise — von Bedeutung ist. Wenn aber die auf der *aequitas* beruhende *condictio* von einer *causa* spricht, so meint sie damit selbstverständlich die Art von *causa*, welche die *aequitas* verlangt, die *justa causa*. Diess tritt besonders deutlich hervor bei einer Vergleichung der obigen Stelle mit *l. 66 D. 12, 6: quod apud alterum sine causa deprehenditur*, ist ganz dasselbe wie *quod non ex justa causa ad eum pervenit*. Dass der Mangel der *causa* vom Standpunkt der *aequitas* in Betracht kommen soll, ist ja dort ausdrücklich schon gesagt und daraus deutlich genug erkennbar, dass der Mangel einer *justa causa* gemeint sei.

Vel redit ad non justam causam? Hiemit ist in sehr gedrängter Weise der zweite Hauptfall des Widerspruchs mit der *aequitas* angedeutet: es kann etwas entweder von vorneherein der *aequitas* widersprechen, oder auch ihr Anfangs angemessen sein und nachträglich den Charakter der Ungerechtigkeit bekommen. Der Sinn ist: was erst dahin gekommen ist, ein *pervenire non ex justa causa* zu sein.

Nun zu unserer Eigenthumsübertragung durch Tradition. Wir haben gesehen, als Rechtsinstitut *in abstracto* ist die Tradition unbedingt der *aequitas* angemessen (§. 1.), als einzelnes Rechtsgeschäft hingegen nur dann, wenn auch der Zweck des Tradenten erreicht ist (§. 2). Ist kein Zweck durch sie erreicht, so widerspricht sie der *aequitas* als ungewollte Bereicherung und muss deshalb die aufhebende Macht dieses Prinzips erfahren; sie ist dann auch, um mit *l. 1, 3 D. 12, 7* zu reden, ein reines *pervenire non ex justa causa* und muss als solches die *condictio sine causa* zur Folge haben.

Deshalb bedarf die Tradition als einzelnes Rechtsgeschäft, um in unbeeinträchtigtter Wirkung vor der *aequitas* zu bestehen,

des Nachweises, dass sie einen Zweck des Tradenten erfüllt; dann erscheint sie je nach der Art des Zweckes, wie wir dargelegt haben, entweder als eine ausgeglichene oder als eine gewollte Bereicherung und entspricht in beiden Fällen der *aequitas*.

Die Art und Weise aber, wie jener Nachweis des erreichten Zweckes mit der Tradition sich verbindet, ist eine verschiedene.

1. Die Thatsachen, in welchen der Nachweis des erreichten Zweckes liegt, können mit der Tradition selbst zu einem Ganzen verschmolzen sein, so dass beides zusammen als eine einzige Thatsache, als ein zusammengeschlossenes Rechtsgeschäft sich darstellt. Diess ist der Fall beim *mutuum*; Tradition zum Zwecke der Begründung einer Verbindlichkeit und wirkliche Begründung der Verbindlichkeit fallen hier in Eines zusammen. Ebenso bei der Schenkung: Tradition mit der Erklärung, dass sie geschehe zu dem Zwecke Wohlwollen zu äussern, enthält den Nachweis, dass der Zweck erreicht sei; denn diesen Zweck, wo einmal sein Vorhandensein feststeht, erfüllt sie unmittelbar selbst.

Im *mutuum*, in der Schenkung stellt sich die Tradition als ein der *aequitas* entsprechendes Rechtsgeschäft dar, welches keine Anfechtung von dieser zu fürchten hat. Die obigen Voraussetzungen der *condictio sine causa* sind auch hier in der That nicht gegeben; denn es ist kein reines *pervenire*, was wir da vor uns haben, sondern im einen Falle keine unausgeglichene, im anderen keine ungewollte Bereicherung.

2. Die Thatsachen, auf welchen die Erreichung des Zweckes des Tradenten beruht, können aber auch äusserlich getrennt von der Tradition als selbständige Thatsachen neben ihr erscheinen. So beim Innominatkontrakt, wo der Zweck erst durch das Eintreten der die *causa* vorstellenden Gegenleistung erfüllt wird. So vor Allem bei der Tradition zur Tilgung einer Verbindlichkeit, wo, von besonderen Umständen abgesehen, die Erreichung des Zweckes daran hängt, dass wirklich die Begründung einer Verbindlichkeit, wie sie jetzt getilgt werden soll, stattgefunden habe: die *emptio*, *venditio*, die *stipulatio*, das *legatum* sind die selbständigen und meist zeitlich vorausgehenden Thatsachen, aus deren wirklicher Existenz der Zweck der Tradition sich erreicht zeigt. Dieser zweite Fall unterscheidet sich sehr wesentlich in seiner äusserlichen Gestalt von dem ersten. Die Tradition tritt hier auf,

isolirt von dem Nachweis des erreichten Zweckes; so für sich betrachtet ist sie eine Tradition ohne erreichten Zweck, — eine der *aequitas* widersprechende Thatsache, und ein reines *pervenire*, welches die *condictio sine causa* zur Folge hätte. Nun aber findet sich jene andere Thatsache dazu, aus welcher sich ergibt, dass sie doch einen Zweck des Tradenten erfüllt; jetzt entspricht sie der *aequitas*, jetzt ist deshalb auch eine *condictio sine causa* nicht mehr statthaft; die Thatsache aber, welche bewirkt, dass eine andere der *aequitas* entspricht, ist die *justa causa*, das haben wir oben bereits festgestellt; *justa causa* heisst ferner laut unserer *l. 1, 2 D. 12, 7* die Thatsache, welche bei einem reinen *pervenire* die *condictio sine causa* ausschliesst. Aus beiden Gründen also, sowohl aus dem, der aus dem Begriff des Wortes, wie aus dem, der aus einem direkten Ausspruche der Quellen entnommen ist, verdient den Namen einer *justa causa traditionis* ein und die nämliche Thatsache. Wir sind zu dem Resultat gekommen, welches noch einmal ausgesprochen sein will: *justa causa traditionis* ist diejenige von der Tradition selbst getrennte Thatsache, welche den Nachweis enthält, dass dieselbe ihren Zweck erreicht.

Im Einzelnen wären hieran noch folgende Betrachtungen anzuknüpfen:

1. Nicht überall, wo die Tradition der *aequitas* entspricht und eine *condictio* nicht stattfindet, lässt sich auch eine *justa causa* ausscheiden, nämlich überall da nicht, wo die Erreichung des Zweckes sich unmittelbar mit der Tradition zu einem Ganzen verbindet. Diess wird wohl stets der Fall sein beim *mutuum*, und meist auch bei der Schenkung. Doch wäre, was die Letztere betrifft, auch das Gegentheil nicht unmöglich. Gesetzt es tradirt Einer, weil er glaubt, dem Anderen für einen geleisteten Dienst die Sache versprochen zu haben, also zur Tilgung eines Schenkungsversprechens. Hinterdrein stellt sich heraus, dass das Schenkungsversprechen nicht stattgefunden hatte, sonach der Zweck verfehlt war. Nun aber erklärt der Geber in dankbarer Erinnerung an jene Dienstleistung: nun so will ich dir die Sache geschenkt haben. Ohne diese Erklärung wäre die Tradition eine ungerechte Thatsache,

durch dieselbe erhält sie nachträglich die Bedeutung, Aeusserung des Wohlwollens des Gebers zu sein, sonach doch einen Zweck desselben zu erfüllen. Wir haben also hier eine von der Tradition selbst getrennte Thatsache, durch welche sich ein Zweck des Tradenten in der Tradition erreicht zeigt, eine *justa causa traditionis*, welche die *condictio* von der an sich ungerechten Tradition ferne hält. Das eigentliche Anwendungsgebiet der *justa causa* ist dagegen, wie gesagt, beim Innominatkontrakt und bei der Tradition, die *solvendi causa* geschieht; hier wird sich der Nachweis des erfüllten Zweckes stets als eine von der Tradition getrennte Thatsache darstellen müssen; im letzteren Fall insbesondere ist es die Thatsache, welche die zu tilgende Obligation begründet hat, und darum: *Venditio aut aliqua alia justa causa (l. 31 p. D. 41, 1)* und: *si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emtionis aut donationis aut legatorum (§. 4 J. 4, 6)*.

2. Gerade in den eben bezeichneten wichtigsten Fällen ist die Thatsache, aus welcher das Erreichtsein des Zweckes sich ergibt, keine andere als die *causa ex qua traditur*; nämlich beim Innominatkontrakt die erstrebte Gegenleistung, bei der Zahlung die Schuldbegründung, die *causa debendi*. Es erscheint also die *causa ex qua traditur* in ihrer wirklichen Existenz zugleich als *justa causa traditionis*. Gerade wegen dieses äusserlichen Zusammenstehens wird es nothwendig, diese beiden verschiedenen Begriffe ja recht scharf auseinander zu halten.

An sich bedeutet das Wort *causa* immer dasselbe: es bezeichnet eine Thatsache nach ihrer Eigenschaft, eine gewisse Beziehung auf eine andere Thatsache zu haben, indem sie der Grund ist, dass diese überhaupt oder in einer bestimmten Art und Weise existirt. Eben deshalb bestimmt sich aber in *concreto* die Bedeutung der *causa* danach, was diese andere Thatsache, auf welche sie sich bezieht, für eine ist. Nun haben wir festgestellt: die *causa ex qua traditur* bezieht sich auf den Willen, der in der Tradition zu Tage tritt, die *justa causa* aber auf die Thatsache der Tradition selbst. Hieraus folgt für die *causa* eine verschiedene Bedeutung in beiden Fällen: dort wirkt sie auf ein Subjektives, das erst in die Aeusserlichkeit heraustritt, hier auf ein Objektives, lediglich Aeusserliches. Ihre Funktion ist dort eine innerliche, hier eine äusserliche. Das gibt sofort den praktischen Unterschied, dass die *causa ex qua*

traditur ihre Wirkung auch schon dann thun kann, wenn sie bloss in subjektiver Existenz, bloss im irrthümlichen Bewusstsein vorhanden ist, die *justa causa* aber lediglich in ihrer eigenen objektiven Existenz in Betracht kommt. Eine *stipulatio* ist z. B. die *causa ex qua traditur* gewesen; dann war eben diese *stipulatio* auch die *justa causa traditionis*, welche die *condictio* ausschliesst. Nehmen wir nun an, die *stipulatio* habe objektiv nicht, sondern lediglich in der subjektiven Meinung des vermeintlich Verpflichteten bestanden; das genügt vollkommen, die Traditionshandlung hervorzubringen, — die Wirkung der *causa ex qua traditur* konnte eintreten; — aber die Tradition erscheint hier als ungerechte Thatsache, welche die *condictio* zur Folge hat, — die Wirkung einer *justa causa traditionis* ist nicht vorhanden.

Ferner: wenn die *causa ex qua traditur* sich auf den handelnden Willen bezieht, so hat sie im Traditionsgeschäft zwei Objekte; sie kann sich auf den Willen des Gebers sowohl als auf den des Empfängers beziehen und sonach in einer doppelten Richtung wirksam sein. Ein Beispiel finden wir unter der *condictio ob turpem causam*; hier ist die auf den Willen bezügliche *causa* gemeint. Wird der *causa* eine bestimmte Eigenschaft beigelegt, so verleiht sie dieselbe der Thatsache, auf welche sie sich bezieht. Die *turpis causa*, weil sie auf den Willen sich bezieht, findet in der Tradition zwei Gegenstände, auf welche sie sich beziehen kann: den Willen des Gebers und den des Empfängers und hienach wird eine *turpis causa dantis* und *accipientis* unterschieden d. h. die *causa* kann den Charakter der Schimpflichkeit entweder der Handlung des Gebers oder der des Empfängers verleihen: es ist entweder *turpiter datum* oder *turpiter acceptum*, l. 4, 4; l. 8 D. 12, 5. — Eine solche Unterscheidung ist bei der *justa causa traditionis* nicht statthaft; denn ihr verschwinden die beiden Willensäusserungen in dem gemeinsamen objektiven Resultate der Tradition selbst.

Die *causa*, die sich auf den Willen bezieht, steht ebendesshalb in innigem Zusammenhang mit der Subjektivität, in welcher dieser Wille entsteht, mit der Person des Wollenden. Eine *turpis causa dantis* hat desshalb auch eine *turpitude dantis*, eine *turpis causa accipientis* eine *turpitude accipientis* im Gefolge. l. 3 D. 12, 5. — Bezieht sich aber eine *causa*, wie es bei

der *justa causa traditionis* der Fall ist, auf das objektive Resultat, auf die Thatsache der Tradition, so ist ihre besondere Charakterisirung ganz gleichgültig für die Persönlichkeit der Handelnden.

Die Verschiedenheit der Thatsachen, auf welche die *causa* sich bezieht, ist auch maassgebend für die der Letzteren beizulegenden Eigenschaften. Diese Eigenschaften haben einmal die Bedeutung, auf jene übertragen zu werden: desshalb werden sie stets von entgegengesetzter Natur sein gegenüber denjenigen Eigenschaften, welche die betreffende Thatsache an sich haben würde. Es wäre ja überflüssig einer Thatsache eine Eigenschaft, wie sie sie schon hat, erst noch von aussen her verleihen zu lassen. Der handelnde Wille und die objektive Thatsache der Tradition bilden nun gewissermassen Gegensätze. Eigenthum übertragen und annehmen zu wollen, steht Jedermann frei; es liegt hierin nichts, was die *aequitas* verletzen könnte; der handelnde Wille ist also an sich gerecht und folglich bei ihm eine Thatsache, die ihn erst gerecht machen sollte, nicht denkbar. Dagegen die objektive Thatsache der Tradition ist an sich d. h. ohne erreichten Zweck ungerecht und der *aequitas* widersprechend. Hieraus ergibt sich, dass nur bei der letzteren eine *causa* mit dem Prädicate der *justitia* am Platze sein kann. — Mit erreichtem Zwecke ist die Tradition eine der *aequitas* entsprechende Thatsache; bei einer solchen ist es dann wieder möglich, dass eine auf sie bezügliche *causa* die Eigenschaft der Ungerechtigkeit auf sie überträgt. So erklärt sich die *injusta causa*, die wir oben bei der betreffenden *condictio* besprochen haben; auch diese bezieht sich, wie schon damals erwähnt, auf die objektive Thatsache der Tradition.

Die der *causa* beizulegenden Attribute bestimmen sich aber auch insofern nach der Thatsache, wozu dieselbe gehört, als gewisse Eigenschaften zu dieser ihrem Wesen nach niemals passen. Wir haben vorhin gesagt, der Wille der Handelnden verletze hier die *aequitas* nicht: er kann sie aber in der That gar nicht verletzen, wenn man ihn lediglich in seiner subjektiven Entstehung betrachtet. Denn das, worin die *aequitas* verletzt werden könnte, das Vermögen, ist rein objectiver Natur. Desshalb ist eine *injusta causa*, die ihm die Eigenschaft verleihe, der *aequitas* zuwider zu sein, nicht möglich. — Andererseits aber hat die Tradition, als objektive Thatsache aufgefasst, keinerlei Beziehung

auf die Subjektivität der dabei beteiligten Personen. Sie kann also auch keine Eigenschaften erhalten, die eine Würdigung der subjektiven Gesinnung voraussetzen. Dagegen steht der handelnde Wille mit dieser im innigen Zusammenhang; daher kann eine auf ihn bezügliche *causa* in irgend einer Weise eine moralische Charakterisirung bringen. Die *causa turpis* bezieht sich auf den handelnden Willen und nur auf diesen. An sich ist derselbe nichts Schimpfliches, die *turpis causa* verleiht ihm und somit auch der handelnden Person den Charakter der *turpitude*. Die *causa honesta* dagegen, die die nämliche Beziehung hat, ist nur von negativer Bedeutung, insofern sie ausdrückt, dass die *causa* keine *inhonesta*, keine *turpis* war.

Endlich vermag auch die *justa causa traditionis*, obwohl sie regelmässig mit der *causa ex qua traditur* zusammentrifft, sich doch unter Umständen von der Letzteren auch äusserlich zu scheiden. Nehmen wir das obige Beispiel: es hat Jemand tradirt in der Meinung durch ein Schenkungsversprechen obligirt zu sein. Diese Meinung stellt sich nachher als unrichtig heraus; er erklärt aber, er wolle die Sache dem Anderen geschenkt haben. Die Thatsache, welche den Willen zur Entstehung bringt, um deren willen gegeben wird, also die *causa ex qua traditur*, ist die Schuldbe gründung, das Schenkungsversprechen. Diese *causa* existirt hier in Wirklichkeit gar nicht. Die Thatsache aber, um deren willen die an sich ungerechte Tradition keine *condictio* nach sich zieht, also die *justa causa traditionis*, ist die nachträgliche Erklärung zu schenken.

3. Die ganze Lehre von der *justa causa traditionis*, wie wir sie bisher dargestellt, gilt lediglich für die Tradition als einzelnes konkretes Rechtsgeschäft, nicht für das Rechtsinstitut. Es bedarf einer *justa causa* nur der *condictio* gegenüber, nicht zur Bewirkung des Eigenthumsüberganges. Wenn aber einmal um der *condictio* willen eine *justa causa* da ist, so ist nicht ausgeschlossen, dass die Thatsache, aus welcher sie besteht, doch unter Umständen auch für den Eigenthumsübergang von Bedeutung sei. Wir haben das bereits in §. 1 erwähnt und zugleich konstatirt, dass die Tendenz unserer Wissenschaft dahin gehe, jene Bedeutung darin zu suchen, dass ein Indizium auf das Vorhandensein des Eigenthumsübertragungswillens darin enthalten sein könne.

Die beiden Stellen, welche hier in Betracht kommen, sind *l. 31 p. D. 41, 1: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Ulp. 19, 17: Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis.*

Die erstere Stelle spricht von einer *nuda traditio*; *traditio* heisst eigentlich bloss Besitzeinräumung, nur wird das Wort auch für Eigenthumübertragung durch Besitzeinräumung gebraucht d. h. für einen Fall, wo neben der blossen Besitzeinräumung noch der *animus accipiendi* und *transferendi domini* vorhanden ist. Es liegt nahe unter einer *nuda traditio* eine solche zu verstehen, mit welcher eine Erklärung des Willens Eigenthum zu übertragen nicht verbunden ist, die sich also äusserlich als eine bloss Besitzeinräumung darstellt. Hiefür spricht auch der Gegensatz *nuda voluntas*, worunter *l. 9, 5 D. 41, 6* umgekehrt den blossen Eigenthumsthertragungswillen ohne äusserlich erkennbar hervortretende Besitzeinräumung versteht. Der Ausdruck *ipsa traditio* in der zweiten Stelle sagt ganz das Nämliche: die Tradition selbst d. h. für sich, abgesehen von etwaigem Beiwerk, von Dingen, die sonst wohl mit verbunden sind und auch mit der Bezeichnung *traditio* umfasst werden können, wie eben die Erklärung des *animus transferendi domini*. Der Sinn unserer beiden Stellen wäre sonach: eine bloss Besitzeinräumung ohne ausdrückliche Erklärung des *animus domini transferendi* überträgt Eigenthum, wenn eine *justa causa traditionis* vorhanden ist. Hieraus ergibt aber eine einfache Schlussfolgerung, welche Bedeutung die *justa causa* hier nur haben kann. Ohne den Willen, Eigenthum zu übertragen, gewährt die Besitzeinräumung kein Eigenthum; ist er also nicht ausdrücklich erklärt, so muss eine Thatsache gegeben sein, aus welcher sich auf sein Vorhandensein bei der Besitzeinräumung schliessen lässt. Da nun gesagt ist, die Besitzeinräumung ohne jene Erklärung übertrage Eigenthum, wenn eine *justa causa* gegeben ist, so folgt hieraus, dass diese eine solche Thatsache ist, welche im Stande ist, ein Indizium, wie wir es brauchen, abzugeben. Die nämliche Folgerung haben auch schon v. Savigny und Strempele an den oben angegebenen Orten gemacht.

Ob eine Thatsache im Stande ist, ein Indizium auf eine be-

stimmte Willensrichtung abzugeben, ist natürlich *quaestio facti*. Wir können nur im Allgemeinen konstatiren, dass gewisse Arten von *justae causae* wohl schwerlich geeignet sein dürften. Ich meine die dem Innominatkontrakte angehörigen, welche in der erwarteten und wirklich eingetretenen Gegenleistung des Empfängers bestehen; hier ist der Zusammenhang mit der vorausgehenden Tradition in der That viel zu lose. Dagegen wird eine vorausgehende *causa debendi*, welche den Tradenten zur Gewährung von Eigenthum verpflichtet, meist auch den Schluss gestatten, dass er solches bei der Tradition habe gewähren wollen. Hiemit stimmt auch die citirte *l. 31 p. D. 41, 1* überein, indem sie ausdrücklich nur von einer *justa causa praecedens* spricht. Demnach wären ausser der ausdrücklich erwähnten *emptio, venditio* auch noch *stipulatio*, Dotalversprechen, Schenkungsversprechen, Damnationslegat solche *justae causae*, welche im konkreten Fall, nämlich beim Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des *animus transferendi domini*, für den Eigenthumsübergang durch Tradition von Bedeutung sein können. Das ist aber nur eine zufällige Nebenwirkung von ihnen, ihren Namen *justae causae* führen sie um einer anderen Wirkung willen.

Dafür, dass die Bedeutung der *justa causa* für den Eigenthumsübergang durch Tradition nur eine zufällige, dass hiezu eine *justa causa* nicht nothwendig gefordert sei, haben wir jetzt ein neues Argument gewonnen. Damit eine *condictio* nicht stattfinde, muss eine *justa causa traditionis* vorhanden sein, das scheint mir festzustehen. Voraussetzung der *condictio* ist aber der vollendete Eigenthumsübergang durch die Tradition (§. 14 J. IV, 6). Wenn also hiezu eine *justa causa* nothwendig ist, so muss diese *justa causa* vorhanden sein, damit die *condictio* wegen Mangels einer *justa causa* stattfinden könne. Dann aber ist diese *justa causa*, welche die *condictio* verlangte, eine andere, als die, welche zum Eigenthumsübergang nothwendig war, und es gibt zwei verschiedene *justae causae traditionis*, welche zu einer vollgültigen Tradition, die nicht wieder aufgehoben werden soll, beide nothwendig sind. Es würde aber wohl vergebliche Mühe sein, das Material für zwei *justae causae* der Tradition aus unseren Quellen herauszufinden. In der That hat auch keiner von den Anhängern der Nothwendigkeit einer *justa causa* für den Eigenthumsübergang es gewagt, diese einfache Konsequenz zu ziehen.

Werfen wir einen Blick auf unsere Literatur, so wäre hier im Einzelnen noch gar Manches zu besprechen. So die konstante Vermengung der *justa causa traditionis* und der *causa*, um deren willen tradirt wird, bei Arndts, Puchta und Strempele, denen die erstere nichts anderes bedeutet als eine *causa ex qua traditur*, welche *justa* ist; so auch bei Strempele die Aufzählung einzelner *justae causae*, unter welchen in §. 7 und §. 8 auch das Darlehen und der Innominatkontrakt figuriren! — Ich will aber nur noch in Kürze einiger besonders hervorragender Schriften gedenken.

Leist (Mancipation und Eigenthumstradition) kommt auf Grund höchst scharfsinniger Erörterungen über das Wesen des Kaufes und seinen Zusammenhang mit dem Eigenthumsvertrag dahin, die *causa* der Tradition einzutheilen in eine declarative und eine essentielle (§. 42 l. c.). Zur ersteren gehören alle *causae* mit Ausnahme des Kaufes als z. B. *dos*, Schenkung und dergl., sie haben nur eine mittelbare Bedeutung, indem sie lediglich dazu dienen, das thatsächliche Vorhandensein und die faktische Möglichkeit des *animus transferendi* und *accipiendi dominii* zu konstatiren. Die Verkaufsc*ausa* dagegen ist mit der Eigenthumstradition völlig juristisch verbunden, so zwar dass selbst dann, wenn *animus transf.* und *accip. dom.* und alles, was sonst zum Traditionsgeschäft an sich gehört, in vollkommen genügender Weise vorhanden sind, Eigenthum doch nicht übergeht, es sei denn, dass auch das ganze materielle Wesen des Kaufes erfüllt ist, und das geschieht durch Erledigung der Preiszahlungsfrage d. h. durch Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises. — Der Unterschied ist gewiss beachtenswerth, ohne dass er deshalb von Einfluss sein müsste auf die Frage nach der Nothwendigkeit einer *justa causa traditionis*. Nach Leist (§. 53 l. c.) wäre eine *justa causa* in zweierlei Bedeutung für die Tradition erforderlich, wovon die eine auch schon mit der declarativen die andere nur mit der Verkaufsc*ausa* sich verbindet. Es soll (N. 1) zur Tradition die selbst ausdrücklich erklärte blosse *voluntas transferendi* und *accipiendi dominii* nicht genügen. Es muss dieser Wille vielmehr nach der ökonomischen Stellung des Geschäftes auch ein faktisch möglicher sein, d. h. es darf nicht ein Depositum, ein Commodat u. s. w. beabsichtigt sein, neben welchem, wie in §. 50 l. c. ausgeführt ist, jener Wille nicht möglich wäre. — Wir haben aber die Frage so gestellt: be-

darf es zur Tradition, neben dem vorhandenen Willen Eigenthum übergehen zu lassen noch einer *justa causa*; hiemit ist also eine Erklärung vorausgesetzt, die den Willen wirklich enthält, nicht bloss scheinbar, wie es wäre, wenn eigentlich ein Depositum gewollt würde. Es wird deßhalb auch Leist mit uns einverstanden sein, wenn wir sagen, dass zu einer solchen Tradition, wie wir sie voraussetzen, jene *justa causa* nicht mehr nothwendig ist, um Eigenthumstübergang zu bewirken; denn für das, was einmal schon wirklich vorhanden ist, braucht die faktische Möglichkeit seiner Existenz nicht mehr erst noch besonders nachgewiesen werden. — Wollte man aber auch annehmen, dass bei Erledigung unserer Frage nicht nothwendig nur eine richtige Tradition in Betracht zu ziehen wäre, so würde man doch daraus noch nicht auf das Erforderniss einer *justa causa*, sondern lediglich zu der negativen Forderung kommen, dass eben eine solche widersprechende Erklärung, die auf ein Depositum, auf ein Commodat lautete, nicht vorliege. Leist sagt auch gar nicht, worin denn eigentlich jene *justa causa* bestehen solle, sondern bewegt sich in neutralen Ausdrücken: »es muss insoweit eine *justa causa* vorliegen, als . . . erhellen muss,« »der Begriff der *justa causa* lässt sich so übersetzen, es . . . muss vorliegen.« Man könnte nun denken, es solle darunter diejenige deklarative *causa* verstanden sein, welche anstatt einer solchen schädlichen *causa* vorliegt, welche diese ausschliesst; allein Leist sagt selbst: der Wille kann sich auf eine *falsa causa* stützen, ja im engeren Sinne *sine causa* sein, also *dos*, Schenkung u. s. w. können fehlen und »es ist doch immer eine *justa causa* im Sinne von N. 1 vorhanden.« Man würde in der That nach solchen Ausführungen die Erklärung erwarten: damit der Eigenthumstübergangswille faktisch möglich sei und Eigenthum demnach durch Tradition übergehe, braucht eine *justa causa* nicht existiren. — Anders steht es mit der essentiellen *causa*, mit dem Kaufe (N. 2); indem er den Eigenthumstübergang von der Erledigung der Preiszahlungsfrage abhängig macht, übt er allerdings einen grossen Einfluss auf die Gültigkeit der zugehörigen Tradition. Allein ist er deßhalb *justa causa traditionis*? wir verstehen doch unter einer solchen ein Erforderniss, welches die Tradition nöthig hat, um gültig und vollwirksam zu sein; insofern aber der Kauf erst noch die Erledigung der Preiszahlungsfrage nothwendig macht, wäre er

für die Wirksamkeit der Tradition in der Richtung auf Eigenthumsübertragung eher ein Hinderniss zu nennen. Oder dürfte man annehmen, wenn von dem Kaufe als *justa causa traditionis* die Rede ist, werde die Erledigung der Preiszahlungsfrage stillschweigend vorausgesetzt? Die Römer haben das nicht gethan, das wird leicht zu beweisen sein. Zur *Publiciana* verlangt der Prätor eine *traditio ex justa causa* (l. 1 p. D. 6, 2); und als solche *justa causa* dient denn auch der Kauf (l. 3, 1 D. eod.). Gälte nun die Erledigung der Preiszahlungsfrage als enthalten in der *justa causa venditionis*, so müsste, wenn der Prätor gar nichts weiter darüber sagt, gefolgert werden, dass er stillschweigend Kaufpreiszahlung oder Creditirung voraussetzt. Gaius aber in l. 8 D. eod. zieht bekanntlich aus dem Schweigen des Prätors über diesen Punkt gerade den umgekehrten Schluss. Es kann also die *emptio venditio*, — diess scheint mir daraus hervorzugehen, — nicht deshalb *justa causa traditionis* heissen, weil sie für den Eigenthums-erwerb durch Tradition nothwendig und förderlich wäre; sie muss jenes Prädikat aus einer anderen Rücksicht verdienen, nach einer anderen Seite hin muss sie unserem Rechtsgeschäfte eine Ergänzung, ein Erforderniss seiner Wirksamkeit sein. Nach welcher? es scheint mir keine andere denkbar, als die wir oben festgestellt haben: nämlich die materielle Bedeutung des Rechtsgeschäftes für die betroffenen Vermögenskreise, seine Stellung gegenüber der *aequitas* und der *condictio sine causa*.

Fitting Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung im Arch. f. civ. Prax. Jahrg. 1868 und 1869 gibt unter Nr. 57—59 eine Theorie der *justa causa*, aus welcher ich mit Freuden eine Bestätigung meiner eigenen Auffassung entnehme. Ein jedes vermögensrechtliche Geschäft, wie es konkret im Leben auftritt, hat eine doppelte Seite: die juristische und die wirthschaftliche, und die letztere besteht in der Rolle, welche es in der Verkehrs- und Güterbewegung als solcher zu spielen berufen ist, — wie wir es ausgedrückt haben: in seiner Wirkung auf das Vermögen. Beides zusammen gibt erst den Gesamtcharakter eines konkreten Geschäftes; dem Verkehrsleben erscheint sogar die wirthschaftliche Seite als das Wesentlichere, und dass diese in Ordnung ist, ist ihm der Rechtfertigungsgrund der spezifisch juristischen Wirkung des Geschäftes, die *justa causa* desselben. Die Folge eines Mangels die-

ser *justa causa* auf die juristische Seite kann nun eine verschiedene sein. Entweder die juristische Wirkung tritt gleichwohl ein und es greifen nur besondere Rechtsmittel (Condiktionen wegen ungerechtfertigten Habens, *exceptio doli* und dergl.) Platz, um sie wieder aufzuheben oder in ihrer Wirkung auf das Vermögen zu entkräften; oder der Mangel der *justa causa* verhindert auch die juristische Wirkung, so dass das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist. Ersteres ist der Fall bei den formellen, letzteres bei den materiellen Akten. Was nun speziell die Tradition betrifft, so stimmt auch insofern Fittings Auffassung mit der unsrigen überein, als er anerkennt, dass nach Justinianischem Rechte für die Rechtsgültigkeit derselben keine *justa causa* erforderlich ist. Allein, — und hier kommt die Differenz, — ursprünglich soll das anders gewesen sein; die Tradition wäre im älteren römischen Rechte Materialakt gewesen und hätte als solcher einer *justa causa* bedurft. Den Beweis dieses Satzes sieht Fitting darin, »dass das Erforderniss einer *justa causa acquirendi dominii* als einer unumgänglichen Vorbedingung für den Eigenthumsübergang durch Tradition selbst noch unter den spätesten klassischen Juristen seine Vertreter hatte.« Er beruft sich auf Ulpian und Scävola, welche in *l. 43 p. D. 47, 2* und *l. 18 D. 13, 1*, die wissentliche Annahme eines *indebitum* für ein *furtum* erklären; direkte Beweiskraft haben diese Aussprüche nicht; nach dem Wortlaut des ersteren könnte man sogar annehmen, dass nicht der Eigenthumsübergang nichtig und deesshalb ein *furtum* begangen wäre, sondern vielmehr umgekehrt der Eigenthumsübergang erst deesshalb verweigert werden wolle, weil in der Annahme ein *furtum* lag. Ferner auf Ulpian in der berrichtigten *l. 18 p. D. 12, 1* und in *l. 25, 1 in f. D. 7, 1*, welche letztere sich vielleicht den Umständen des Falles angemessener in Zusammenhang mit *l. 7 p. D. 39, 5* und *l. 53 D. 50, 17* bringen liesse. Die Stellen, welche direkten Beweis bringen sollen, sind *Ulp. fragm. 19, 17* und *l. 31 p. D. 41, 1* (Paulus); dass aber gerade diese in anderem Sinne aufzufassen sind, glaube ich oben dargethan zu haben. — Allein es scheint mir überhaupt, als könne Fitting von seinem eigenen Standpunkt aus, den er gegenüber dem Begriff der *justa causa traditionis* eingenommen, an dem Gedanken einer solchen Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen nicht festhalten. Er hat die *justa causa* — gewiss

ganz richtig — für die materielle Rechtfertigung des Rechtsgeschäftes erklärt, deren Mangel entweder die Ungültigkeit desselben oder eine *condictio* wegen ungerechtfertigten Habens u. dergl. zur Folge hat. Wenn nun Ulpian und Paulus für die Tradition das Erstere annahmen, so mussten sie nothwendig zugleich anerkennen, dass es gegenüber der Tradition keine *condictio* wegen ungerechtfertigten Habens gebe. Denn entweder ist die zur Tradition gehörige *justa causa* vorhanden, dann geht Eigenthum über und ist zugleich die *condictio* ausgeschlossen, die sich ja nur an den Mangel dieser *justa causa* knüpfen könnte; oder die *justa causa* fehlt, dann wird kein Eigenthum übertragen und ist die *condictio*, die wegen des Mangels der *justa causa* an sich zulässig wäre, schon aus diesem Grunde wieder ausgeschlossen, denn sie setzt ja den perfekten Eigenthumsübergang voraus. Es wäre also die *condictio* völlig lahm gelegt. Dass aber Paulus und Ulpian der Meinung ganz gewiss nicht waren, das geht am besten daraus hervor, dass gerade sie es sind, welche uns die zahlreichsten Beispiele von der Anwendung der *condictiones indebiti, ob causam datorum* und *sine causa* liefern. Ich meine, der Umstand müsste Fitting's Annahme widerlegen. — Fitting spricht sich in Anm. 197 gegen Schlossmann aus, der die *causa* als Zweck oder Absicht bestimmt. Der sprachliche Grund, den er geltend macht, trifft unsere Definition der *causa* nicht; wohl aber ist der weiter noch angeführte innere Grund auch gegen diese gerichtet: »wenn die *causa* auf die Bedeutung eines blossen subjektiven Motives zur Vornahme des Geschäftes herabgedrückt wird, läge sie ausserhalb des Geschäftes, während sie doch ein Element desselben bilden müsste.« Unsere *causa* wird mit dem Geschäft durch das Motiv vermittelt, liegt also eigentlich noch weiter »ausserhalb« als dasselbe. Allein doch bloss ausserhalb des Geschäftes an sich, wie es in *abstracto* gedacht und von der Theorie formulirt wird; dem lebendigen konkreten Geschäft dagegen gehören Motiv und Zweck und folglich auch die *causa* ebenso innig an, als besondere persönliche Eigenschaften der Handelnden und besondere Zustände der betreffenden Sache, die ja auch das abstrakte Geschäft ignorirt, während sie für das konkrete von grösster Bedeutung sind.

Wenn die eben besprochene Abhandlung sich eigentlich nur auf den Begriff der *justa causa traditionis* bezog, so ist mehr für

die *causa ex qua traditur* von Interesse Windscheid's Schrift: die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung. Unter der Voraussetzung wird hier eine Selbstbeschränkung des Willens verstanden, welche bewirkt, dass falls die Voraussetzung ermanget, der gewollte Erfolg durch eine *condictio* rückgängig gemacht wird. Insoferne nun, wie wir gesehen haben, auch der Mangel der *causa* unter Umständen diesen Erfolg herbeiführt, findet sie mit Recht unter dieser Lehre von der Voraussetzung ihre Stelle. Windscheid macht drei Rubriken:

1) *causa* als Beweggrund (*l. c. N. 35*), wo sie einen Einfluss auf die Wirksamkeit des Geschäftes nicht hat. Es werden hier vor Allem angeführt: *l. 2, 7 D. 39, 5, l. 52 D. 12, 6, l. 65, 2 D. eod., l. 1 D. 12, 5* — lauter Fälle eines *dare donandi causa*, wo der Zweck ein rein innerlicher und desshalb, wie wir ausgeführt haben, für ihn und für die *condictio* die Existenz der *causa* gleichgültig ist.

2) *causa* als Voraussetzung (*l. c. N. 36*); hierunter folgen Fälle der Zahlung, der Dosbestellung, des Innominatkontrakts, kurz alle diejenigen, wo die Erreichung des Zweckes von der Existenz der *causa* abhängt.

3) *causa* als rechtfertigender Grund (*l. c. N. 57*) d. h. als *justa causa*. Diese Bedeutung von *causa* mischt sich mit der vorherigen: »der die Voraussetzung der Willenserklärung bildende Grund derselben ist, insofern er sich bewährt, auch ihre und der dadurch bewirkten Bereicherung Rechtfertigung.« — Das ist wieder ganz entsprechend dem, was wir oben sagten: dass überall, wo von der wirklichen Existenz der *causa* die Erreichung des Zweckes abhängt, also in den Fällen, wo sie nach Windscheid die Voraussetzung bedeutet, die Thatsachen, in welchen sie besteht, zugleich die *justa causa traditionis* bilden.

Wir können, wie man sieht, mit dem Inhalte dieser Rubriken einverstanden sein; nur wäre, was das Prinzip ihrer Ausscheidung betrifft, zu bemerken, dass zwischen denselben kein gleichmässiger Gegensatz besteht. Die erste und zweite führen nur zwei verschiedene Funktionen einer und derselben Art von *causa* auf. Denn der Begriff der *causa ex qua traditur*, welcher ja lediglich in der Erzeugung des handelnden Willens liegt, findet sich gleichmässig im einen wie im anderen Falle; dass ihr Mangel im einen

Falle die *condictio* zur Folge hat, im anderen nicht, ist nur ein zufälliger äusserlicher Unterschied, der ihr eigenes Wesen nicht berührt. Dem gegenüber enthält die dritte Rubrik eine ganz andere Art von *causa*, die *justa causa*, welche sich auf die objektive Existenz des Rechtsgeschäftes bezieht und, zwar regelmässig in solchen Thatsachen sich darstellt, welche auch eine *causa ex qua traditur* bilden, nichts destoweniger aber ihrem Begriffe nach wesentlich von dieser verschieden ist.

Windscheid will die Voraussetzung als eine neue Art von Selbstbeschränkung des Willens in das System einführen, da ihm die von der gewöhnlichen Lehre aufgezählten Arten, Bedingung, Befristung und *modus* den Begriff nicht zu erschöpfen scheinen. Insofern aber hievon nach dem Gesagten auch unsere *causa* unter Umständen berührt wird, möchten wir doch geltend machen, dass zwischen der Beschränkung, welche jene drei Nebenbestimmungen der Wirksamkeit des Willens auferlegen, und derjenigen, welche von der *causa* ausgeht, uns ein wesentlicher Unterschied zu bestehen scheint. Hiemit meine ich nicht den, dass die Folge der Beschränkung eine verschiedene ist, denn diese Verschiedenheit besteht auch unter den drei Nebenbestimmungen selbst. Wir wollen in dieser Beziehung nur das Gemeinsame in Betracht ziehen: die volle unbeeinträchtigte Wirksamkeit der juristischen Handlung ist abhängig von der Erfüllung ihrer Bedingung, ihres *modus*, vom Eintritte ihres *dies* und ebenso von dem Erreichtsein ihres Zweckes d. h. soferne hiefür nothwendig ist, dass die *causa* wirklich vorhanden sei, von der wirklichen Existenz der *causa*. Insofern liegt in der *causa* ebenso wie im Vorhandensein der Bedingung, des *dies*, des *modus* eine Abhängigkeit, eine Beschränkung des Willens. Woher aber kommt ihm diese Beschränkung? Hierin liegt der Gegensatz. Dass die Handlung eine Bedingung, einen *dies* oder *modus* habe, das beruht auf einem besonderen Entschlusse der handelnden Person; diese Beschränkungen legt sich der Wille selbst bewusst und willkürlich auf. Hingegen einen Zweck zu haben und folglich auch je nach der Beschaffenheit desselben von der Existenz der *causa* abhängig zu sein, das ist eine natürliche Eigenschaft der Aeusserung des vernünftigen Willens; seine eigene Natur und Entstehungsweise setzt ihm diese Schranke, ohne dass es von seiner Seite eines besonderen Entschlusses zur Hervorbringung derselben

bedurfte. — Ich möchte also den Ueberblick, den Windscheid als Resultat sub N. 40 gibt, lieber so formulirt sehen: *Conditio* im weiteren Sinne bezeichnet jede Selbstbeschränkung des Willens d. h. jede Beschränkung seiner Wirksamkeit, die ihren Grund in der besonderen Art seines konkreten Erscheinens hat, also im Gegensatz einerseits zu den äusserlichen Bedingungen seiner Wirksamkeit (Zuständigkeit des betreffenden Rechtes), andererseits zu einer besonderen Mangelhaftigkeit, die ihm innerlich anhaften kann (Handlungsunfähigkeit der Person, welche den Willen erklärt). In dieser Bedeutung umfasst also *conditio* sowohl die von der *causa* als die von der eigentlichen Bedingung und von dem *modus* ausgehenden Beschränkungen, welche sämmtlich von der obigen Definition getroffen werden. — *Conditio* im engeren Sinne bedeutet eine willkürliche Beschränkung, welche der Wollende seiner Handlung aus freiem Entschlusse beifügt. — *Causa* bezeichnet an sich keine Beschränkung des Willens, sondern ein natürliches Zubehör desselben, welches für seine Wirksamkeit ebensogut gleichgültig sein, als auch eine thatsächliche Beschränkung enthalten kann, je nach der Verschiedenheit des *in concreto* vorliegenden Zweckes. — *Modus* ist eine willkürliche Beschränkung des Willens. Wie es damit bei Willenserklärungen auf den Todesfall stehe, können wir hier nicht mehr näher untersuchen; bei Willenserklärungen unter Lebenden, insbesondere bei der Schenkung erscheint aber der *modus* als eine wirkliche Beschränkung der Wirksamkeit des Willens, da seine Nichterfüllung die *condictio* zur Folge hat (*l. 1 C. 8, 55*). Eine willkürliche Beschränkung aber ist er desshalb, weil dadurch der *causa* in einem Falle, wo dieselbe ausserdem von Natur gleichgültig wäre für die Erreichung des Zweckes und die Vollgültigkeit des Rechtsgeschäftes (wir haben das oben schon ausgeführt), die Bedeutung gegeben wird, dass dennoch das Rechtsgeschäft von ihrer wirklichen Existenz abhängig ist, weil also in ihm durch einen willkürlichen Entschluss des Handelnden der Handlung eine Beschränkung auferlegt wird.

Abschnitt II.

Die *justa causa usucapionis*.

§. 1. Verfragen.

I. Es tritt uns hier eine gewisse Manchfaltigkeit von Erscheinungen entgegen, die als zusammengehörig angesehen werden wollen. Einerseits nämlich stellt die Usukapion ausser Besitz und Zeitablauf noch zwei weitere Erfordernisse auf, eines von subjektiver, eines von objektiver Natur: die *bona fides* und den *justus titulus*, auch *justa causa usucapionis* genannt; und andererseits finden sich die nämlichen Thatsachen, aus welchen diese beiden Erfordernisse bestehen, zugleich als Grundlage einer dinglichen Klage, der *Publiciana actio*.

Man hat dieses zweimalige Vorkommen der nämlichen Thatsachen auf verschiedene Weise zu erklären versucht. Am verbreitetsten ist die Annahme, sie begründeten deshalb die *Publiciana*, weil sie eben als Erfordernisse der Usukapion dienen; die *Publiciana* habe den Zweck, dem Usukapionsbesitzer d. h. demjenigen, der mit *bona fides* und *justus titulus* den Besitz einer Sache begonnen hat, einen vorläufigen Schutz zu gewähren, bis ihm nach vollendeter Usukapion die *rei vindicatio* erwachsen würde. Wir finden diese Auffassung in den Lehrbüchern von Puchta, (§. 173), Arndts (§. 170), Seuffert (§. 156). Allein man sieht sich dabei immer zu dem Zugeständnisse genöthigt, dass Besitzerwerb zur Begründung der Klage überall da nicht erforderlich ist, wo die zum Titel verwendete Eigenthumserwerbsart dessen nicht bedarf. Daraus dürfte aber hervorgehen, dass Besitzerwerb überhaupt ein selbständiges Erforderniss der Klage nicht ist, sondern ein Bestandtheil des einen oder anderen Titels, der allein ein wirkliches

Erforderniss derselben bildet; für die Klage ist es nur etwas Zufälliges, ob sich vermöge der besonderen Beschaffenheit ihres Titels Besitzerwerb unter ihren Voraussetzungen findet oder nicht. Ist aber Besitzerwerb kein nothwendiges Erforderniss der Klage, so fehlt ihr damit die erste und wesentlichste Voraussetzung für die Möglichkeit einer Usukapion und sie kann überhaupt nicht mit Rücksicht auf die Usukapion verliehen sein. — Ebenso wenig scheint mir v. Stintzing's Versuch geglückt, der umgekehrt der *Publiciana* einen Einfluss auf die Ausbildung des *titulus* bei der Usukapion zuspricht (das Wesen von *bona fides* und *titulus* in der römischen Usukapionslehre §. 12.) Dadurch dass die vollendete Usukapion bei der *Publiciana* als Fiktion verwendet wurde, soll eine innige Verschmelzung der beiden Institute entstanden sein, vermöge deren der soeben bei der Usukapion nothwendig gewordene Titel die Gestalt annahm, welche die objektiven Voraussetzungen jener Klage hatten. Allein entweder war es der Usukapion nicht angemessen, dass ihr *titulus* gerade diese Gestalt annahm, dann wäre trotz aller Verschmelzung eine Uebertragung nicht wohl denkbar gewesen; oder es entsprach ihr ein *titulus* von solcher Beschaffenheit, dann ist doch viel eher anzunehmen, dass er sich selbständig bei ihr entwickelte, als dass eine solche äusserliche unwillkürliche Hertüberschiebung von der *Publiciana* stattgefunden hätte.

Es scheint mir deshalb nur der dritte Weg möglich: sowohl bei der *Publiciana*, wie bei der Usukapion müssen selbständige Gründe aufgesucht werden, welche Erfordernisse von so übereinstimmender Beschaffenheit nothwendig machten.

II. Bei dieser Behandlungsweise dürfte sich auch ein Anhaltspunkt für die Entscheidung einer zweiten gleichwichtigen Vorfrage bieten, nämlich für die Frage, in welchem Verhältnisse die beiden Erfordernisse, der *titulus* und die *bona fides* zu einander stehen. Es bilden dieselben die positive Grundlage der *Publiciana*, und müssen deshalb, wenn einmal jene Anlehnung der Klage an die Usukapion nicht möglich ist, eine selbständige Kraft und Wirkung haben, vermöge deren sie als solche Grundlage zu dienen im Stande sind. Nach der Art dieser Wirkung wird sich auch ihr gegenseitiges Verhältniss bestimmen lassen. — Die *Publiciana* trägt nun weder in ihrem Verfahren noch in ihren Wirkungen die Merkmale eines ausserordentlichen Rechtsmittels an sich; wir dürfen

also auf sie die gewöhnlichen Regeln anwenden, die aus dem allgemeinen Begriffe der Klage überhaupt sich ergeben. Hienach geht jede Klage darauf aus, mit Hilfe des Richters eine Verletzung aufzuheben, und setzt deshalb stets das Vorhandensein einer Verletzung voraus. Dazu gehört wieder zweierlei: einmal als positiver Grund der Klage ein verletzbares Objekt d. h. eine Existenz, um deren Verletzung der Richter seinem Berufe gemäss sich zu kümmern hat; und dann zweitens eine Thatsache, welche an diesem die Verletzung vollzieht. Die Aufhebung der Verletzung, worauf die *Publiciana* abzielt, besteht darin, dass der Kläger den Besitz einer Sache erhält, also besteht die Verletzung selbst darin, dass ein Anderer als er sie besitzt. Für die positiven Voraussetzungen der *Publiciana* ergibt sich hieraus:

1. sie müssen ein Objekt bieten, auf dessen Verletzung der Richter zu reagiren hat.

2. dieses Objekt muss derart sein, dass es gerade dadurch verletzt werden kann, dass ein Anderer besitzt.

Diese Anforderungen haben wir also an die Thatsachen zu stellen, welche man bei der Usukapion unter *titulus* und *bona fides* begreift. — Es bestand und besteht noch eine Theorie, welche alles Gewicht auf die *bona fides*, als den Glauben, Eigenthümer zu sein, legt, und den Titel nur wieder um der *bona fides* willen, nämlich zur »äusserlichen Stütze« dieses Glaubens verlangt. Halten wir aber an dem soeben aufgestellten Maasstabe fest, so zeigt sich sofort, dass in irgend einer solchen Meinung, und wäre sie noch so wohl begründet, nimmermehr das enthalten sein kann, was wir von jenen beiden Thatsachen um ihrer Funktion bei der *Publiciana* willen verlangen müssen. Nicht viel besser würde es, wenn man sagen wollte: auf den aus dieser Meinung hervorgehenden und von ihr begleiteten Willen, die Sache zu eigen zu haben, käme es an. Denn allerdings ist der Wille ein Objekt, welches von dem Rechte vor Verletzung geschützt werden soll, aber doch nicht der Wille schlechthin, sondern nur der herrschende Wille; und zwar kann die Herrschaft des Willens entweder eine rein thatsächliche oder eine vom positiven Rechte verliehene sein. Beispiele geben Besitz und Eigenthum. Nun ist der Wille des Publizianischen Klägers offenbar ein thatsächlich herrschender weder gegenwärtig, noch braucht er es je gewesen sein; steht ja doch die Klage auch

dem Universalfideikommissar zu, der die zur restituirten *hereditas* gehörige Sache vielleicht noch nicht einmal zu Gesicht bekommen hat (*l. 12, 1 D. 6, 2*). Es könnte also nur an eine rechtliche Willensherrschaft gedacht werden. Wodurch aber soll eine solche begründet sein? Ausser der zu jenem Willen schon gehörigen *bona fides*, welche demselben doch lediglich eine gewisse innerliche Qualifikation verleiht, ist nur noch der *titulus* vorhanden; und gerade der soll ja nichts weiter hervorbringen als eben jene Meinung, Eigenthümer zu sein, und den daraus fließenden Willen, Eigenthum zu haben.

Es kann uns, wie wir sehen, auf der Seite der *bona fides* ein für alle Mal ein positiver Grund der Klage, wie wir ihn brauchen, nicht gewährt werden; wenn man nun den *titulus*, in welchem allein ein solcher dann noch liegen kann, auch wieder in das unfruchtbare Gebiet der subjektiven Thatsachen sich verpflichtigen lässt und ihn nur zur Stütze und Colorirung jener unvermögenden *bona fides* verwendet, so bleibt eben das Gesamtergebniss beider bei solchem Unvermögen stehen. Also bleibt nur übrig, den Titel aus jenem dienenden Verhältnisse zu befreien und anzuerkennen, dass er unmittelbar in seiner objektiven Existenz eine selbständige Kraft und Wirkung habe, vermöge deren er das zur positiven Fundirung der Klage Erforderliche gewährt. Der *bona fides*, welche direkt zu dem gemeinschaftlichen Zwecke nichts beizutragen vermag, bleibt dann nur die Möglichkeit einer mittelbaren Bedeutung: der Titel ist die Hauptsache, welche eigentlich wirkt, die *bona fides* die Nebensache, welche wieder um seinerwillen nothwendig ist, damit er jene Wirkung äussern könne.

Soviel hat uns für die Art der Wirkung und für das gegenseitige Verhältniss von *titulus* und *bona fides* der Umstand erkennen lassen, dass sie zusammen die positiven Voraussetzungen einer Klage wie die *Publiciana* bilden; dieses Resultat gilt aber jetzt nicht bloss für die *Publiciana*, sondern ganz allgemein. Haben wir einmal Thatsachen von bestimmter Beschaffenheit als die Träger einer gewissen Art von Wirkung kennen gelernt, so werden wir überall, wo wir ihnen wieder in derselben Gestalt begegnen, annehmen müssen, dass es auch wieder auf dieselbe Art von Wirkung abgesehen sei. Dann aber muss auch das gegenseitige Verhältniss ihrer einzelnen Bestandtheile, wie es um jener Wirkung willen als noth-

wendig erkannt wurde, dasselbe bleiben. Wir haben deshalb auch bezüglich der Usukapion vom *titulus* als der Hauptsache auszugehen, welche selbst erst wieder die *bona fides* nothwendig macht.

III. Wenn der Titel eine selbständige objektive Wirkung äussern soll, so ist jetzt schon klar, in welcher Richtung dieselbe nur liegen kann. Sie muss Aehnlichkeit haben mit der eines vollkommenen Eigenthumserwerbsaktes und, was er damit hervorbringt, muss verwandt sein mit dem Eigenthum: denn wie dieses wird es verletzt dadurch, dass ein anderer besitzt; die einzelnen Titel tragen sammt und sonders den Charakter von Eigenthumserwerbsakten an sich und überdiess vergleicht sich die auf ihnen beruhende *Publiciana* selbst ausdrücklich mit der Klage, welche einen vollkommenen Eigenthumserwerbsakt voraussetzt und das Eigenthum zu schützen hat, mit der *rei vindicatio* (l. 7, 8 D. 6, 2).

Es liegt uns aber hier noch ein bedeutender Stein des Anstosses im Wege. Wir verlangen, dass der Titel eine selbständige objektive Wirkung äussere; ist er denn seiner Beschaffenheit nach auch fähig dazu? Er besteht in einem unvollkommenen Eigenthumserwerbsakte z. B. in einer Tradition, bei welcher der Tradent nicht Eigenthümer ist. Nun haben wir allerdings nicht behauptet, dass er die Wirkung eines vollen Eigenthumserwerbsaktes habe; er soll nur eine ähnliche, geringere Wirkung hervorbringen, demnach aber doch gleichsam eine Strecke weit auf dem nämlichen Wege vorwärts führen, und gerade das widerspricht der gewöhnlichen juristischen Auffassungsweise. Das Recht verleiht Wirkungen, welche es einer Summe von Voraussetzungen verhiess, einzelnen davon nicht verhältnissmässig, sondern gar nicht. Ein Eigenthumserwerbsakt, bei dem so wesentliche Stücke, wie das Eigenthum des Rechtsvorgängers fehlen, ist ein nichtiger Erwerbsakt, und sind wir nicht gewohnt, eine nichtige juristische Thatsache geradezu als nicht vorhanden anzusehen? Wohlverstanden: es können in solch einem unvollkommenen Akte gleichwohl schon alle Bestandtheile einer juristischen Thatsache enthalten sein, die dann natürlich unbehindert ihre Wirkung äussert; so steckt z. B. in dem unvollkommenen Eigenthumserwerbsakt eine gültige *hereditas* (l. 3 D. 41, 5) oder ein gültiges *mandatum* (l. 11, D. 41, 4). Aber nicht auf solche gelegentliche Nebenprodukte, die sich nicht einmal überall nachweisen liessen, kann es hier ab-

gesehen sein, sondern nur als das, was er immer ist und gleichmässig ist, als Eigentumserwerbsakt kann der Titel eine objektive Wirksamkeit haben sollen, und gerade als solcher ist er unvollkommen und darum juristisch irrelevant.

Es scheint mir hierin die Genesis der Theorie zu liegen, welche den *titulus* zur Stütze der *bona fides* macht. Wenn man daran verzweifeln muss, für diesen unvollkommenen Erwerbsakt eine objektive Wirksamkeit ausfindig zu machen, so bleibt allerdings nichts anderes übrig, als an eine subjektive Wirkung zu denken, für welche ihm jene Unvollkommenheit wenigstens kein absolutes Hinderniss bietet. Wir haben deshalb hier im Allgemeinen die Möglichkeit nachzuweisen, in wie ferne gleichwohl auch einer unvollkommenen Thatsache eine Wirkung in der Richtung der entsprechenden vollkommenen zuerkannt zu werden vermag.

Diese Möglichkeit liegt nun darin, dass jener streng juristische Standpunkt, welcher sie allerdings ausschliessen würde, in der That nicht der allein berechtigte ist. Neben den Grundsätzen des Rechtes selbst gibt es im Bereiche des Rechtes noch eine andere Macht, um deren willen Thatsachen gefordert sein können, um Wirkungen hervorzubringen, welche das Recht respektirt: es ist die *aequitas*, die Rücksicht auf das Wohl des Einzelnen. Wir haben schon einmal auf einen Gegensatz zwischen den beiden Prinzipien hingewiesen, welchen man aus *l. 200 D. 50, 17* entnehmen kann: *Quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis*. Eine Verletzung der Vorschriften des Rechtes, ob gross ob klein, kann im Bereiche des Rechtes niemals anerkannt werden. Die Gebote der *aequitas* hingegen haben, wie wir sehen, nicht diese absolute Gültigkeit, sind nicht so unbedingt vor Verletzung geschützt, sondern müssen sich unter Umständen auch schon damit begnügen, wenn nur das herausgewählt wird, was sie verhältnissmässig am wenigsten verletzt, was ihnen verhältnissmässig am meisten entspricht. Woher das? der Grund liegt wieder im Wesen der *aequitas* als eines dem Rechte ursprünglich fremden Prinzips, das gleichwohl auf rechtlichem Gebiete Einfluss üben und respektirt werden soll. Diese Rücksicht ist also für die Rechtsordnung nur ein Nebenzweck gegenüber der Aufrechterhaltung und Durchführung der Grundsätze des Rechtes selbst, für welche sie nach ihrem eigenen Wesen eintreten muss; sie ist ihr nicht so

gleichsam angeboren als eine innere Nothwendigkeit, sondern eine von aussen her an sie herangetretene Forderung, ein äusserliches Sollen. Hienach bestimmt sich auch das verschiedene Verhältniss der einzelnen rechtlichen Thatsachen zu den Grundsätzen des Rechtes und der *aequitas*: ersteren müssen, letzteren sollen sie entsprechen. Dieser Gegensatz zeigt sich am deutlichsten dann, wenn sie diess nicht thun. Eine rechtliche Thatsache, die den Forderungen des Rechtes nicht entspricht, ist keine rechtliche Thatsache; sie verfällt ganz von selbst der Ungültigkeit. Der *aequitas* hingegen zu entsprechen, ist den rechtlichen Thatsachen kein inneres Müssen; verfehlen sie sich gegen diese, so bedarf es einer äusseren Macht, welche die Rache des beleidigten Prinzipes an ihnen vollzieht, und deshalb musste das von der Tendenz der *aequitas* erfüllte positive Recht erst gewisse Institute schaffen, durch deren Anwendung solche Thatsachen aufgehoben werden. Wir haben in der *condictio sine causa* eines der wichtigsten derselben kennen gelernt. — Derselbe Gegensatz des Müssens und des Sollens hat aber noch eine andere praktische Bedeutung. Im Müssen ist die Möglichkeit des Andersseins ausgeschlossen; das Sollen aber lässt es zu, dass Fälle bestehen bleiben, wo ihm doch nicht genügt ist. Weil also die Forderungen der *aequitas* nur die Bedeutung des Sollens haben, so ist es möglich, dass rechtliche Thatsachen anerkannt werden und wirksam bleiben, die ihnen nicht entsprechen. Allerdings geht die Tendenz der Rechtsordnung dahin, ihrem Sollen nachzukommen und derartige Fälle zu vermeiden; sie werden nur da sich zeigen, wo stärkere Gründe zu einer Entscheidung nöthigen, welche die Forderungen der *aequitas* unbefriedigt lässt. Solche Gründe lassen sich aber gar wohl denken. So kann z. B. ein von der Rechtsordnung ebensosehr oder noch mehr zu beachtendes Prinzip mit dem, was die *aequitas* verlangt, collidiren; es wird sich hievon später noch ein Beispiel ergeben. Es kann auch eine thatsächliche Unmöglichkeit sein, was im Wege steht. Das Recht schafft und trägt die rechtlichen Thatsachen zunächst ohne Rücksicht auf die *aequitas*; erst an die vollendeten tritt die Frage heran, ob sie auch dieser entsprechen, und wenn sie es nicht thun, werden sie aufgehoben. Möglicherweise aber hat sich die Sache auch so gelagert, dass, wie man's anfängt, ob man aufhebt oder bestehen lässt, immer eine Verletzung der *aequitas* bleibt. Auch hier können

ihre Forderungen nicht erfüllt werden, und gerade dieser Fall ist es, den die oben angeführte Stelle im Auge hat. — Hiemit ist aber die Wirksamkeit des Prinzips der *aequitas* auch in solchen Fällen noch keineswegs ganz und gar ausgeschlossen; sie braucht sich noch keineswegs allen Einflusses auf die Entscheidung begeben, welcher Weg gewählt werden soll. Ist sie auch nicht vor jeder Verletzung geschützt, so ist's ihr doch nicht gleichgültig, ob die Verletzung gross oder klein sei, ob z. B. ein geringfügiger oder ein verhältnissmässig beträchtlicher Vermögensnachtheil zugefügt wird, ob ein reiner Verlust stattfinden, oder nur ein Gewinn ver-eitelt werden soll, ob ihren positiven Forderungen nahezu vollständig oder ganz und gar nicht genügt ist. Wo ihr also die höchste und absolute Entscheidung versagt ist, steht ihr immer noch die Möglichkeit offen, auf diesem untergeordneten Gebiete des Mehr und Weniger den Ausschlag zu geben; und wenn sie in solchen Fällen überhaupt sich noch als wirksames Prinzip manifestiren will, so muss sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und dahin wirken, dass das gewählt werde, was ihr verhältnissmässig besser entspricht, sie verhältnissmässig weniger verletzt. Diesem Grundsätze gemäss entscheidet denn auch unsere Stelle: *eligendum est, quod minimum habet iniquitatis*; die Kehrseite dieses Satzes für den Fall, wo einer positiven Forderung nicht vollständig genügt werden kann, würde lauten: *eligendum est, quod plurimum habet aequitatis*. — Das Recht ist mit seinen Ansprüchen an die rechtlichen Thatsachen niemals auf diese zweite Linie zurückgedrängt, es kennt daher auch nur Recht und Nichtrecht; die *aequitas* aber muss unter Umständen auch auf die Zwischenstufen Bedacht nehmen und darum gibt es ein *aequius* und ein *iniquius*. — Nun ist auch klar: die *aequitas*, welche unter Umständen für das, was ihr nicht vollständig entspricht, zu entscheiden genöthigt ist, steht dem Unvollkommenen in Folge dessen überhaupt nicht so schroff gegenüber, wie das Recht; die Möglichkeit, dass sie diese unvollkommene Thatsache vielleicht doch einmal erwählen müsste, wenn nämlich nur so eine schlimmere vermieden werden könnte, muss vor ihr ganz allgemein auch dem Unvollkommenen schon eine gewisse Bedeutung verleihen; es ist bei ihr nicht soviel wie gar nichts, wie beim Rechte, das niemals in eine solche Lage kommt, sondern es ist ihr in der

That schon auch dem Werthe nach ein Stück des Vollkommenen. Nehmen wir also z. B. einen Eigenthumserwerbsakt, worauf es uns ja speziell ankommt; derselbe setzt sich aus verschiedenen einzelnen Thatsachen zusammen. Kommt nun ein solcher, wie gewöhnlich, vom Standpunkte des Rechtes aus in Betracht, so ist von ihm noch gar nichts vorhanden, so lange auch nur die kleinste seiner Voraussetzungen fehlt, sowie aber diese letzte noch hinzukommt, ist er mit einem Schlage rechtlich wirksam und begründet Eigenthum. Denken wir uns aber, es sei in irgend einem Falle von der *aequitas* ein Eigenthumserwerbsakt gefordert, so ist schon, wenn ein Theil der Voraussetzungen eines solchen erfüllt wurde, der *aequitas* etwas genügt und ein Stück vom Vollkommenen erreicht; müsste sie ja doch vielleicht unter Umständen, um Schlimmeres zu verhüten, dahin wirken, dass dieser unvollkommene Erwerbsakt für wirksam erklärt werde; mit jedem neuen Stücke, das hinzukommt, wächst der Erwerbsakt dann der Vollkommenheit entgegen, bis diese selbst und damit das Ziel erreicht ist. Der unvollkommene und der vollkommene Erwerbsakt unterscheiden sich vor dem Rechte wie nichts und alles, vor der *aequitas* wie weniger und mehr.

Ich glaube im Vorstehenden den Nachweis erbracht zu haben, der, wie wir gesehen, für unsere Auffassung des Titels unbedingt nothwendig ist, dass nämlich auch einem unvollkommenen Eigenthumserwerbsakte als solchem eine Wirksamkeit zukommen kann. Es ist diess nur dann möglich, wenn er vom Standpunkte der *aequitas* aus in Betracht kommt, also eine Forderung der *aequitas* zu erfüllen hat. Wir wissen desshalb auch schon, auf welchem Boden wir uns bei der nun folgenden Betrachtung bewegen werden: es handelt sich beim *titulus* der Usukapion wie bei den Voraussetzungen der *Publiciana* um einen von der *aequitas* geforderten Eigenthumserwerbsakt, was noch des Genaueren nachzuweisen bleibt. Wir treten aber in diese Erörterung mit gewissen bereits gefundenen Grundsätzen ein, die den systematischen Gang derselben genau vorschreiben: die objektiven Thatsachen sind das Wesentliche beim *justus titulus* mit *bona fides*, wie bei den Voraussetzungen der *Publiciana*; desshalb haben wir die Theorie dieser beiden Institute zunächst nur mit Rücksicht auf diese objektiven Thatsachen zu entwickeln und zwar, da keines von dem anderen abgeleitet ist, sondern beide selbständig nebeneinander stehen, haben wir auch jedes

selbständig für sich vorzunehmen. Erst nachher kommt die Frage, was bei objektiven Thatsachen mit diesem Zweck und von dieser Gestalt die *bona fides* für eine Bedeutung haben mag.

§. 2. Theorie der *Publiciana*.

Die *Publiciana* ist eine dingliche Klage des prätorischen Rechtes, welche durch die Fiktion einer vollendeten Ersitzung die Wirkung der civilen *rei vindicatio* erhält (§. 4 J. 4, 6; l. 7, 6 u. 8 D. 6, 2). Im Gegensatz zu den Klagen des *jus civile*, deren Aufgabe stets nur der Schutz einer in civilen Formen erschienenen Willensherrschaft ist, zerfallen die *actiones honorariae*, welche der Geist des neuen *jus gentium* erfüllt, in zwei Arten, verschieden nach dem, was sie zu schützen haben. Diess ist nämlich entweder, wie bei den alten *actiones civiles* ein »Dasein des freien Willens«, ein Recht, welches nur darum vom *jus civile* nicht mit einer Klage versehen war, weil die Form seiner Erscheinung keine civile war. So wird ein dinglicher Vertrag vom Prätor geschützt durch die *actio Serviana* (§. 7 J. 4, 6), ein obligatorischer durch die *in factum actio* aus dem *receptum nautarum* (l. 1 p. D. 4, 9). — Oder sie haben die Aufgabe, der wohlthätigen *aequitas* entsprechend ein Vermögen vor Schaden zu bewahren. Oft fällt das mit der ersten Absicht zusammen (l. 1 p. D. 13, 5: *de pecunia constituta*); aber in vielen Fällen ist gar keine Verletzung einer Willensherrschaft nachzuweisen, sondern es ist lediglich eine Beeinträchtigung des Vermögensstandes, die allein schon die Klage begründet. Ein Beispiel bietet die *actio Paulliana* (l. 1 p. D. 42, 8). Wer von dem nachmaligen *concursum* etwas geschenkt erhielt, hat dessen *creditores* durchaus in keinem Rechte gekränkt, denn, was er erhielt, stand in freier Verfügung des Gebers; aber im Vermögen hat er sie geschädigt, ihr Schuldner ist jetzt noch weniger zahlungsfähig; zu ihrem Nachtheile ist er, der Beschenkte, reicher geworden, und die *Paulliana* hebt Namens der *aequitas*, auf welche sie sich ausdrücklich beruft, die ungerechte Bereicherung auf (l. 6, 11 D. 42, 8).

Zu welcher von beiden Klassen die *Publiciana* gehört, darüber lässt die Beschaffenheit ihrer Voraussetzungen keinen Zweifel: vom Schutze eines Rechtes kann hier nicht die Rede sein, da der unvoll-

kommene Erwerbsakt, welcher die Voraussetzung der Klage bildet, ein solches in keiner Weise zu begründen im Stande war. Es kann sich deshalb hier nur um eine auf Grundsätzen der *aequitas* beruhende Klage handeln. — Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte unserer Klage, wie sie in §. 4 J. 4, 6 enthalten ist: *Nam si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emtionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est; si ejus rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem, quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse et ita vindicat suam esse; quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est. Dominium* kann sowohl Eigenthum als dingliches Recht überhaupt bedeuten (*l. 3 D. 7, 6; l. 17 D. 7, 4*); was hier gemeint sei, ergibt sich daraus, dass nicht die *rei vindicatio*, sondern die *directa in rem actio* überhaupt damit zusammengestellt ist. Es heisst also: der *bonae fidei emtor*, dem tradirt wurde, hat nach *jus civile* keine dingliche Klage, weil dieses *jus civile* solche Klagen nur für ein dingliches Recht verleiht, und weil er — diese Ergänzung ergibt sich von selbst — ein Recht an der Sache nicht hat: ganz wie wir oben ausführten. Nun fährt aber Gaius fort: *Sed quia sane durum erat etc.* Wenn eine Klage ausdrücklich gegeben wird, nicht desswegen, weil ein Rechtsanspruch zu schützen wäre, sondern einzig dazu, dass nicht Jemandem eine Härte widerfahre, so ist damit deutlich genug das Prinzip gezeichnet, welches sie dem Prätor in sein Edikt diktirte: es ist die *benigna aequitas*, bestrebt, den Einzelnen auch vor Schaden zu schützen. — Es dürfte hiebei vielleicht auch die vielfach angefochtene Ausdrucksweise der *l. 3, 1 D. 6, 2* ihre Rechtfertigung finden, wo mit Bezug auf die *Publiciana* gesagt ist: *Ait Praetor: ex justa causa petet. Petere* bezeichnet die dingliche Klage (*l. 178, 2 D. 50, 16*). Eine solche Klage kann vom Rechte verliehen sein, dann setzt sie Zuständigkeit des entsprechenden Rechtes voraus; sie kann auch von der *aequitas* verliehen sein, dann setzt sie Thatsachen voraus, um deren willen es der *aequitas* entspricht, dass die dingliche Klage erhoben werden könne. Wie

nennen wir das? eine *justa causa petendi*. Die *Publiciana* ist eine solche dingliche Klage, welche die *aequitas* verleiht, und heisst darum mit Recht ein *petere ex justa causa*.

Wir haben also eine dingliche Klage auf den Grundsätzen der *aequitas* zu konstruiren und es fragt sich, was gehört hienach zur Begründung einer solchen Klage? Vom Standpunkte der *aequitas* aus bezweckt die dingliche Klage die faktische Wiedervereinigung der Sache mit dem Vermögen, als zu welchem gehörig sie betrachtet wird; es handelt sich also darum diese Zugehörigkeit der Sache zu begründen. Was nun zu einem Vermögen gehört, das bestimmen die juristischen Thatsachen und die *aequitas* muss diese Bestimmung anerkennen, wenn nur die bestimmenden Thatsachen ihr nicht widersprechen. Damit eine gewisse körperliche Sache als zu diesem Vermögen gehörig betrachtet werden könne, bedarf es demnach einer juristischen Thatsache, welche der *aequitas* entspricht, und welche der Sache diese Bestimmung gibt, und diese juristische Thatsache ist nichts anderes als ein der *aequitas* entsprechender Eigenthumserwerbsakt. Ist ein derartiger Eigenthumserwerbsakt vorhanden, so entspricht es der *aequitas*, die Sache als für dieses Vermögen erworben anzusehen, er ist deshalb eine *justa causa acquirendae rei*, und so wird er uns denn unter diesem Namen allgemein als die Voraussetzung der auf der *aequitas* beruhenden dinglichen Klage, der *Publiciana* bezeichnet *l. 13 p. D. 6, 2: Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio*. Hier ist zu bemerken: nicht von der *justa causa* des Erwerbsaktes, durch welchen Eigenthum begründet wird, ist die Rede. Es scheint mir unrichtig, wenn v. Vangerow, Lehrb. §. 335 für den Satz: »der Besitzerwerb muss sich auf eine *justa causa* stützen,« neben der citirten *l. 13 p.* als gleichen Inhalts auch *l. 1 p. D. 6, 2* anführt, wo es heisst: *id quod traditur ex justa causa*. Hier ist eine *justa causa traditionis* gemeint, eine Thatsache, wodurch der Eigenthumserwerbsakt der Tradition gerechtfertigt wird. Die *justa causa acquirendarum rerum* ist aber, wie schon die wörtliche Uebersetzung sagt, die *justa causa* der Eigenthumsbegründung selbst, also des Erfolgs eines Eigenthumserwerbsaktes, und weil sie sich direkt auf die Eigenthumsbegründung bezieht, kann sie den Akt, durch

welchen diese herbeigeführt wird, nicht ausser sich erst voraussetzen, sondern muss ihn selbst schon enthalten. Sie besteht demnach z. B. aus einer *justa causa traditionis* mit sammt der *traditio* selbst. Für diese Auffassung spricht auch der Umstand, dass unsere *l. 13 p. cit.* mit der *justa causa acquirendarum rerum* offenbar ein allgemeines Erforderniss der *Publiciana* bezeichnen will: jede *j. c. acqu. rer.* begründet die Klage und nur eine solche. Diess wäre aber unrichtig, wenn mit jenem Ausdrucke eine *justa causa* des Erwerbsaktes gemeint wäre, denn eine solche findet sich thatsächlich nicht bei jeder *Publiciana*, weil sie eben nicht bei jedem der zu ihrer Begründung dienenden Erwerbsakte vorkommt, so z. B. nicht beim Legat und nicht bei der Okkupation einer *res derelicta*. Fitting (Wesen des Titels bei der Ersitzung im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 51 und 52), welcher unter der *justa causa acquirendarum rerum* einen Rechtfertigungsgrund nach Art der *justa causa traditionis* verstanden haben will (*sub* N. 56 und N. 62), hat sich ganz konsequenter Weise genöthigt gesehen, auch bei der Okkupation der *res derelicta* und beim Legat eine ähnliche *justa causa* des Erwerbsaktes zu statuiren, wie sie sich bei der *traditio* findet (*sub* N. 61).

So weit sind Recht und *aequitas* in dem, was sie zur Begründung einer dinglichen Klage verlangen müssen, noch ziemlich gleichen Schritt gegangen. Die *rei vindicatio* des Rechtes, wie die *Publiciana* der *aequitas* setzen beide einen Eigenthumserwerbssakt voraus. Nur betrachten sie denselben von verschiedenen Gesichtspunkten: jenes sieht in ihm die Thatsache, welche eine Sache der rechtlichen Herrschaft einer Person unterwirft, diese die Thatsache, welche jene Sache zum Bestandtheil des Vermögens der Person macht. Nun aber, wo es an die nähere Betrachtung dieses Erwerbssaktes geht, kann das Recht der *aequitas* nicht mehr folgen; es bleibt unbeweglich bei der Forderung eines ganzen und vollkommenen Erwerbssaktes stehen; für die *aequitas* hingegen ist auch schon das Unvollkommene von Bedeutung und hierin liegt die allgemeine Möglichkeit, dass sie sich zur Begründung ihrer Klage mit einem unvollkommenen Eigenthumserwerbssakte begnüge.

Diese Möglichkeit wird aber nicht so ohne Weiteres auch

schon zur Wirklichkeit. Man hat sich vor allem vor dem grossen Irrthum zu hüten, als müsste nun schlechthin jeder unvollkommene Eigenthumserwerbsakt hinreichen, soferne nur auf Seiten des Beklagten kein verhältnissmässig vollkommenerer gegenübersteht. Nichts anderes will der Satz sagen: die *Publiciana* sei der Schutz des verhältnissmässig besseren Rechtes. Demnach würde es sich bloss darum handeln, zwischen dem Kläger und dem Beklagten abzuwägen: ist bei Letzterem keine Spur von einem Eigenthumserwerbsakt vorhanden, so würde für die Klage schon ein einzelnes Stück davon genügen; ebenso müsste der Kläger durchdringen, wenn etwa der Beklagte von einem wahnsinnigen Nichteigenthümer, er aber von einem vernünftigen kaufte und tradirt erhielt. Dem ist aber thatsächlich nicht so, sondern im letzteren Falle würde die Klage abgewiesen (*l. 9, 4 D. 6, 2*); und was den ersten Fall betrifft, so wird z. B. derjenige, welcher eine fälschlich für dereliquirt gehaltene Sache okkupirte, niemals und Niemandem gegenüber, selbst nicht gegen den schlechtesten Besitzer die *Publiciana* erheben können, so wenig als dieser Thatbestand zum Usukapionstitel hinreicht (*l. 6 D. 41, 7*). — Der Grund, warum diess hier nicht anders sein kann, ist leicht nachzuweisen. Allerdings nämlich haben wir oben gesehen, wenn sich zwei rechtliche Thatsachen gegenüberstehen, die beide der *aequitas* widersprechen, von denen aber doch jedenfalls eine für gültig und wirksam erklärt werden muss, weil ein dritter Weg nicht möglich ist, so muss die *aequitas* zusehen, welche davon ihr noch verhältnissmässig besser entspricht, und sich für diese entscheiden. Allein hier ist ja eben vorausgesetzt, dass die *aequitas* sich in einer Art Nothstand befindet: *quoties nihil sine captione investigari potest*, heisst es; es muss in jedem Falle eine rechtliche Wirkung eintreten, mit der sie nicht ganz zufrieden sein kann; nur um die schlimmere zu vermeiden, wählt sie die andere. Hier aber, wo es sich um die Verleihung einer dinglichen Klage handelt, liegt ein solcher Nothstand nicht vor. Wenn die *aequitas* nichts thut, geschieht eben einfach gar nichts, die Sachen bleiben liegen, wie sie sind. Es findet also ein völlig freiwilliges Eingreifen der *aequitas* statt und sie ist durchaus nicht gezwungen, irgend etwas als wirksam anzuerkennen, was ihr nicht genügt. Wir haben schon festgestellt, was die *aequitas* zur Begründung der dinglichen Klage verlangen muss: es

ist dasselbe, was das Recht verlangt, ein vollkommener der *aequitas* entsprechender Eigenthumserwerbsakt. Ein Zwang, sich mit weniger zu begnügen, besteht nicht; dieser Weg ist uns hier verschlossen.

Allein der einzig richtige Weg ist uns jetzt desto genauer vorgezeichnet. Um zu der Anerkennung eines unvollkommenen Erwerbsaktes zum Zweck der Begründung der Klage zu kommen, bleibt uns nur die Möglichkeit, dass unter den besonderen Umständen, für welche die *Publiciana* verliehen werden soll, auf einen Theil ihrer Forderung, auf gewisse Stücke des vollkommenen Erwerbsaktes die *aequitas* freiwillig verzichten kann. — Vom Standpunkte des Rechtes aus würden auch die triftigsten Entschuldigungsgründe das völlige Wegbleiben auch des kleinsten Stückes eines Erwerbsaktes nicht gestatten. Das Fehlen jenes Stückes lässt nicht etwa nur eine kleine Lücke, welche die entschuldigenden Gründe verdecken könnten, sondern es vernichtet geradezu den ganzen Erwerbsakt, so dass nichts Haltbares mehr übrig bleibt. Wohl aber wäre der *aequitas* gegenüber, ihrem Prinzip gemäss, auch das Unvollkommene zu achten, eine derartige äusserliche Ergänzung denkbar. Und wenn es nun feststeht, dass die *aequitas* an dem Erwerbsakt, den sie für die *Publiciana* fordert, einen Mangel sich nicht gefallen lassen braucht, dass sie sich einen solchen aber thatsächlich doch gefallen lässt, indem zur *Publiciana* bekanntlich ein unvollkommener Eigenthumserwerbsakt genügt, so lässt das gar keine andere Erklärung zu, als dass eben der vorhandene Mangel eigentlich und genau genommen doch kein Mangel für sie ist, indem die fehlenden Stücke des Erwerbsaktes als unwesentlich für den hier gegebenen Zweck entbehrt werden können. — Hienach ist und bleibt der vollkommene Eigenthumserwerbsakt der Ausgangspunkt unserer Erörterung; wenn etwas davon soll fehlen dürfen, so bedarf es besonderer Gründe, welche es unter den gegebenen Umständen als entbehrlich erscheinen lassen, und unsere Aufgabe wird es sein, nachzuweisen, inwiefern solche Gründe gerade bei der *Publiciana* vorhanden sind.

Es taucht aber hier vorerst noch ein Bedenken auf. Gerade vom Standpunkte der *aequitas* aus scheint der Wirksamkeit eines unvollkommenen Erwerbsaktes ein absolutes Hinderniss im Wege zu

stehen, insofern nämlich dabei nicht bloss das Interesse des Erwerbenden, sondern auch das des Verlierenden in Betracht zu kommen hat. Nehmen wir als den Normalfall einen Eigenthumserwerb durch Vertrag, so hat derselbe eine doppelte Wirkung: einmal die, das bisherige Eigenthum aufzuheben, und andererseits die, neues zu begründen. Fehlt nun an dem Vertrage irgend ein wesentliches Stück, so ist er rechtlich kraftlos und zwar in beiden Richtungen: der, welcher erwerben sollte, ist nicht Eigenthümer geworden und der bisherige Eigenthümer ist es geblieben. Wenn also die *aequitas* aus Wohlwollen für den Ersteren den Erwerbsakt für vollgültig ansehen und ihn Eigenthum begründen lassen wollte, so würde sie zugleich dem bisherigen *dominus* jetzt erst das Eigenthum entziehen, das ihm von Rechtswegen der unvollkommene Erwerbsakt nicht hatte nehmen können, und auf diese Weise ihn ihren eigenen Prinzipien zuwider in ungerechter Härte schädigen. Hiernach wäre es also im Allgemeinen auch vom Standpunkte der *aequitas* aus unzulässig, einen unvollkommenen Eigenthumserwerbsakt für wirksam zu erklären; nur bei den wenigen und praktisch unbedeutenden Fällen könnte man allenfalls noch daran denken, wo es sich um den Erwerb einer Sache handelt, die bisher in keines Anderen Eigenthum stand. — Allein es fragt sich, ob denn die Sache nicht wesentlich anders steht in dem Falle, wo der Eigenthumserwerbsakt nur dazu dienen soll, dass man kraft seiner eine Sache soll mit dinglicher Klage in Anspruch nehmen können? Auch zu diesem Zwecke muss allerdings der Kläger behaupten, dass der Eigenthumserwerbsakt wirksam gewesen sei und folglich ein etwaiges älteres Eigenthum aufgehoben habe. Allein diess ist mehr nur die äusserliche Form; die materielle Kraft und Bedeutung des Eigenthumserwerbsaktes, auf die es uns doch einzig ankommt, ist eine ganz andere, wenn er hier zur Klage, als wenn er zur Herbeiführung eines Eigenthumstüberganges verwendet wird. Es sollen hier nicht die rechtlichen Beziehungen zur Sache eine Veränderung erfahren, sondern die Klage will nur bewirken, dass der gegenwärtige Besitzer in der faktischen Herrschaft über die Sache dem Kläger und Erwerber weiche. Die Spitze des Erwerbsaktes richtet sich also in der dinglichen Klage nicht gegen den früheren Eigenthümer, sondern gegen den jetzigen Besitzer als den Beklagten. Da aber derjenige, welcher besitzt und deshalb verklagt wird, sowohl der bis-

herige *dominus* als auch irgend ein Anderer sein kann, so werden wir zu unterscheiden haben:

1. Beklagter ist der bisherige *dominus*. Um diesem auf Grund des unvollkommenen Erwerbsaktes die Sache abnehmen zu lassen, müsste man annehmen, dass er wegen desselben nicht mehr berechtigt sei, sie zu besitzen, dass er durch jenen Akt aufgehört habe, *dominus* zu sein. Da er dies aber thatsächlich noch ist, so würde ihm durch solch eine Annahme sein Recht unbilliger Weise entzogen. Die Sache steht also hier gerade so, wie bei der Frage, ob Eigenthum übergegangen sei; die *aequitas* darf, ohne sich selbst zu widersprechen, auch keine dingliche Klage auf Grund eines unvollkommenen Erwerbsaktes gewähren, soferne dieselbe gegen den *dominus* gerichtet werden wollte.

2. Beklagter ist nicht der bisherige Eigenthümer, sondern irgend eine andere Person. Für den wirklichen Eigenthümer ist es ganz gleichgültig, wenn der Kläger hier mit seiner Klage durchdringt: *res judicata jus facit inter partes*; also ist es ihm auch gleichgültig, wenn nur zu diesem Zwecke dessen Erwerbsakt gleich einem vollkommenen behandelt wird. Jedem Anderen aber und insbesondere auch dem Beklagten wird durch die Annahme, dass der Erwerbsakt wie ein vollkommener wirke und im Stande gewesen sei, das bisherige Eigenthum aufzuheben, ein Schaden nicht zugefügt, da ja eben dieses Eigenthum nicht sein Eigenthum, sondern das eines Anderen ist. — Hier steht demnach der Wirksamkeit des unvollkommenen Erwerbsaktes jene absolut verbotende Rücksicht auf das Interesse des bisherigen Eigenthümers nicht im Wege; in diesem Falle ist es darum auch möglich, dass die *aequitas* dem unvollkommenen Erwerbsakte eine Klage verleihe, welche sie dem wirklichen Eigenthümer gegenüber verweigern muss.

Es findet sich dieser Gedankengang ausgesprochen in *l. 17 D. 6, 2: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: si ea res possessoris non sit*. Als Klage auf Grund eines unvollkommenen Erwerbsaktes vermag die *Publiciana* nicht, dem wirklichen Eigenthümer seine Sache zu entziehen. Warum nicht? Einmal deshalb, weil sie auf der *aequitas* beruht, und weil es der *aequitas* widersprechen würde, den unvollkommenen Erwerbsakt gegen den Eigenthümer wirken zu lassen. Das ist der innere Grund.

Dann aber auch deshalb nicht, weil man aus jenem Grunde der Berufung auf das Eigenthum die Macht gegeben hat, die *condemnatio* auszuschliessen. *A contrario* folgt hieraus, dass dem dritten Besitzer gegenüber die *aequitas*, ohne sich untreu zu werden, den unvollkommenen Erwerbsakt wirken lassen kann, und das äussere Zeichen hiefür ist, dass diesem Beklagten eine ähnliche Einrede nicht zur Seite steht.

So haben wir denn für unsere Klage neben dem unvollkommenen Eigenthumserwerbsakte noch eine zweite Voraussetzung negativer Art kennen gelernt: dass nämlich der Beklagte nicht der wirkliche Eigenthümer sei. Hiemit stimmt die Stelle aus dem prätorischen Edikte in *l. 1. p. D. 6, 2* überein, wonach die *Publiciana* in der That an das Zusammentreffen dieser beiden Voraussetzungen geknüpft erscheint: *Ait Prætor: Si quis id, quod traditur ex justa causa, non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* — Es wird darüber gestritten, ob *non a domino* zu *petet* oder zu *traditur* gehört; mir scheint das Erstere unzweifelhaft. Zunächst aus sprachlichen Gründen. Wenn es heissen sollte: »was vom Nichteigenthümer tradirt ist,« müsste man das *usucaptum* erst durch eine gezwungene Ergänzung des Hilfsverbums *est* zum Verbum machen; und dann würde es doch erst noch recht auffallen, dass neben dem Präteritum *usucaptum est* die dem Sinne nach vorausgehende Handlung des Tradirens in's Präsens versetzt ist. Viel harmonischer macht es sich, wenn die Partikel *et* das *non a domino* und das *nondum usucaptum* verbinden und damit gleichstellen soll; beides sind Modalitäten des *petere*: bezüglich des Beklagten, — es darf nicht der Eigenthümer sein, — und bezüglich der Zeit, — es darf noch keine Ersitzung stattgefunden haben. Zudem hätte es aber auch gar keinen rechten Sinn, wenn der Prætor ausdrücklich verlangt haben sollte, dass der Tradent nicht Eigenthümer gewesen sei. Wenn man die Erfordernisse einer Klage aufstellt, so versteht es sich von selbst, dass Alles, was man nicht verlangt, fehlen kann. Um also auszudrücken, dass nach dem Rechte des *autor* nicht gefragt werden soll, genügt es, wenn nichts als eine Traditionshandlung verlangt wird. Durch die Forderung einer Tradition vom *non dominus* aber würde der Prætor über sein Ziel hinaus geschossen haben: danach müsste ja derjenige von der *Publiciana* ausgeschlossen sein, welchem der wahnsinnige oder dis-

positionsunfähige *dominus* verkauft und tradirt hat. — Den Zusatz *nondum usucaptum* rechtfertigt Ulpian sofort in dem §. 1 der citirten Stelle in folgender Weise: *Merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.* Die neue prätorische Klage soll nicht mit der civilen *rei vindicatio* concurriren, sondern nur eine Lücke ausfüllen, die diese gelassen hat. Darum wird sie bei vollkommenem Eigenthumserwerbe verweigert, nicht weil hier ihre Voraussetzungen nicht gegeben wären, sondern weil mehr als das gegeben ist. Sonach gehört der Umstand, dass noch nicht ersessen sei, nicht eigentlich zur Begründung der Klage, sondern, dass sie an diese Bedingung geknüpft wird, ist nur eine äusserliche Beschränkung ihres Umfangs aus gesetzgeberischen Zweckmässigkeitsgründen. — Es bleiben uns nach dem Wortlaute des Ediktes als wahrer Grund der *Publiciana* die zwei oben genannten Erfordernisse:

1) ein Eigenthumserwerbsakt, zu welchem wesentliche Bestandtheile seiner Vollwirksamkeit nicht gefordert werden (*quod traditur ex justa causa*; hiemit ist weder Eigenthum noch Dispositionsfähigkeit des *autor* gefordert).

2) dass gegen einen Anderen als den wirklichen Eigenthümer geklagt wird (*non a domino petet*). —

Der so eben aus den Worten des Ediktes gelieferte Quellenachweis ist aber über seinen nächsten Zweck bereits hinausgegangen. Es wurde darin nur ein Beleg gesucht dafür, dass, während es absolut unzulässig ist, gegen den wirklichen Eigenthümer eine dingliche Klage auf Grund des unvollkommenen Erwerbsaktes zu gewähren, dem Nichteigenthümer gegenüber dieses positive Hinderniss nicht obwaltet. Hiemit also sollte nur der Rahmen aufgestellt werden, in dessen Gränzen allein sich eine solche Klage bewegen kann, das Gebiet, auf welchem sie allein möglich ist, auch wenn alles gegeben ist, was die *aequitas* an positiven Voraussetzungen von ihr verlangen muss, nämlich ein Eigenthumserwerbsakt, dem zur Vollkommenheit nur solche Stücke fehlen, die wegen besonderer Gründe für entbehrlich erachtet werden dürfen. Nach diesen Gründen hätten wir uns eigentlich jetzt erst noch umzusehen. Allein nun hat die Betrachtung der *l. 1 p. D. 6, 2* nicht bloss ergeben, dass die Klage auf Grund des unvollkommenen Erwerbsaktes unter der Voraussetzung, dass gegen einen Nichteigen-

thümer geklagt wird, nicht unmöglich ist, sondern sogar schon, dass sie unter dieser Voraussetzung thatsächlich verliehen wird; also muss in jenem Umstande selbst auch schon ein Grund liegen, wie wir ihn suchen, ein Grund, um dess willen gewisse Stücke des vollkommenen Erwerbsaktes entbehrlich sind. Worin besteht er und welches sind diese Stücke?

Es ist nichts Ungewöhnliches, den Erwerbsakt in Gruppen von einzelnen gemeinsam charakterisirten Stücken zu theilen. Wir kennen allgemeine und besondere Voraussetzungen desselben mit dem praktischen Unterschiede, dass die letzteren in den regelmässig beschaffenen Fällen entbehrlich sind; ebenso, wenn man so sagen darf, oberflächliche und tiefer liegende Bestandtheile, indem beim summarischen Prozesse nur die ersteren in Betracht kommen. — Wie aber in diesen Beispielen in dem Grunde, welcher gewisse Bestandtheile entbehrlich macht (Regelmässigkeit des Falles, summarische Cognition), auch die genaue Bestimmung der Stücke liegt, welche entbehrt werden können (die besonderen und die tiefer d. h. nicht oben aufliegenden), so kann auch hier die Lösung unserer Frage nur aus demselben Umstande geschöpft werden, um dessen willen überhaupt schon ein unvollkommener Erwerbsakt genügen soll. Weil nicht gegen den *dominus*, sondern gegen einen dritten Besitzer der Erwerbsakt wirken will, dürfen bei ihm gewisse zur Vollkommenheit gehörige Stücke fehlen, also können diess nur solche Stücke sein, welche gerade um des früheren Herren willen zur Wirksamkeit des Eigenthumserwerbsaktes nothwendig waren. In dem Nachweis, dass eine solche Kategorie von Stücken des Erwerbsaktes ausscheidbar ist, gipfelt sich unsere ganze Auseinandersetzung.

Dass es für das zum Erwerb Geforderte einen bedeutenden Unterschied macht, ob die Sache bisher schon einen Eigenthümer hatte, oder nicht, ist einleuchtend. Hier übt ja der Erwerbsakt nur eine einfache, dort eine doppelte Wirkung aus: Lösung des rechtlichen Bandes, welches bisher die Sache umschlang, und Knüpfung eines neuen. Der Okkupant einer *res nullius*, schlechthin, z. B. eines wilden Thieres, braucht nur die Okkupation nachweisen, um als Eigenthümer angesehen zu werden; war aber die Sache früher schon im Eigenthum eines Anderen, so bedarf es ausserdem auch noch des Nachweises der Dereliktion von Seiten

des Letzteren. Im gleichen Gegensatze steht zur einfachen Okkupation der natürliche Eigenthumserwerb durch Vertrag, die *traditio*. Auch die Letztere ist wesentlich Eigenthumserwerb durch *apprehensio* mit *animus domini*; aber weil die Sache schon im Eigenthum eines Anderen stand, muss zugleich auch dieses gelöst werden, und dazu ist erforderlich, dass der bisherige *dominus* dem Erwerber *vacua possessio* lässt mit dem Willen, dass die Sache nunmehr diesem zu eigen gehöre. — Die angeführten Beispiele haben uns zugleich die allgemeine Form der Thatsache gezeigt, welche bewirkt, dass eine Sache aus dem Bande eines bestehenden Eigenthums zum Behufe des Uebergangs in ein anderes gelöst werde: der bisherige Eigenthümer muss sich handelnd an der Herbeiführung des Eigenthumsüberganges betheilig haben. So ist dieses Prinzip ausgesprochen in *l. 11 D. 50, 17: Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*. In derselben Allgemeinheit enthält das Verlangen einer Betheiligung beider Personen für jeden unter ihnen stattfindenden Uebergang von Rechten *l. 55 D. 44, 7: In omnibus rebus, quae dominum transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium*. — So kommt dem Akte, durch welchen Eigenthum übergeht, eine zweischneidige Bedeutung zu und jede Seite desselben hat ihre besonderen unterscheidbaren Thatsachen, von denen sie getragen wird: Alles was auf Seiten des bisherigen Eigenthümers geschehen muss, damit der Eigenthumserwerb eines Anderen zu Stande komme, hat die Bedeutung, den Erwerb ihm gegenüber zu rechtfertigen, insofern er die Loslösung der Sache aus seiner Herrschaft ist; — alle übrigen Stücke des Erwerbsaktes, die nach Abzug der um den früheren Eigenthümer herumgruppirten noch verbleiben, sind für diesen ohne Bedeutung und können desshalb ihren Zweck nur in der anderen Richtung haben, nämlich in der Richtung auf die Person des neuen Erwerbers, mit welcher die Sache verbunden werden soll. Regelmässig befindet sich unter diesen Stücken ebenfalls eine Handlung, nämlich die auf die Aneignung gerichtete des Erwerbers, daneben aber steht ausserhalb dieses Gegensatzes der Subjekte noch ein dritter Complex von Erfordernissen objektiver Natur, die sich auf das zu übertragende Recht selbst beziehen (*Theophil. paraphr.* zu §. 40 J. 4, 1: *σωματικὸν εἶναι τὸ τραδιτενόμενον*).

Ist nun eine derartige Ansscheidung von Bestandtheilen des Eigenthumserwerbsaktes möglich, so haben wir zwei Sätze zusammenzustellen :

1. Der zur *Publiciana* verwendete Erwerbsakt braucht nicht gegen den Eigenthümer, sondern nur gegen einen Dritten wirken.

2. Gewisse Stücke des Erwerbsaktes sind gerade um des bisherigen Eigenthümers willen nothwendig zur Wirksamkeit desselben.

Hieraus ergibt sich von selbst der dritte Satz: dass diese Stücke für den zur *Publiciana* geforderten Erwerbsakt entbehrlich sind. Die zum vollgültigen Erwerbsakt nothwendige Handlung des bisherigen Eigenthümers nebst allem, was noch an Eigenschaften, Zuständen u. s. w. zu ihrer Gültigkeit gehört, darf bei der *Publiciana* fehlen. Bejahend ausgedrückt heisst das: Die positiven Voraussetzungen der *Publiciana* bestehen aus sämmtlichen Stücken eines vollkommenen Eigenthumserwerbsaktes abzüglich derjenigen, welche zu einem solchen auf Seiten des bisherigen Eigenthümers gefordert wären.

Weil gegenüber dem Nichteigenthümer diese Stücke des Erwerbsaktes entbehrlich sind, so wirkt hier der Erwerbsakt, dem sie fehlen, gleich dem vollkommenen, d. h. dem Nichteigenthümer gegenüber wird der Erwerber als Eigenthümer angesehen, wie wenn er einen vollkommenen Erwerbsakt aufzuweisen hätte. Freilich nur von Seiten der *aequitas* wird er so angesehen und die *aequitas* greift, wie wir wissen, nicht unmittelbar in's Bereich der rechtlichen Thatsachen ein: es sind immer rechtliche Institute und rechtliche Maassregeln nothwendig, die ihren Willen ausführen. Deshalb kann auch der unvollkommene Erwerbsakt, dem das Recht keine Wirkung gäbe, der aber in den Augen der *aequitas* unter solchen Umständen den Erwerber als Eigenthümer gelten lässt, nicht von selbst die prozessualische Wirkung des Eigenthumserwerbsaktes haben. Was die *aequitas* will, muss erst übersetzt werden in's Rechtliche, und das geschieht eben durch eine Fiktion: durch die Fiktion der vollendeten Ersitzung, wodurch der Erwerber Eigenthümer geworden wäre. Ist er einmal dafür erklärt, so können auch alle rechtlichen Wirkungen des Eigenthums eintreten, insbesondere die, dass jedem dritten Besitzer die Herausgabe der Sache zugemuthet wird. —

Wir haben oben die Forderung aufstellen müssen, dass das, was die positiven Voraussetzungen der Klage erzeugen, ein Objekt sei, welches das Recht vor Verletzung zu schützen hat und welches gerade dadurch verletzt wurde, dass ein Anderer als der Kläger besitzt. Beiden Forderungen scheint mir die jetzt aufgestellte Theorie zu genügen. Auf Seiten des Klägers ist so viel von einem Eigenthumserwerbsakte vorhanden, dass ihn die *aequitas* einem Dritten gegenüber als wirklichen Eigenthümer betrachtet, d. h. es wird die Sache als ein Bestandtheil seines Vermögens angesehen. Seit aber das Prinzip der *aequitas* herrschend geworden ist, hat das Recht es übernommen, auch das Vermögen vor Verletzung zu bewahren. Eine Verletzung, ein Schaden für das Vermögen ist es aber, wenn eine Sache, die ihm zugehört, tatsächlich davon fern gehalten wird, wenn ein Anderer sie besitzt.

Von der weiteren Ausdehnung der Klage auf andere dingliche Rechte ausser dem Eigenthum (*l. 11, 1 D. 6, 2*) müssen wir hier absehen. Es sind jedoch noch zwei besondere Fälle einer Betrachtung zu unterziehen, desswegen weil sie gerne im Lichte von Ausnahmen hingestellt werden, obwohl sie nichts anderes sind als konsequente Anwendungen der allgemeinen Prinzipien unserer Klage.

1. Dem wirklichen Eigenthümer soll mit der *Publiciana* seine Sache nicht entzogen werden. Als Eigenthümer kann aber im Prozess nur derjenige angesehen werden, der Eigenthum behauptet und beweist. Gelingt dieser Beweis, so wird der Kläger abgewiesen, auch wenn er seinerseits alle positiven Voraussetzungen der *Publiciana* als vorhanden dargethan haben sollte. Die prozessuale Form, in der hier die Unstatthaftigkeit der Klage behauptet und eventuell auch durchgesetzt wird, ist demnach die einer Einrede; es wird eine Ausnahme von der Regel behauptet, wonach auf Grund solcher Voraussetzungen mit der dinglichen Klage durchgedrungen werden kann. *l. 16 D. 6, 2: Paulus notat: Exceptio justii Publicianae objicienda est. Justum dominium* steht hier im Sinne von *legitimum dominium* als einem Eigenthume, welches allen Anforderungen des positiven Rechtes entspricht. Es wird dadurch auf den Gegensatz eines Eigenthums hingewiesen, welches nicht *legitimum* ist, und das ist eben gerade dasjenige, gegen wel-

ches die *exceptio justi domini* sich richtet, das auf einem unvollkommenen Erwerbsakt beruhende und nur von der *aequitas* anerkannte Eigenthum des Publizianischen Klägers.

Das Eigenthümliche findet also hier statt, dass der besitzende *dominus* zum Beweise seines Rechtes gezwungen wird, natürlich dem Wesen der Einrede entsprechend nur eventuell: falls die positiven Voraussetzungen der *Publiciana* erwiesen sind. Hieraus ergibt sich aber: indem der Beklagte sein Eigenthum einredeweise geltend macht, tritt er in dasselbe Verhältniss zum Kläger, wie der Vindikant zu seinem Beklagten: *excipiendo reus fit actor*. Alle Umstände, welche die Geltendmachung des an sich begründeten Eigenthums mit der *rei vindicatio* verhindern, wirken in gleicher Weise auch gegen seine Geltendmachung mit der *exceptio domini*. Darum stehen alle Einreden des mit der *rei vindicatio* Belangten auch dem Publizianischen Kläger zu, und zwar, weil sie Einreden gegen eine Einrede sind, als Replikationen. Nur ein Umstand kommt wohl dem Beklagten gegen die *rei vindicatio*, nicht aber dem Publizianischen Kläger gegen die *exceptio domini* zu Gute: dass nämlich der erstere im Besitze der streitigen Sache sich befindet. Einreden wie die sog. Retentionen, die schon dem einfachen Wortverstande nach Besitz voraussetzen, stehen daher nur diesem zu, während der Publizianische Kläger, der nothwendig nicht besitzt, sich ihrer nicht als Repliken gegen die *exceptio domini* bedienen kann. Dagegen müssen alle übrigen Einreden des Beklagten im Vindicationsprozesse als vollkommen hiezu geeignet angesehen werden, so lange nicht ein gleicher Grund des Ausschlusses nachgewiesen zu werden vermag. Man nennt hier gewöhnlich als die hervorragendste nur die *exceptio rei venditae et traditae*. Sie ist eine *exceptio doli* (*l. 4. § 32 D. 44, 4*) und gründet sich auf einen Kaufvertrag, welcher irgend wie für den, der das Eigenthum geltend macht, verbindend geworden ist. Dass die Sache dem Gegner vom Verkäufer mittel- oder unmittelbar auch tradirt worden sei, ist nicht nothwendig. Der scheinbar widersprechende Zusatz: *et traditae* in der Ueberschrift des *Tit. D. 21, 3* erklärt sich daraus, dass praktisch in der Regel von dem, der gegen die *rei vind.* oder die *exceptio dom.* den Kauf geltend macht, auch die Tradition wird behauptet werden. Denn im ersteren Falle ist er Besitzer und soll diesen Besitz, um die Einrede des Kaufs geltend

machen zu können, nach ausdrücklicher Bestimmung *sine vitio* erlangt haben (*l. 1, 5 D. 21, 3*), was jedenfalls am Glaublichsten ist, wenn ihm die Sache von irgend Jemanden tradirt worden ist. Im zweiten Falle ist er der Kläger mit der *Publiciana* und muss als solcher eine Tradition nachweisen, da der Kauf allein nicht genügt (*l. 7, 16 D. 6, 2*). Dass eine solche zu unserer Einrede nicht nothwendig gehört, beweisen positiv: *l. 14 D. 6, 2* u. *l. 1, 5 D. 21, 3*. — Natürlich ist, wie v. Vangerow Lehrb. §. 334 bemerkt, der Kauf nicht die einzige Thatsache, welche eine solche *exceptio doli* begründet; wir müssen eine gleiche Wirkung jedem anderen Vertrage zugestehen, welcher dem Kläger eine obligatorische Verbindlichkeit auferlegt, dem Beklagten die streitige Sache zu überlassen (z. B. Schenkungs- und Dotalversprechen). Dolose handelt der Kläger jedenfalls auch dann, wenn eine für ihn geltende Erklärung vorliegt, die Sache dem Beklagten *domandi causa* zuzuwenden; nur glaube ich nicht, dass man die darauf gegründete Einrede noch mit v. Vangerow eine *exceptio rei venditae et traditae* nennen darf.

Die Wirkung dieser Rechtsmittel besteht nun darin, dass die Geltendmachung des Eigenthums in diesem Prozesse verhindert wird; als *exceptio* beseitigen sie die *rei vindicatio*, als *replicatio* des Publizianischen Klägers die *exceptio dominii*, und das schliessliche Resultat ist demnach die Aufrechterhaltung desjenigen, was *rei vindicatio* und *exceptio dominii* zerstören sollen, also dort des Besitzes des Beklagten, hier der *Publiciana*, welche auf solche Weise auch gegen den Eigenthümer selbst durchdringt.

Hierauf, dass mit der Geltendmachung des Eigenthums gegen die *Publiciana* doch noch nicht Alles abgeschnitten ist, dass vielmehr zugesehen werden muss, ob die Klage nicht trotzdem bestehen bleiben kann, bezieht sich der Ausdruck in *l. 57 D. 17, 1: quum exceptio justi dominii causa cognita detur*. Unter solcher *causae cognitio* wird nicht zu verstehen sein, dass der Prätor untersucht, ob die *exceptio dominii* in die *formula* gesetzt werden soll oder nicht, sondern verliehen wird die *exceptio* auf jeden Fall; nur fragt sich der Prätor, ob nicht unter diesen Umständen die Geltendmachung des Eigenthums den Kläger in einen ungerechten Schaden bringen könnte (*neque oporteat eum adfici domino*) und er dem-

gemäss um der *aequitas* willen durch eine *replicatio doli* zu schützen wäre. (*l. 12 D. 44, 4*).

2. Nach dem Wortlaute des prätorischen Ediktes scheint nur der Eigenthümer gegen die *Publiciana* geschützt zu sein; aus *l. 9, 4 D. 6, 2* können wir jedoch ersehen, dass dieser Schutz auch noch auf eine andere Person ausgedehnt worden ist. Es ist nämlich die Möglichkeit vorhanden, dass bezüglich ein und derselben Sache mehrere Personen einen solchen unvollkommenen Erwerbsakt aufzuweisen haben, wie er zur Begründung der *Publiciana* genügt. So führt die genannte Stelle den Fall an, dass zwei Personen eine Sache *bona fide* gekauft und tradirt erhalten haben; dass auch beiden tradirt worden sein soll, muss man wenigstens für die citirte Entscheidung Julians aus dem Ausdrucke: *cui priori res tradita est* schliessen. (Glück, Comment. Bd. VIII. S. 360). Gegen jeden Dritten, darüber ist kein Zweifel, können beide mit Erfolg die *Publiciana* erheben. Wie aber, wenn unter ihnen selbst Streit über die Sache entsteht, indem sie der Eine besitzt, der Andere auf Grund seines Erwerbsaktes mit der *Publiciana* ihm abverlangt? — Die Stelle lautet vollständig: *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. Et Julianus libro septimo Digestorum scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est.* Der römische Jurist unterscheidet, wie wir sehen, sofort, ob beiden eine und dieselbe oder zwei verschiedene Personen verkauft und tradirt hatten. Dem Wesen des Publizianischen Erwerbsaktes, der ja die Person des *autor* möglichst aus dem Spiele lässt, wird es besser entsprechen, wenn wir in erster Linie die Frage nach dessen Identität oder Verschiedenheit umgehen und die beiden Erwerbsakte für sich betrachten.

Der Kläger hat gekauft und tradirt erhalten; eine solche *translatio ex justa causa* wird nach dem Publizianischen Edikte zum Zwecke der Klage so behandelt, als sei dadurch Eigenthum erworben worden. Auf der anderen Seite hat auch der Beklagte *ex justa causa* tradirt erhalten. Was dem Einen recht ist, ist dem Andern billig. Wird der Kläger als Eigenthümer betrachtet, weil er einen genügenden Erwerbsakt hat und dem *non dominus* gegen-

über steht, — nun so hat ja auch der Beklagte einen gegen den *non dominus* nach den Grundsätzen der *Publiciana* genügenden Erwerbsakt und *non dominus* ist auch der, welchem er gegenüber steht, nämlich der Kläger selbst; also kann nach den eignen Prinzipien der erhobenen Klage auch der Beklagte als Eigenthümer gelten. Der *aequitas* aber muss derjenige, den nur sie als Eigenthümer ansieht, gerade so heilig sein, wie derjenige, den auch das *jus civile* anerkennt; sie darf jenem die Hülfe nicht verweigern, die sie diesem gewährt. Darum gilt die Bedingung: *si non a domino petet* — auch für unseren Fall: die *Publiciana* ist machtlos gegenüber einem Beklagten, der im Verhältniss zum *non dominus* als Eigenthümer von der *aequitas* betrachtet wird, d. h. dem ein Erwerbsakt zur Seite steht gleich dem des Publizianischen Klägers: „*melior causa sit possidentis.*“ Die dem *dominus* verliehene Einrede ist auch für ihn gegeben. — Formell lehnt sich also jene Entscheidung an die *exceptio domini* an; materiell gründet sie sich augenscheinlich auf das Gleichgewicht der Kräfte; beide, Kläger wie Beklagter sind, da sie dem *non dominus* gegenüber stehen, als Eigenthümer zu betrachten; auf beiden Seiten wirkt also die gleiche Kraft und die Folge dieses Gleichgewichtes muss das Fortbestehen des bisherigen Zustandes sein, in welchem eben der Beklagte Besitzer ist. Derjenige, welcher eine Aenderung verlangt, der Kläger, wird deshalb zurückgewiesen.

Die obige Stelle bietet uns aber einen weiteren Fall, wo wegen besonderer Umstände diese Gleichheit nicht vorhanden ist und eine andere Entscheidung sich rechtfertigt. Wenn beide Prozessirende, heisst es, von demselben *autor* gekauft haben und tradirt erhielten, so ist zu dessen Gunsten zu entscheiden, dem zuerst tradirt wurde. Wenn der Publizianische Kläger den wirklichen *dominus* belangt, so dringt er nicht durch, weil er diesem gegenüber nicht als Eigenthümer angesehen werden kann; belangt er denjenigen, der, wenn er nicht besässe, auch zur *Publiciana* berechtigt wäre, so dringt er nicht durch, obwohl er diesem, als dem *non dominus*, gegenüber als Eigenthümer betrachtet wird, und zwar deshalb, weil dieser ebensogut als Eigenthümer gilt und wie ein solcher, durch eine Art *exceptio quasi domini* wie ichs nennen möchte, geschützt wird. In diesem zweiten Falle, wo Kläger und Beklagter Eigenthum haben sollen, ist

offenbar ein flagranter Widerspruch enthalten. Zwar können beide einen zur *Publiciana* genügenden Erwerbsakt haben, wenn sie aber auf Grund desselben Eigenthum erworben haben sollen, so müssen ihre beiden Autoren als Eigenthümer angesehen werden und hierin liegt eben eine reine Unmöglichkeit; es kann höchstens Einer davon wirklich Eigenthum gehabt haben. Allein dieser Widerspruch muss ungelöst und unberücksichtigt bleiben, denn gelöst könnte er nur werden, wenn man untersuchte, welcher von beiden wirklich Eigenthümer war, welcher also nicht; die Frage nach dem Rechte des *autor* soll aber gerade bei der *Publiciana* nicht aufgeworfen werden, deshalb gelten die beiden schlechthin als *non domini*. — Wenn nun beide Streittheile ihr Recht auf die nämliche Person zurückführen, so hat ebenfalls jeder für sich betrachtet einen zur *Publiciana* genügenden Erwerbsakt und würde die Klage jedem Dritten gegenüber mit Erfolg gebrauchen. Stehen sie sich aber selbst einander gegenüber, so führt wiederum jene Fiktion zu einer logischen Unmöglichkeit. Wenn beide so angesehen werden sollen, als hätten sie Eigenthum erworben, so müsste ihr gemeinschaftlicher *autor* zweimal solches haben vergeben können. Hier aber ist der Widerspruch auch auf dem einseitigen Standpunkt der *Publiciana* lösbar und muss deshalb gelöst werden. Denn die Lösung liegt nicht in einer unzulässigen Untersuchung über das Recht der *autores*, sondern in einem Umstande, welcher die Handlungen der streitenden Personen selbst betrifft: in der Zeit ihres Erwerbsaktes. Wenn man nämlich auch, wie in der *Publiciana* geschieht, annimmt, der *autor*, der hier ein gemeinschaftlicher ist, sei Eigenthümer gewesen, so kann sein Eigenthum doch nur auf denjenigen übergegangen sein, dessen Erwerbsakt der frühere ist; nachher hatte der *autor* ja selbst kein Eigenthum mehr, konnte also auch kein solches mehr übertragen: der Erwerbsakt besteht in Kauf und Tradition; erst mit letzterer ist er vollendet: die Fiktion des vollen Eigenthumserwerbes ist daher nur bei demjenigen zulässig, der zuerst von dem gemeinschaftlichen *autor* tradirt erhielt. Ist er der Beklagte, so kann er dem Kläger die *exceptio quasi dominii* entgegensetzen, ohne dass er sich auf den *autor* überhaupt einlassen brauchte. Klagt er selbst, so steht seinem Gegner diese Einrede nicht schützend zur Seite, da eben ihm gegenüber die Fiktion, dass auch dieser Eigenthum erworben habe, nicht zulässig ist.

So bleibt er in beiden Fällen Sieger, wie *l. 9, 4 D. cit.* entscheidet: *si quidem ab eodem non domino, potior sit, cui priori res tradita est.* Ebenso *l. 31, 2 D. 19, 1: is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit.*

§. 3. Theorie des *justus titulus usucapionis.*

Die Bedeutung der Thatsachen, welche unter dem Namen *justus titulus* zur Usukapion gefordert werden, liegt darin, dass sie eine gewisse Wirkung in der Richtung auf Eigenthumserwerb hervorbringen; es muss sich aber, wo sie auftreten, um eine Forderung der *aequitas* handeln, denn nur dieser gegenüber hat ein unvollkommener Erwerbsakt, wie der Titel nun einmal ist, objective Geltung. So viel hat sich schon im Allgemeinen in §. 1 ergeben. Hier aber lässt uns über diese Stellung des Titels vollends der Name, mit welchem er nach seinem Verhältnisse zur Usukapion daneben und bei den klassischen Juristen sogar vorzugsweise bezeichnet wird, gar keinen Zweifel mehr: er heisst die *justa causa usucapionis* und durch diese Bezeichnung wird er ausdrücklich als eine Thatsache eingeführt, welche die Aufgabe hat, die Usukapion vor der *aequitas* zu rechtfertigen. — Dass es in der That bei diesem Rechtsinstitute einer derartigen Rechtfertigung bedarf, ist leicht nachzuweisen. Denken wir uns nur einmal die Usukapion ohne den von *bona fides* begleiteten Titel, so haben wir eine Eigenthumserwerbsart, welche an positiven Voraussetzungen nur verlangt: juristischen Besitz und Zeitablauf. In dieser Gestalt steht sie aber in grellem Widerspruch zu dem Fundamentalsatze der *aequitas*: sie lässt den Usukapienten Eigenthum erwerben und somit reicher werden auf Kosten des bisherigen Eigenthümers, ohne dass nach dem Willen desselben nur gefragt würde. Ein Rechtsinstitut von diesem Charakter kann unter der Herrschaft des *jus gentium* unmöglich bestehen bleiben: es müsste entweder durch einen Akt der Gesetzgebung oder durch langsam wirkende Gewohnheit aufgehoben werden (Einleitung sub N. III.) Und hiegegen würden ihm alle etwa noch ausserdem vorhandenen positiven Erfordernisse nicht helfen können, wenn sie eben nicht auch jenes Verhältniss zur *aequitas* änderten und es zu einem erträglicheren machten. Nun findet sich aber neben jenen beiden nur noch ein einziges positives

Erforderniss bei der Usukapion, nämlich eben der von *bona fides* begleitete *titulus*. Mit diesem *titulus* tritt uns die Usukapion noch im spätesten römischen Rechte wohlbehalten entgegen. Es ergibt sich hieraus die Folgerung von selbst: wenn der Titel keine Veränderung im Charakter der an sich der *aequitas* widersprechenden *usucapio* hervorbrächte, so würde sie nicht mehr fortbestehen; sie besteht aber mit ihm fort, also muss doch das Vorhandensein des Titels die *usucapio* vor der *aequitas* rechtfertigen; er muss die *justa causa usucapionis* sein, ganz in dem von vorneherein festgestellten Begriffe (Einleitung sub N. I), und wir würden ihn als solche zu betrachten haben, auch wenn er sich nicht geradezu selbst diesen Namen beilegte. — Wir haben auf diese Weise Parthei genommen in der Streitfrage, ob der Titel für ein uranfängliches Requisit der Usukapion zu betrachten sein soll, oder für ein solches, das erst nachträglich hinzukam. Letzteres hat v. Stintzing in der citirten Schrift §. 12, ersteres v. Scheurl in: Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes Bd. II. S. 31 u. 32 verfochten. Uns bleibt nichts übrig als uns v. Stintzing anzuschliessen, weil uns das Erforderniss des *titulus* aus der *aequitas* stammt, die *usucapio* aber schon lange vorhanden war, ehe *jus gentium* und *aequitas* aufkamen.

Aus der Beschaffenheit des Titels ergibt sich, dass wir eine Forderung der *aequitas* in ihm zu sehen haben; aus dem Namen *justa causa usucapionis*, den er führt, und aus dem Verhältniss, in welchem dieses Rechtsinstitut ohne ihn zur *aequitas* stünde, folgt der Zweck, welchen er hier zu erfüllen hat: er soll den Eigenthumserwerbsakt der Usukapion vor der *aequitas* rechtfertigen. Jetzt ist die Frage: welcher Mittel bedarf es, um diesen Zweck zu erreichen? was gehört zu einer Thatsache, die als *justa causa usucapionis* dienen soll? — Den allgemeinen Inhalt der *justa causa* für eine an sich ungerechte Thatsache haben wir in der Einleitung sub N. III. angegeben dahin, dass entweder der Beschädigte ein Aequivalent erhält für seinen Verlust, oder dass es sich erweist, der nachtheilige Erfolg sei von ihm selbst gewollt. In der *justa causa traditionis* haben wir auch bereits die Anwendung dieses allgemeinen Begriffes auf den Fall eines an sich ungerichten Eigenthumserwerbsaktes kennen gelernt. Obgleich wir es nun auch hier wieder mit der *justa causa* eines Eigenthumserwerbs-

aktes zu thun haben, so dürfen wir doch die dort vorgefundenen Gestaltungen nicht ohne Weiteres hierher übertragen wollen. Der »vollkommene Parallelismus« in der Bedingtheit vom Vorhandensein einer *justa causa*, welchen Fitting in der citirten Abhandlung (sub N. 61) bei der Usukapion einerseits und dem sofortigen Eigenthumserwerb durch Tradition, Okkupation und Legat andererseits findet, beweist hiegegen nichts. Denn die *justa causa*, welche Fitting bei der Tradition entwickelt, ist in der That nicht diejenige, welche wir als Zubehör dieses Erwerbsaktes kennen gelernt haben: in ihr ist der Traditionsakt selbst noch mit enthalten, während die *justa causa traditionis* etwas Selbständiges, von diesem Getrenntes ist, das demselben sogar zeitlich vorausgehen kann. (*l. 31 p. D. 41, 1: praecesserit!*) — Wesshalb die *justa causa traditionis* nicht für die Usukapion taugen kann, ist von unserem Standpunkt aus, nachdem wir die Form derselben genügend fixirt haben, leicht erklärlich: sie stellt eine Thatsache vor, aus welcher sich ergibt, dass der Zweck des Tradenten erreicht ist. Diese Form kann die *justa causa usucapionis* nicht haben; dem Tradenten entspricht hier als der durch die Usukapion Beschädigte: der bisherige Eigenthümer; der aber ist bei der Usukapion in keiner Weise handelnd betheilig; wo eine Handlung des Benachtheiligten nicht stattfindet, ist auch von einem Zwecke desselben nicht die Rede und kann demnach die *justa causa* nicht in der Erreichung eines solchen Zweckes bestehen.

Die Usukapion zeigt überhaupt eine Eigenthümlichkeit, welche sie für eine *justa causa* unzugänglich zu machen scheint. Es fehlt ihr jede Beziehung zu der Person des bisherigen Eigenthümers, welche ja eben um der *aequitas* willen durch die *justa causa* eine Berücksichtigung finden soll. Der fortgesetzte Besitz, ein rein internes Verhältniss zwischen dem Usucapienten und der Sache, ist ihre Grundlage und vollendet wird sie durch den Eintritt des letzten Augenblicks der vom Gesetze vorgeschriebenen Zeit, also durch eine Thatsache, die ausserhalb des Machtgebietes der menschlichen Handlungen liegt, unabhängig von allen Beziehungen der Rechtssubjekte zu einander. In dieser Abgeschlossenheit kennt der Eigenthumserwerbsakt der *usucapio* keine andere Person ausser dem Usucapienten; er vermag weder gleichzeitig einem Anderen einen Vortheil aus dem Vermögen des Usucapienten zu gewähren, noch

kann er fragen, ob ein Anderer seine Wirkung auf das Vermögen mit seinem Willen begleite. Im ganzen Laufe der Usukapion findet sich nur ein einziger Punkt, wo sie mit der Aussenwelt, und darum möglicherweise auch mit den in derselben enthaltenen anderen Personen, in Berührung kommt: es ist ihr Anfangspunkt, die Entstehung des Besizes, dessen Fortsetzung das Eigenthum bewirkt. Wenn wir aber nun verlangen wollten, dass mit dem Besitzerwerbe des Usukapienten eine *justa causa usucapionis* sich verbinde, d. h. also eine Thatsache, wonach es der *aequitas* entspricht, dass der Besitzergreifer nachmals durch Usukapion Eigenthum erwerbe, so ergeben sich sofort neue und unübersteigliche Hindernisse. Vor allem fehlt es hier an dem Allerwichtigsten für die Möglichkeit solcher rechtfertigenden Thatsachen, an dem zu rechtfertigenden Objekte. Die Usukapion, worauf sie sich beziehen sollen, vollendet sich erst in jahrelanger Ferne und ist in diesem Augenblicke noch nicht einmal im Bewusstsein der Betheiligten vorhanden: weder der nachmalige Usukapient noch der Eigenthümer wird in der Praxis bei der Besitzergreifung des Ersteren an solch einen Erfolg gedacht haben. Und wäre das Bewusstsein der künftigen Usukapion vorhanden, wie soll man sich vorstellen, dass mit der Besitzergreifung eine auf die Usukapion bezügliche *justa causa* in einer der beiden begriffsmässigen Gestalten sich verbinde? Der Eigenthümer kann doch jetzt keinen ausgleichenden Vortheil für den nachmals in der Usukapion sich vollziehenden Verlust seiner Sache erhalten, denn für jetzt hat ja erst nur die vage Möglichkeit eines Verlustes für ihn, eines Gewinnes für den Usukapienten begonnen; wie käme er da schon zu einer wirklichen Entschädigung? Ebenso sinnlos wäre es andererseits, wenn der Eigenthümer bei der Besitzergreifung des Usukapienten einwilligen sollte, dass derselbe usukapire; denn will er seine Sache dem Anderen zuwenden, so gibt es dafür einfachere und vor allen Dingen sicherere Mittel, abgesehen davon, dass auf diese Art die Usukapion ihrem natürlichen Wesen widersprechend zu einer derivativen Eigenthumserwerbsart gemacht würde.

So ist denn unser Resultat dieses: an dem einzigen Punkte, wo vielleicht die Anknüpfung einer *justa causa* an die Usukapion in formeller Beziehung nicht unmöglich wäre, da tritt erst die materielle Unzugänglichkeit dieses Institutes für die beiden Arten der *justa causa* in ihrer ganzen Schroffheit zu Tage. Kurz, die

eigenthumübertragende Thatsache der Usukapion mit der *aequitas* zu versöhnen, das scheint zunächst unerreichbar.

Und doch soll und muss diese Versöhnung stattfinden. Die besondere Eigenart des Erwerbsaktes der *usucapio* ist es, was derselben hinderlich im Wege steht; sehen wir also einmal von dieser Besonderheit ab und nehmen wir die Frage von einem höheren allgemeinen Standpunkte aus. Was hier in der Form der Usukapion sich vollzieht, was also eigentlich vor der *aequitas* gerechtfertigt werden soll, das ist die Thatsache, dass Eigenthum übergeht von einer Person auf die andere. Was nun im Namen der *aequitas* zur Rechtfertigung eines solchen Erfolges gefordert werden muss, ist verschieden je nach dem, was thatsächlich sich bereits vorfindet. Haben wir einen der *aequitas* an sich entsprechenden Erwerbsakt, so brauchen wir gar nichts weiter. Haben wir einen Erwerbsakt, aber einen solchen, der an sich der *aequitas* widerspricht, so müssen wir ausserdem noch eine Thatsache hinzukommen lassen, welche diesen Erwerbsakt vor der *aequitas* rechtfertigt, eine *justa causa* des Erwerbsaktes, wie sich eine solche in der *justa causa traditionis* darstellt. Ist gar noch nichts von dem vorhanden, was dazu gehört, damit Jemand im Einklang mit der *aequitas* Eigenthum erwerbe, so ist eben Alles noch Forderung d. h. es muss im Namen der *aequitas* ein ganzer diesem Prinzip entsprechender Eigenthumserwerbsakt gefordert werden, eine *justa causa acquirendarum rerum* in dem von uns festgestellten Sinne. Dieser letztere Fall kann aber auf zweierlei Weise eintreten, einmal so, dass überhaupt kein Erwerbsakt vorliegt, dann aber auch so, dass zwar ein Erwerbsakt vorhanden ist, aber ein an sich ungerichteter, der sich überdiess auch nicht durch eine *justa causa* zu rechtfertigen im Stande ist, also niemals ein der *aequitas* entsprechender Erwerbsakt werden kann. Für den bezweckten Erfolg, dass der Uebergang von Eigenthum gerechtfertigt sein soll, vermag auch ein solcher durchaus nichts beizutragen, er ist für die *aequitas* und ihren Zweck so gut wie nicht vorhanden. Sie muss also, wenn sie will, dass der in ihm sich vollziehende Eigenthumserwerb gerechtfertigt sei, ohne Rücksicht auf ihn und neben ihm einen neuen Eigenthumserwerbsakt verlangen, der ihr entspricht. — Ein Beispiel der letzterwähnten Art bietet uns die Usukapion in der Gestalt, wie sie das ältere römische Recht enthielt; es ist nicht

möglich, haben wir gesehen, mit der an sich ungerechten *usucapio*, selber eine rechtfertigende *justa causa* zu verknüpfen in der Weise, wie diess bei der Tradition geschehen ist. Soll also der durch sie sich vollziehende Eigenthumserwerb gerechtfertigt werden, so ist es in dieser Beziehung gerade so gut, als wäre nicht vorhanden: es bedarf hiezu eines ganzen neuen Eigenthumserwerbsaktes, der aber der *aequitas* entspricht, also einer *justa causa acquirendarum rerum*. Auf diese Weise ist es möglich, auch den durch die Usukapion bewirkten Eigenthumserwerb vor der *aequitas* zu rechtfertigen.

Wie aber, wenn wir nun neben der Usukapion einen solchen zweiten Erwerbsakt haben, und dadurch ihr Erfolg, der Eigenthumserwerb gerechtfertigt wird, hat dann nicht mittelbar auch die *usucapio* selbst ihre Rechtfertigung gefunden? Nur wegen dieses Erfolges kommt sie ja überhaupt mit dem Prinzip der *aequitas* in Kollision, und nur, weil sie selbst in keiner Weise zu seiner Rechtfertigung beizutragen vermag, ist sie in jenen unlösbaren Widerspruch mit demselben gerathen. Es ist gewiss: wenn es von anderer Seite her bewirkt wird, dass die *aequitas* gegen diesen materiellen Erfolg, dass der Usukapient Eigenthümer wird, nichts mehr einzuwenden hat, so hat sie auch gegen die Usukapion nichts mehr einzuwenden, die Usukapion ist mittelbar vor ihr gerechtfertigt. Dann aber haben wir in der Thatsache, welcher jene Wirkung zukommt, das gefunden, was wir suchen: ein der *aequitas* entsprechender zweiter Eigenthumserwerbsakt neben der Usukapion ist *justa causa usucapionis*, denn er verleiht der Usukapion mittelbar die Eigenschaft, der *aequitas* zu entsprechen.

Diese *justa causa* sieht nun freilich ganz anders aus, als man es erwartet hätte; sie bezieht sich gar nicht direkt auf die Usukapion selbst und hat darum auch nicht die äusserliche Gestalt, die wir an einer *justa causa usucapionis* finden möchten, wenn sie auch auf einem Umweg die Wirkung einer solchen hervorbringt. Allein auf einem direkten Wege ist die Rechtfertigung der Usukapion nun einmal nicht zu erreichen, es lässt sich keine *justa causa* unmittelbar mit derselben verbinden; ohne solche Rechtfertigung kann die Usukapion nicht bleiben; es ist also gar keine andere Möglichkeit, als das Auskunftsmittel, welches sich hier bietet, zu

ergreifen und einen solchen zweiten Erwerbsakt zu einem nöthigen Bestandtheile des Rechtsinstituts und zu einem Erforderniss seiner Gültigkeit zu erklären. Beim Mangel einer innerlichen Beziehung und eines wesentlichen Zusammenhanges kann die Verbindung dieses neuen Erfordernisses mit der Usukapion nur eine rein äusserliche sein. Zum Anknüpfungspunkt ist aber, wie wir gesehen haben, kein anderer geeignet, als der Beginn des Besitzes, dessen Fortdauer zur Usukapion führt. Es muss also verlangt werden, dass der Usukapionsbesitz auf Grund eines der *aequitas* entsprechenden Eigenthumserwerbsaktes an der zu ersitzenden Sache begonnen werde. Eigenthümlich genug ist aber das Bild zweier Erwerbsakte, die sich zu einem gemeinsamen Resultate vereinigen! Dass der Besitzer Eigenthümer werde, rechtfertigt sich am Anfang seines Besitzes durch den der *aequitas* entsprechenden Erwerbsakt diesem Prinzipie gegenüber, und wenn der Besitz die vorgeschriebene Dauer erfüllt hat, so kommt auch noch die Sanktion des positiven Rechtes, des *jus civile* dazu, so dass dann in diesem Augenblicke ein in jeder Beziehung vollgültiger und anerkannter Eigenthumserwerb vorliegt.

Unseren modernen Begriffen will die Möglichkeit zweier Eigenthumserwerbsakte bezüglich der nämlichen Sache von vornherein gar nicht passen. Entweder hat Jemand, so sagen wir, durch die erste Thatsache Eigenthum bekommen, dann braucht's keinen zweiten Erwerbsakt; oder nicht, dann war eben die erste Thatsache doch kein Eigenthumserwerbsakt, sondern nur der Schein eines solchen. Anders steht's bei den Römern, wo gerade die nämliche Macht, welche das Prinzip der *aequitas* und damit die Nothwendigkeit einer *justa causa usucapionis* heraufführte, das *jus gentium*, zugleich auch neben das bisher allein herrschende quiritische Eigenthum mit seinen civilrechtlichen Erwerbsakten ein zweites ähnliches Verhältniss zur Sache stellte, das auf natürlichen Erwerbsakten beruhte. Es ist ein Recht gemeineren Schlages ohne die ideale Weihe, die das stolze *jus Quiritium* gibt; denn nur so zu sagen die mehr irdische Bedeutung hat es mit dem wahren quiritischen Eigenthum gemein: es dient dem materiellen Bedürfnisse des Einzelnen so gut wie jenes, indem die Sache als zu seinen Gütern, zu seinem Vermögen gehörig betrachtet wird; der Ausdruck *res in bonis est* bezeichnet das Verhältniss auf das Treffendste. Gerade darauf kommt

es aber der *aequitas* beim Eigenthumserwerbsakte nur an, dass er die Sache zum Bestandtheile eines Vermögens macht (§. 2). Für sie genügt also der natürliche Erwerbsakt schon auf diesem ersten Standpunkte, wo ihm die später eingeräumte volle Wirkung noch versagt war, so gut wie der civile, das *in bonis esse* oder sog. bonitatische Eigenthum so gut wie das quiritische. Die in rechtlicher Wirksamkeit zurückgesetzten natürlichen Erwerbsakte brachten dafür ihrer Abstammung gemäss die Neigung mit, den Forderungen der das *jus gentium* begleitenden *aequitas* zu entsprechen. So mochte es denn vorkommen, dass Jemand in Folge eines natürlichen Erwerbsaktes von der *aequitas* so angesehen werden konnte, als sei Eigenthum auf ihn übergegangen, und doch nach dem althergebrachten Rechte des römischen Staates kein Eigenthum erworben hatte; und weil er's noch nicht hatte, bestand die Möglichkeit, dass erst ein zweiter und zwar diessmal civilrechtlicher Erwerbsakt das volle römische Eigenthum hinzufügte. Zu der vornehmen Klasse der civilrechtlichen Erwerbsarten gehörte auch die *usucapio*; sie begründete volles quiritisches Eigenthum und besass also, was den natürlichen Erwerbsakten fehlte. Aber andererseits entbehrte sie wieder einer immer wichtiger werdenden Eigenschaft, deren sich jene Fremdlinge erfreuten: der Angemessenheit an die *aequitas*. Durch diese eigenthümliche Vertheilung der Rollen ist jeder der beiden Erwerbsakte im Stande, dem anderen eine nothwendige Ergänzung zu geben, damit ein nach allen Seiten hin vollkommenes Ganze daraus werde: es ist wie in der Fabel von dem Lahmen und dem Blinden. — Als letzter Ueberrest dieses Zustandes findet sich in späterer Zeit, dass dem natürlichen Erwerbsakte nur noch bezüglich gewisser Sachen, der *res Mancipi* nämlich, die volle Wirksamkeit versagt war, und von diesem Standpunkt aus gibt uns Gaius II. §. 41 folgendes treffende Beispiel: *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata vel in jure cessa esset.* Wem, wie hier der Fall ist, eine *res Mancipi* vom Eigenthümer tradirt worden ist, der hat daran nur das *in bonis esse* erworben, was zwar in den Augen der *aequitas*

so viel wie Eigenthum gült, vor dem *jus civile* aber kein Recht ist. Wenn nun dem Empfänger durch Ablauf der Zeit doch noch wirkliches civilrechtliches Eigenthum an dieser Sache kraft eines civilen Institutes zufällt, so liegt darin nur die verspätete Benkisirung eines von der *aequitas* längst gerechtfertigten Eigenthumsüberganges. Unter solchen Umständen war also die Usukapion im besten Einklange mit der *aequitas* und wir haben darum in der Verwandlung des bonitarischen Eigenthums in volles quiritisches durch die Usukapion einen Fall, wo die scheinbar paradoxe Forderung eines zweiten Erwerbsaktes erfüllt ist. Es haben hier die vollen Ansprüche der *aequitas* in der oben als nothwendig erkannten Weise ihre Befriedigung erhalten.

Der Punkt, auf dem wir jetzt angelangt sind, war bei der Darstellung der *Publiciana* verhältnissmäßig eher erreicht. Dort sind wir vom Zwecke der Klage ausgehend alabald auf die Nothwendigkeit eines der *aequitas* entsprechenden Eigenthumserwerbsaktes gekommen; nun hat sich auch für die *justa causa* der Usukapion die gleiche Forderung ergeben, freilich auf Umwegen; da sie hier durchaus nicht so nahe liegt. Hiemit ist aber nur der erste Theil unserer Aufgabe erfüllt; zur Herstellung der vollen Harmonie zwischen den Voraussetzungen der *Publiciana* und der *justa causa usucapionis* bedarf es noch des Nachweises, dass auch bei der letzteren Gründe vorhanden sind, um deren willen der geforderte Eigenthumserwerbsakt auch schon in unvollkommener Gestalt genügt. Dass die *aequitas* mit der Erfüllung eines Theiles ihrer Forderungen sich begnügt, und auf einen Theil davon verziehtet, kann, wie wir gesehen, darin seinen Grund haben, dass sie unter diesen Umständen den fehlenden Theil entbehren kann, oder auch darin, dass sie unter solchen Umständen ihre ganze Forderung nicht durchzusetzen im Stande ist, dass sie also den fehlenden Theil entbehren muss. Ersteres ist bei der *Publiciana* der Fall; einen Grund der letzteren Art gewährt uns jetzt das eigenthümliche Wesen des Rechtsinstitutes, mit dem hier die *aequitas* eine *justa causa* verbinden will.

Ueber die Grundidee der Eigenthumsersetzung herrscht noch viel Streit. Jedenfalls ist dieses Rechtsinstitut nur eine Anwendung des noch anderwärts hervortretenden Grundsatzes, dass ein thatsächlicher Zustand durch längere Dauer in einen rechtlichen verwandelt werden soll (Verjährung). Darum dürfen wir auch seinen Grund nur in der Dauer desjenigen thatsächlichen Zustandes suchen, der dem durch sie zu begründenden Rechte, dem Eigenthum, entspricht, nämlich in der Dauer des juristischen Besitzes als der thatsächlichen Ausübung des Eigenthums. Sagen wir nun: die Ersetzung beruht auf dem fortgesetzten Besitze, so lautet die Frage nach der Idee dieses Rechtsinstitutes weiter: Warum darf und soll die Dauer des Besitzes Eigenthum verschaffen?

Man sucht die Antwort entweder auf rein privatrechtlichem Gebiete (innere Begründung) oder in der öffentlichen Zweckmässigkeit und Nützlichkeit des Instituts.

In ersterer Beziehung wird von unserer Jurisprudenz wieder vielfach die nur all zu sehr beliebte Berufung auf das Gefühl erhoben. Eine wahre innere Begründung versucht Hegel in seiner Rechtsphilosophie: Nach ihm ist Eigenthum nicht eine von aussen her der Persönlichkeit verliehene Befugniss, sondern es entspringt frei aus dieser selbst: es ist »das Hineinlegen des freien Willens in die Sache« (§. 44). Diese Gegenwart des freien Willens in der Sache muss aber objektiv sich äussern in der thatsächlichen Herrschaft (Besitz, Gebrauch §. 51). Die zum Wesen des Eigenthums nothwendige Objektivität des Willens, die Herrschaftsausserung fällt als Aeusserliches in die Zeit, sie ist nur als dauernd. »Ohne diese Fortdauer der Aeusserung wird die Sache, als von der Wirklichkeit des Willens und Besitzes verlassen, herrenlos. Ich verliere oder erwerbe daher Eigenthum durch Verjährung«. — Wenn das heissen sollte: durch die lange Nichtausübung seines Rechtes delinquit der Eigenthümer die Sache, und der besitzende Usukapient erwirbt sie als *res nullius* zu Eigenthum, — so könnte man nicht damit einverstanden sein; denn aus solchem Gedankengange heraus müsste das Institut sich in ganz anderer Gestalt entwickelt haben: auf die Dauer des Besitzes bei dem Usukapienten dürfte es dann gar nicht mehr ankommen. In dem Momente, wo der Nichtbesitz und Nichtgebrauch die genügende Zeit hindurch gedauert hat, wird die Sache herrenlos, und wer nachher zuerst sie thatsächlich be-

herrschte, müsste sie zu Eigenthum erwerben, gleichviel ob er sie vorher schon besass oder nicht, ob sein Besitz momentan oder dauernd ist. Es wäre unrichtig, wenn man an der Ersitzung einseitig nur das Anfhören des bisherigen Eigenthums erklären wollte, um dann das neue Eigenthum von selbst ohne besondere Kraftanstrengung an seine Stelle treten zu lassen. Der Charakter der Ersitzung ist vielmehr offenbar der, dass durch eigenthümliche auf Seiten des Usukapienten wirksame Umstände der bisherige Eigenthümer verdrängt wird. Der Untergang des alten Eigenthums ist die Consequenz der Entstehung des neuen, nicht umgekehrt.

Wenn ich nun versuchen möchte, eine innere Begründung der Ersitzung darzulegen, wie ich sie mir vorstelle, so glaube ich allerdings, dass Hegels Lehre vom Eigenthum hierfür die richtige Basis abgibt. »Eigenthum ist die äusserlich erkennbare Gegenwart des freien Willens in der Sache,« heisst nichts anderes, als es fällt in seinem natürlichen Begriffe zusammen mit dem Besitz. Es scheint mir höchst bemerkenswerth, dass wir ein ausdrückliches Zeugniß dafür haben, dass gerade auch den römischen Juristen diese Auffassung nicht fremd war. Ich meine die kurze Andeutung in *l. 1 1 D. 41, 2: Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait.* — Nehmen wir eine Art Urzustand an, wo noch keinerlei Organisation der Gesellschaft sich vorfand, so musste doch auch hier schon dieses natürliche Eigenthum bestehen. Denn es bedarf weder Staat noch Gesellschaft, sondern beruht einzig auf der Persönlichkeit und Personen d. h. Menschen gab es auch jetzt schon. Hier tritt es aber gerade in seiner ursprünglichsten Reinheit auf als faktische Gewalt über die Sache; und hieraus ergibt sich: kommt meine Sache mir aus den Händen, so kann mein Wille nicht mehr in ihr gegenwärtig sein, mein Eigenthum ist erloschen; dagegen ist bei dem Anderen, der sie nun findet und ergreift, damit sie ihm zu eigen gehöre, der »seinen freien Willen in sie hineinlegt«, das Hegelsche Eigenthum vollkommen vorhanden. — Nun aber wird die Gesellschaft gegründet; Ordnung und Sicherheit sind ihre ersten Forderungen, und damit lässt sich der eben geschilderte Zustand durchaus nicht vereinigen. Die Willkür des Zufalls darf nicht mehr über das Eigenthum entscheiden; es werden einzelne bestimmte Thatssachen anerkannt, welche es beendigen oder begründen sollen; ausser diesen vermag keine andere

Thatsache seinen Bestand zu ändern. Hiedurch trennt sich das gesellschaftlich anerkannte Eigenthum von dem natürlichen Wesen desselben. Ist nämlich jetzt der Besitz und damit das natürliche Eigenthum verloren gegangen, aber ohne eine solche Thatsache, welcher die Gesellschaft die Macht zuschreibt, Eigenthum aufzuheben, so gilt das bisherige Eigenthum als fortbestehend. Die Gesellschaft hat um jedes Eigenthum die schützende Hülle ihrer Anerkennung gegossen, und wenn der lebendige Kern, die wirkliche Gegenwart des Willens in der Sache, entweicht, so bleibt die leere Form noch stehn, ganz so als wäre jener noch unter ihr. Es ist das eine Fiktion des positiven Rechtes in des Wortes eigenster Bedeutung. Im Urzustande wäre der neue Besitzer auch Eigenthümer geworden; weil aber die Sache das Objekt zweier Eigenthumsrechte nicht sein kann, so versagt eben jene Fiktion, welche Eigenthum da anerkennt, wo dem Wesen nach keines mehr ist, dem Anderen, bei dem das lebendige Wesen des Rechtes vorhanden, die Anerkennung desselben. Das natürliche Prinzip des Eigenthums, die thatsächliche Aeusserung des freien Willens, ist nicht stark genug, die im Interesse der allgemeinen Ordnung nothwendige Fiktion zu überwinden. Hierbei müsste die Sache stehen bleiben *in infinitum*, falls nicht eine Aenderung in dem gegenseitigen Verhältnisse der Kräfte eintritt, eine Aenderung, indem entweder das bisher Stärkere nachlässt, oder das bisher Schwächere an Kraft zunimmt. Eine solche Aenderung bringt aber von selbst die Zeit. Das künstlich gefristete Eigenthum ist zwar stets geneigt, seine lebendige Seele durch die Hülfe der Gesellschaft wieder aufzunehmen; ohne diese Wiederbelebung bleibt es todte inhaltslose Form, die mit der Zeit eher matter und schwächer wird. Gerade mit der Zeit aber wächst die Kraft des natürlichen Eigenthums; denn der freie Wille, der die Sache thatsächlich erfüllt, ist lebendiges Dasein, und ein Maass für die Kraft solches Daseins ist seine Dauer. Damit ist die Möglichkeit gegeben, dass ein Moment kommt, wo durch seine lange Dauer der Wille sich als so kräftig erweist, dass die Kraft der Fiktion, welche ihn bisher künstlich niedergehalten hat, ihm nicht mehr gewachsen ist. Welchen Zeitraum man dazu verlangen will, das ist Sache positiver Normirung; hat aber der herrschende Wille die genügende Zeit gedauert, so muss ihm jene Fiktion weichen. Er erzwingt sich gegen sie die im Interesse der

Ordnung verzögerte gesellschaftliche Anerkennung und der Besitzer gilt jetzt auch vor der Gesellschaft als Eigentümer, womit das bisher gleichsam schwebend gehaltene Eigenthum zusammenstürzt, — diess ist die Ersitzung.

Mit dem oben Vorgetragenen harmonirt auf's Beste, was Jhering (Geist des römischen Rechts §. 10) von dem thatkräftigen subjektiven Willen als der ursprünglichen Quelle des Rechtes sagt. In der späteren Entwicklung nimmt naturgemäss die Bedeutung des subjektiven Willens gegenüber den positiven Ordnungen des Staates ab: eine Folge davon ist die Verlängerung der Ersitzungszeit. — Bei dieser Auffassung dürfte wenigstens unser Rechtsinstitut nicht mehr die bedenkliche Frage herausfordern: wie kann Unrecht durch die Zeit Recht werden? Es würde sich vielmehr in ihm das positive Recht, wieder zu seiner natürlichen Grundlage zurückwenden, die es nur um anderer Zwecke willen zeitweise verlassen.

Ich möchte aber gleichwohl ein noch grösseres Gewicht legen auf eine äusserliche Begründung der Usukapion, die sich im Zusammenhang mit der eben angenommenen Entwicklungsgeschichte des Eigenthums sehr leicht ergibt. Das positive Recht hat das Eigenthum gesichert, indem es seinen Verlust von gewissen Formen und Bedingungen abhängig gemacht hat. Eben damit hat es aber andererseits auch die Sicherheit des Eigenthums wieder im höchsten Grade beeinträchtigt. Es besteht wenig Eigenthum, was nicht vorher schon einmal einem Anderen gehört hätte; die Anerkennung durch die Gesellschaft ist daher immer wieder abhängig von dem Nachweis der Erfüllung jener Formen, welche das frühere Eigenthum allein beendigen konnten. Je lebhafter der Verkehr, desto öfter kann das Eigenthum gewechselt haben; wer also nun Eigentümer zu sein behauptet, muss Handlungen nicht einer anderen, sondern vieler anderen Personen beweisen; ja selbst persönliche Eigenschaften von Personen, die ihm ganz fremd sind, — insofern sie eben über die Vollgültigkeit jener Handlungen entscheiden, — sind von Wichtigkeit für sein Recht. Damit hat sich aber der natürliche Charakter des Eigenthums total verändert; die Einfachheit und Selbständigkeit, die es besass, so lange es seinem natürlichen Begriffe entsprechend ein unmittelbarer Ausfluss der Persönlichkeit, das erkennbare Dasein ihres Willens war, ist verloren; es ist ein Vermitteltes, von äusseren Umständen Abhängiges geworden.

War es dort das Produkt eines Willens, des Herrschaftswillens des Eigenthümers, so ist es jetzt ein künstliches Gebäude, aufgebaut aus mancherlei komplicirten Thatsachen, in welchen die verschiedensten Willensäußerungen eine Rolle spielen, und muss zusammenstürzen, wenn nur ein einziger Baustein fehlt oder als schadhaft sich erweist. Das friedliche Verhältniss der Person und ihres freien Willens zur Sache ist gestört, indem sich Fremde in ihre häusliche Gemeinschaft immer wieder hineindrängen; die Nothwendigkeit auf fremdes Recht, fremde Eigenschaften, fremde Handlungen sich zu berufen, nimmt ihm die selbstgewisse Ruhe und Sicherheit, die es in einem geordneten Rechtszustande im allgemeinsten Interesse haben sollte. — Diesem Zustande muss die Rechtsordnung ein Ende machen, sie muss dem Eigenthum die Möglichkeit eröffnen, zu jener Ruhe und Sicherheit zurückzukehren; ein Rechtsinstitut ist zu schaffen, welches das Eigenthum wieder auf eigne Füsse stellt und die Nothwendigkeit jener zweifelhaften Stützen beseitigt. Das ist's, was die Ersitzung will, und was die römischen Juristen ausdrücklich als ihren rechtspolitischen Zweck angeben; ich meine hier vor Allem die bekannten Stellen: *l. 1 D. 41, 3; G. 2, 44.*

Von welcher Art die Voraussetzungen eines solchen Institutes allein sein können, ergibt sich aus seinem Zwecke, den es sich selbstverständlich hüten muss durch seine eigenen Anforderungen wieder zu verletzen: das Eigenthum ist an sich ein Verhältniss zwischen Person und Sache; durch den Verkehr und die positiven Bestimmungen der Gesellschaft war es von Thatsachen und Bedingungen abhängig geworden, die ausserhalb jener Beiden liegen und darauf beruht seine Gefahr. Eben desshalb kann das Rechtsinstitut, welches seine Sicherheit wieder herstellen soll, nur darin bestehen, dass die gesellschaftliche Anerkennung wieder einzig auf Thatsachen begründet wird, welche in jenem engen Kreise sich finden d. h., welche von der Person des Eigenthümers und der Individualität der Sache ausgehen; es darf das Institut, welches das Eigenthum von der Abhängigkeit von Anderen befreien will, nicht selbst wieder seine Wirksamkeit von etwas abhängig machen, was in der Person Anderer, ausserhalb jenes Kreises stehend vorhanden sein müsste. Dass man nun zu diesen Voraussetzungen gerade den fortgesetzten Besitz gewählt hat, dafür mögen innere Gründe entscheidend gewesen sein. Jedenfalls lag es sehr nahe, die längere fak-

tische Ausübung des Eigenthums zur inneren Festigung desselben zu benutzen. Vor allem aber enthält gerade der fortgesetzte Besitz keinerlei fremde Elemente, bezieht sich nur auf die Person des Erwerbers und die Sache, und ist mithin just so eine Voraussetzung, wie wir sie für ein zu solchen Zwecken geschaffenes Rechtsinstitut allein brauchen können.

So weit wäre also das positive Recht ganz mit sich im Reinen. Nun aber kommt die *aequitas* und verlangt, dass dieses nützlich, ja unumgänglich nothwendige Institut, um auch ihr zu gefallen, noch einen zweiten Erwerbsakt zu seinen Voraussetzungen annehme. — Man muss gestehen, das heisst viel verlangt. Die Usukapion ist geschaffen, damit das Eigenthum jene Selbständigkeit und Sicherheit erlange, die ihm regelmässig fehlt, so lange es von einem anderen Erwerbsakte abhängig ist. Nun soll die Usukapion selbst wieder von solch einem Erwerbsakte abhängig sein. Freilich einen Erwerbsakt des *jus civile* verlangt die *aequitas* nicht, allein, was jene Sicherheit betrifft, sind die Erwerbsakte des *jus gentium* um kein Haar besser, eher schlechter (denn durch die Feierlichkeit der ersteren wird doch immerhin eine gewisse Garantie geboten); und ob die Frage lautet: hat der und jener Andere die Sache *in bonis* gehabt? oder: hat er sie *ex jure Quiritium* gehabt? — es ist einmal wieder ein Fremder hineingemischt, und alle Nachtheile, welche dieser Umstand der in sich abgeschlossenen Sicherheit des Eigenthums zufügt, würden auch dem durch Usukapion erworbenen wieder anhängen. Das ganze schöne Institut wäre verdorben.

Was ist da zu thun? Eines muss nachgeben, entweder das öffentliche Interesse, indem man ein Institut, welches nur durch gänzliche Verunstaltung der *aequitas* angemessen gemacht werden könnte, fallen lässt, oder die *aequitas*, indem sie auf ihre störende Forderung verzichtet. Hier kann die Wahl niemals geschwankt haben; die Usukapion musste unbedingt erhalten bleiben; denn von jenen beiden Uebeln ist die Verletzung der Rücksichtnahme auf das Wohl des Einzelnen entschieden das geringere. Weil aber die Usukapion erhalten bleiben musste, so kann niemals ein vollkommener Eigenthumserwerb d. h. ein solcher, der wirklich bonitarisches Eigenthum begründet hätte, die nothwendige Voraussetzung ihres Erfolges gewesen sein. Wer mit v. Scheurl annimmt, es habe eine Zeit gegeben, wo das doch der Fall war, — es habe nämlich von

diesem Zustand die Usukapion ihren Ausgang genommen, (l. c. S. 81 u. 82), — der statuirte damit die Möglichkeit, dass ein Institut mit ausgesprochenem rechtspolitischem Zwecke unter Bedingungen existirte, welche ihm die Erreichung dieses Zweckes unmöglich machten. Allerdings ist das bonitarische Eigenthum der Ausgangspunkt der *justa causa usucapionis*, aber nur der theoretische; es ist gleichsam das Ideal der Forderungen der *aequitas*, welches eben, wie so vieles Ideale, bei der Verwirklichung auf unüberwindliche Hindernisse stößt.

Also die Forderung der *aequitas*, dass ein Eigenthumserwerbsakt, d. h. selbstverständlich ein vollkommener, vorhanden sei, wird von der *usucapio* zurückgewiesen; wichtigere Rücksichten machen hier ihre Durchführung zu einer Unmöglichkeit. Dass hiemit noch nicht alles zu Ende ist, verdanken wir dem eigenthümlichen Charakter der Forderungen der *aequitas*, den wir in §. 1 festgestellt haben. Sie sind für die Thatsachen des Rechtes nur ein Sollen, desshalb wird auf sie wie hier verzichtet, wo ihre Durchführung unmöglich ist; denn das Sollen hat seine Gränze am Können. Aber es setzt sich durch bis an diese Gränze; desshalb braucht die *aequitas* doch auch nur so weit auf ihre Forderungen verzichten, als es eben unmöglich ist, sie durchzuführen. Auf dem Uebrigen bleibt sie bestehen, weil für sie ja auch schon ein unvollkommenes Erfüllen ihrer Ansprüche von Bedeutung ist. Hier bei der Usukapion muss die *aequitas* darum auf ihre Forderungen verzichten, weil dieselben mit dem Wesen der Usukapion unverträglich sind; sie verzichtet aber auch nur, soweit diess der Fall ist. Wenn sich finden sollte, dass nur ein Theil des geforderten Eigenthumserwerbsaktes mit dem Wesen der Usukapion sich nicht verträgt, so muss das, was nach Abzug dieser störenden Bestandtheile vom Erwerbsakt übrig bleibt, als Forderung der *aequitas* aufrechterhalten werden. Nach dem, was wir schon bei der *Publiciana* dargethan haben, wird es leicht sein, den Erwerbsakt nach dieser Rücksicht zu zerlegen. Es wurden dort drei Bestandtheile unterschieden: 1. Objektive, die die Sache betreffen. 2. Subjektive, auf Seiten des Erwerbers geforderte. 3. Subjektive, die auf Seiten des bisherigen Eigenthümers stattfinden sollen. Nun liegt auf der Hand, dass diese letzte Kategorie dem Prinzip der Usukapion, dass alle ihre Voraussetzungen in der Person des Usu-

kapienten und in der Sache beschlossen sein sollen, schnurstracks widerspricht; aber auch nur diese. Denn Erwerbshandlungen und Erwerbsefähigkeit können offenbar vom Usukapienten bezüglich des Eigenthums ebensogut verlangt werden, als bezüglich des Besizes, und andererseits von der Sache die abstrakte Fähigkeit, zu Eigenthum erworben zu werden, ebenso gut, wie die Fähigkeit sich apprehendiren zu lassen, — alles dieses, ohne dass aus dem geschlossenen Kreise des Eigenthums herausgetreten werden müsste.

Wir stellen jetzt das Resultat zusammen: Die *aequitas* verlangt beim Besitzerwerb des Usukapienten einen ihr vollkommen entsprechenden Eigenthumserwerbsakt, als *justa causa usucapionis*; — diese Forderung kann so weit, aber auch nur soweit nicht verwirklicht werden, als sie dem eigenthümlichen Wesen der *usucapio* widerspricht; — in solchem Widerspruche stehen nur diejenigen Stücke des Eigenthumserwerbsaktes, welche sich auf die Person des bisherigen Eigenthümers beziehen; — also brauchen nur diese wegzubleiben und die Forderung der *aequitas* bei der Usukapion oder die *justa causa usucapionis* erscheint demnach in folgender Gestalt: es ist ein der *aequitas* entsprechender Erwerbsakt, dem zur Vollkommenheit alle diejenigen Bestandtheile fehlen, welche sich auf die Person des bisherigen Eigenthümers beziehen.

Das Opfer, welches die *aequitas* hier gebracht hat, stellt sich genau betrachtet als nicht so bedeutend heraus, wie es den Anschein hat. Sie musste auf diejenigen Stücke des Erwerbsaktes verzichten, welche an der Person des bisherigen *dominus* hängen, welche, wie wir bei der *Publiciana* gesehen haben, bestimmt sind, den Eigenthumstübergang diesem gegenüber zu rechtfertigen. Allein das Bedürfniss einer solchen Rechtfertigung ist beim Erwerbe des Usukapienten gar nicht in so hohem Grade mehr vorhanden. Hat ja doch die Usukapion selbst das Interesse des Verlierenden durch ihre den Erwerb bedingenden Voraussetzungen schon genugsam wahrgenommen. In Fällen, wo ihm die Sache in besonders kränkender Weise abhanden kam, und deshalb auch der dadurch ermöglichte Verlust derselben besonders hart und verletzend treffen würde, ist die Ersitzung ganz und gar ausgeschlossen. l. 4 §. 6 D. 41, 3.

Ebenso sind gewisse Personen, die nach ihrer Individualität mehr als andere gefährdet wären, vollkommen dagegen geschützt. *L. 3. C. 7, 35.* Vor allem aber ist ja dem bisherigen *dominus* die lange Zeit hindurch, welche zur Vollendung der Ersitzung ablaufen muss, in jedem Augenblick die rechtliche Möglichkeit gegeben, die begonnene Usukapion zu unterbrechen und unschädlich zu machen. Ist er nicht rührig genug, sich während dieser Zeit auch in die faktische Möglichkeit zu setzen, und kraft der ihm gebotenen Mittel sich seine Sache zu erhalten, nun so hat er sich's selbst zuzuschreiben, wenn er sie verliert. Darum braucht die *aequitas* mit der Rechtfertigung des neuen Eigenthumserwerbes, insofern er für ihn einen Verlust bedeutet, wenigstens nicht allzu ängstlich sein, und kann von den Thatsachen, welche regelmässig zur Lösung des alten Eigenthumsverbandes gefordert werden müssten, ohne sich so viel zu vergeben, im diesem Falle absehen. Es wäre sonach hier auch die zweite Art von Gründen der unvollkommenen Erfüllung einer Forderung der *aequitas* vertreten. Ausserdem, dass der Vollkommenheit des Erwerbaktes eine zwingende Unmöglichkeit entgegensteht, könnten die Stücke, welche fehlen; auch aus dem Grunde wegbleiben, weil sie eben unter diesen Umständen für entbehrlich erachtet werden durften. Allein auf diese zweite Begründung, welche die vollkommene Entbehrlichkeit einer Rechtfertigung gegenüber einem früheren Eigenthume denn doch nicht schlagend genug darzuthun vermag, gebe ich offen gestanden gar nicht viel. Es ist mehr eine Beschönigung, wie sie allerdings bei den römischen Juristen selbst nicht unbeliebt sind.

Gaius II, 40 ff. knüpft die Lehre von der Usukapion an das bonitarische Eigenthum: die erste Anwendung der Usukapion, die er bringt, besteht darin, dass sie solches in quiritisches verwandelt. Hierin sieht nun v. Scheurl Beitr. II §. 2 eine Hindeutung, dass der Titel ursprünglich in bonitarischem Eigenthume bestanden habe. Ich möchte diese Anknüpfung am liebsten für nichts Anderes halten, als einen »gewandten Uebergang«, wie sie in der Darstellung des Gaius so häufig vorkommen; er erwähnt wie zufällig bei Besprechung eines Rechtsinstituts den Namen eines anderen, und schreibt dann mit dem anknüpfenden *autem* zur Erklärung des letzteren. Vgl. mit II, 42: I, 56; II, 24. u. a. — Wenn aber ja eine Absicht dabei gewaltet haben soll, so scheint

mir eine sehr nahe zu liegen. Gaius kommt in seiner Aufzählung der Eigenthumserwerbarten zu einer, die den Anschauungen seiner Zeit nicht ganz entspricht, weil es nicht gelungen ist, sie in vollständige Harmonie mit der *aequitas* zu bringen. Was Wunder, wenn er sie mit dem einzigen Falle einführt, wo der *aequitas* doch vollkommen entsprochen ist? Da dieser Fall eben nur durch das Bestehen eines *duplex dominium* möglich wurde, so ergibt sich die Anknüpfung an dieses von selbst. Nachher zeigt sich freilich, dass diese Vollkommenheit nur zufällig bei dem Institut gefunden wird, dass es die *aequitas* zwingt, auch mit weniger sich zu begnügen, indem es ihr keinen vollkommenen Erwerbakt bietet (§. 43); demnach hat die Usukapion doch einen kleinen Makel, eine Härte an sich, und Gaius glaubt sie gewissermassen entschuldigend zu müssen, §. 44: *quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius incerta essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est*. Dafür, dass auch ein unvollständiger Erwerbakt genügen muss, führt also Gaius die nämlichen Gründe an, wie wir vorhin: einmal ist die Usukapion zur Sicherung des Eigenthums eingeführt und dieser höhere Zweck würde nicht erreicht, wenn nicht schon ein unvollkommener Erwerbakt der angegebenen Art zur *justa causa* genügt; zweitens aber ist das Interesse des bisherigen *dominus* so schon genügend von dem Institute berücksichtigt.

Es lässt uns der eben geschilderte Entwicklungsgang des Titels einen Blick thun in die geheimnissvolle Werkstatt des Rechts, in die eigenthümliche Art des römischen Volksgeistes. Ihering sagt hierüber in §. 20 seiner berühmten Schrift, die wir schon oben anführten: »den Römern ist es von Alters her gelungen, das Recht aus dem Bereiche des Gemüths und Gefühls in das des berechnenden Verstandes zu versetzen, aus dem Rechte einen von den Einflüssen der momentanen sittlichen Ansicht unabhängigen äusseren Mechanismus zu machen.« Haben wir hier an unserem Titel der *usucapio* nicht ein schlagendes Beispiel für diese Richtung der römischen Sinnesart? In das harte rücksichtslose *jus civile* ist ein menschliches Prinzip eingedrungen; das Recht ist für die Menschen gemacht, also ihr Wohl soll sein Augenmerk sein. Diess ist die

Grundidee der *naturalis aequitas*. Wie nun das Wohl des Einzelnen im einzelnen Falle wahrzunehmen sei, wäre das nicht als seine schönste Aufgabe dem subjektiven sittlichen Gefühle zu überlassen? Aber nein, auch diese Rücksicht auf das Wohl, weil sie auf das Recht angewendet sein soll, ist damit in jenen Zauberkreis hineingetreten, wo alles zur abstrakten Regel, (zur akkurat arbeitenden Maschine wird; was da mitarbeiten will, muss auch ein Stück von dieser Maschine werden. Das neue Prinzip vermag keinen Umschwung im Geiste des Rechtes zu bewirken, sein einziges Resultat ist: eine neue abstrakte Regel den bisherigen hinzugefügt zu haben. Und damit ist es abgefunden; nachdem die Regel einmal da ist, ist der Geist, der sie erzeugte, vergessen, sie ist ein Rad in der Maschine wie die andern und das juristische Denken verfährt mit ihr, wie mit einer andern Rechtsregel auch. Uns würde ein natürliches Gefühl lehren: wenn die Usukapion auf das Wohl des Einzelnen Rücksicht nehmen soll, so müsste eben entweder dem verlierenden Eigenthümer irgend ein Ersatz gewährt werden, oder der Verlust davon abhängig gemacht werden, dass er darein willigt. Ist das nicht möglich, so lässt sich eben die Usukapion mit solcher Rücksicht auf das Wohl des Einzelnen überhaupt nicht vereinigen. Anders die Römer: ihnen handelt es sich nicht darum, dem Wohl, sondern der aus Rücksicht auf das Wohl festgestellten abstrakten Regel Genüge zu thun. In konsequenter Durchführung der Regel sind sie auf den Satz gekommen, dass um der *aequitas* willen ein zweiter Erwerbssakt nöthig sei. Aber gerade die Bestandtheile, welche ihm dem Verlierenden gegenüber seinen Werth geben, müssen aus besondern Gründen fehlen. Damit wäre eigentlich der ganze Erwerbssakt für das Wohl bedeutungslos und könnte füglich wegbleiben. Die Römer rechnen aber mit ihrer Regel fort und dem subjektiven Gefühl, aus dem sie entsprungen ist, gestatten sie nicht, die äußerlich gewordenen Mächte des Rechtes in ihrem Gange aufzuhalten: Hier ist eine Regel, dort die andre; jene verlangt einen ganzen Erwerbssakt, diese stösst gewisse Theile desselben zurück, das Resultat muss ein unvollkommener Erwerbssakt sein. Das ist ein objektiver Vorgang, von dem das Bewusstsein nur Notiz nehmen, dem der Verstand nur nachrechnen darf, der aber in seiner objektiven Nothwendigkeit und Gewissheit über allem Raisonnement der Sub-

ektivität erhaben steht. Wir aber können nicht unterlassen zu konstatairen, was für ein fremder Geist uns aus der Erscheinung des *justus titulus usucapionis* anweht; die Rücksicht auf das Wohl soll darin mit einer rein formalen Genugthuung abgefunden werden.

§. 4. Der Erwerbsakt und die *bona fides*.

Von verschiedenen Ausgangspunkten sind wir jetzt auf das nämliche Resultat gekommen: bei der *Publiciana* wie bei der Usukapion ist ein der *aequitas* entsprechender Erwerbsakt gefordert, welchem zur Vollkommenheit alle an der Person des bisherigen Eigenthümers hängenden Bestandtheile fehlen. Deshalb gilt die nun folgende genauere Betrachtung, was zu solch einem Erwerbsakte gehört, gleichmässig für Usukapion und *Publiciana*.

Der vollkommene Erwerbsakt ist unsere nothwendige Grundlage; darum fragt sich vor allem, was man unter einem vollkommenen Erwerbsakt verstehen will. Es findet sich nämlich häufig eine eigenthümlich unpraktische Auffassung desselben, die besonders auch bei v. Stintzing *l. c.* §. 17 u. 18 hervortritt. Er hat in den vorausgehenden §§. das Recht des *autor* besprochen und stellt nun dem gegenüber den Erwerbsakt, der entweder ein vollständiger oder ein unvollständiger sein kann. So wird denn auch (§. 75) als Normalfall derjenige ausdrücklich hervorgehoben: »wo der Veräussernde nicht Eigenthümer ist — und ein an sich vollgültiger Erwerbsakt vorliegt.« Dieser vollständige oder an sich vollgültige Eigenthumserwerbsakt, bei dem das Recht des Autor fehlt, ist aber eine leere Abstraktion des Lehrbuchs, als welche ihn schon das mystische »an sich« kennzeichnet. Das Lehrbuch nennt eine Handlung oder einen Complex von Handlungen Eigenthumserwerbsakt, weil durch sie dem ganzen Vorgang sein Charakter gegeben wird; so z. B.: Uebertragung des Besitzes einer Sache mit dem Willen Eigenthum zu geben auf der einen Seite, Eigenthum zu nehmen auf der andern Seite, diess wäre so ein Eigenthumserwerbsakt in der Theorie, ein Eigenthumserwerbsakt an sich. Mit dem Ausdruck: der Eigenthumserwerbsakt ist an sich vollständig, kann nur gemeint sein, dass jene Handlungen, welche die Theorie so nennt, in *concreto* vorhanden sind; das Geschäft muss vor sich gegangen sein, so versteht es offenbar auch

v. Stintzing. Allein in's Leben hinausgestellt, wäre solch ein Vorgang ein blosses Gespenst ohne Kraft und reelles Dasein, wenn nicht noch andere Umstände dazu kommen, welche das Lehrbuch stillschweigend voraussetzen mag; nämlich, dass der Uebertragende Eigenthümer sei, dass er Dispositionsfähigkeit habe, dass der Empfänger auch erwerben könne u. s. w. Mit einem Wort: in der Wirklichkeit fällt der Begriff eines Eigenthumserwerbsaktes zusammen mit dem einer Thatsache, vermöge deren Eigenthum erworben wird. Wenn nun in irgend einem Falle verlangt ist, es solle ein Eigenthumserwerbsakt vorhanden sein, so geschieht das doch nicht aus blosser Caprice, damit diess oder jenes Rechtsgeschäft wieder einmal praktisch dargestellt werde, sondern auf ein gewisses Resultat ist es abgesehen: ist der Erwerbsakt objektiv nothwendig, so soll er Eigenthum hervorbringen, ist er nur im Bewusstsein einer Person gefordert, so soll dieselbe glauben, Eigenthum zu erwerben. Für beides genügt aber nicht die richtige Vornahme des Geschäftes, wie es in der Theorie geschildert wird, sondern die Voraussetzungen, unter denen dieses Geschäft nur wirksam ist, gehören auch dazu. Ein vollgültiger Eigenthumserwerbsakt, bei dem der Verkäufer nicht Eigenthümer ist, ein »an sich vollkommener Erwerbsakt« wäre in der Wirklichkeit ein Widerspruch mit sich selbst.

Hiezu kommt aber noch: mit einem solchen an sich gültigen Erwerbsakt, der demnach die blosser äusserliche Erscheinung des Rechtsgeschäftes wäre, sind die Bestandtheile des Titels gar nicht einmal vollständig umfasst. Soll dadurch die Frage nach der Person, dem Rechte und der Handlungsfähigkeit des Verkäufers ausgeschlossen sein, so muss das Gleiche stattfinden bezüglich des Erwerbers; in der blossen äusserlichen Vornahme des Rechtsgeschäftes sind auch die persönlichen Verhältnisse des Letzteren nicht enthalten. In *l. 44 D. 41, 3*, wo der Erwerber nicht, wie er glaubte, noch Haussohn, sondern thatsächlich *sui juris* war, sind die Erfordernisse des Titels allerdings vorhanden; aber ein nur an sich vollgültiger Erwerbsakt, wie v. Stintzing *l. c. §. 19* meint, ist das eben darum nicht.

Wenn man freilich, wie das wohl meistens geschieht, mit dem an sich vollgültigen Erwerbsakt gar keinen bestimmten Begriff verbindet, sondern eigentlich auch nichts Anderes meint, als einen

unvollständigen Erwerbsakt, so ist damit sehr wenig gesagt und von einer wirklichen Definition des Titels keine Rede.

Jener vollkommene d. h. Eigenthum übertragende Eigenthumserwerbsakt zerfällt nun in verschiedene Arten von Bestandtheilen, die wir uns am Beispiele eines Eigenthumserwerbsaktes durch Vertrag vergegenwärtigen wollen, der ja doch immer der Haupt- und Normalfall sein wird. Die beiden subjektiven Arten von Bestandtheilen, auf welche wir uns hier beschränken, stellen sich in ihrer nächsten Erscheinung als vorzunehmende Handlungen dar (das Rechtsgeschäft »an sich«); sie sind Willenserklärungen, welche in dem übergelenden Objekte zusammentreffen (*concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium*). Weiter rückwärts von dem Punkte des Zusammentreffens der beiden Willenserklärungen liegen auf beiden Seiten weitere Erfordernisse, welche vorhanden sein müssen, damit dieser ausgesprochene Wille auch rechtlich gültig sei: die vollständige und unbeschränkte Handlungsfähigkeit der Beteiligten. Endlich aber damit der Vertrag auch wirklich ein Eigenthumserwerbsakt werde, ist noch erforderlich, dass es der *dominus* der Sache sei, welcher verküsst, und dass der Erwerber die Eigenschaft rechtlicher Erwerbsfähigkeit besitze.

So besteht zwischen diesen beiden Arten von Bestandtheilen nicht ein gleichmässig scharfer Gegensatz, vielmehr lässt sich eine fortschreitende Stufenfolge von der grössten Einseitigkeit bis zur vollständigen Vermittlung erkennen. Es ergibt sich für den Eigenthumsvertrag folgendes Schema, in welchem jedes Glied auch dem Sinne nach dem vorausgehenden oder folgenden am nächsten liegt: 1) Person des *dominus*. 2) Handlungsfähigkeit desselben. 3) Vornahme der Veräußerungshandlung. 4) Vornahme der Erwerbshandlung. 5) Handlungsfähigkeit des Erwerbers. 6) Person des Erwerbers mit der Eigenschaft der Erwerbsfähigkeit.

So der vollkommene Erwerbsakt; beim Titel dürfen die sub 1—3 aufgezählten Erfordernisse fehlen als in der Person des bisherigen *dominus* liegend; denn die Einseitigkeit des Erwerbsaktes ist das Charakteristische des Titels. In wiefern aber hiebei jenes allmähliche Ineinandertüberehen der beiden Kategorien von Bedeu-

tung ist, soll gleich hier im Allgemeinen angedeutet werden. Setzen wir einmal den Fall, es würden sich die charakteristischen Merkmale eines Erwerbsaktes nur auf der dem Titel prinzipiell verschlossenen Seite des bisherigen Eigenthümers finden, es würde also, wenn man nur das nimmt, was sich auf Seiten des Erwerbers findet, so wenig übrig bleiben, dass sich der Titel hienach gar nicht mehr als Erwerbsakt erkennen liesse, oder dass ihm wenigstens die charakteristischen Merkmale eines bestimmten Erwerbsaktes fehlen. In beiden Fällen wäre eigentlich ein Titel nicht vorhanden; auch im letzteren nicht, denn ein Erwerbsakt ist nur vorhanden als bestimmte einzelne Art eines Erwerbsaktes. Wollte man hier der Forderung der *aequitas* Genüge thun, so liesse sich das nur erreichen, wenn man sich entschliesst, hinüberzugreifen auf jene andere Seite. Würde denn aber damit nicht das andere Prinzip, das Prinzip der Einseitigkeit des Titels verletzt? und haben wir nicht gerade dieses Prinzip das stärkere genannt? — Es kommt vor Allem in Betracht: wir haben es nicht mehr mit den Prinzipien, sondern mit den daraus geflossenen Rechtssätzen zu thun; hat sich der Rechtssatz einmal fixirt, so ist das Prinzip vergessen, aus welchem er stammt; er kann nicht mehr eine grössere oder geringere Kraft aus demselben herleiten; vielmehr sind alle Rechtssätze gleichberechtigt. In dem so eben vorausgesetzten Falle liegt nun die Sache so, dass der eine Satz: es solle ein Eigenthumserwerbsakt vorhanden sein, — ganz und gar unwirksam gemacht wird, wenn man den anderen, dass nämlich dieser Erwerbsakt auf das beim Erwerber zu Fordernde sich beschränken soll, vollständig durchführt. Liesse sich ein Weg finden, wo keiner der beiden Sätze gänzlich hintangesetzt würde, sondern nur der eine etwas nachzugeben hätte, so müsste uns die Rücksicht auf die Gleichberechtigung der Rechtssätze zwingen, diesen Ausweg einzuschlagen. Den Ausweg bietet das oben angegebene Verhältniss der einzelnen Bestandtheile des Erwerbsaktes. Es wird in der That hintbergegriffen auf die Seite des bisherigen Eigenthümers; allein damit ist nicht eine Bresche in das Prinzip der Einseitigkeit gelegt, durch die nun die ganze Masse der jenseitigen Erfordernisse unterschiedslos hereinstürzte, sondern nur das dem Erwerber zunächst liegende Stück wird zugelassen; hinter diesem ist ja wieder ein Abschnitt, über welchem hinaus noch entferntere Stücke liegen, deren Aufnahme dem Prinzip der Einseitig-

keit noch mehr widersprechen würde, durch deren Fernhaltung daher eben jenes Prinzip sich noch als wirksam erweist. — Das erwähnte Stück, welches dem Erwerber am nächsten liegt, ist aber die Vornahme der Veräußerungshandlung; wir dürften also erwarten, dass wir unter Umständen auch diese noch in die Bestandtheile des Titels hereingezogen finden werden; und zwar gilt das gleichmässig für Titel und *Publiciana*, denn bei beiden finden sich jene widerstreitenden Rechtsätze, wenn es auch verschiedene Gründe sind, welche dieselben für beide hervorgebracht haben.

Das was die *aequitas* für ihren zur Usukapion und *Publiciana* nothwendigen Eigenthumserwerbsakt verlangt, dehnt sich aber noch nach einer ganz anderen Richtung hin aus. Seinem inneren Wesen nach ist der Eigenthumserwerbsakt eine Thatsache, durch welche Eigenthum für eine bestimmte Person zur Entstehung kommt. Eigenthum ist Willensherrschaft, nach der von uns acceptirten Theorie ursprünglich: natürliche Willensherrschaft über eine körperliche Sache, nachmals d. h. sobald einmal die Gesellschaft organisirt war: rechtliche d. h. auf das von der Gesellschaft gesetzte Recht sich stützende Willensherrschaft. Willensherrschaft ist es also auch in der Gesellschaft geblieben und musste es bleiben, sollte es nicht seinem eigensten Begriffe untreu werden. Ist dem so, so gehört zur Entstehung des Eigenthums, mithin zum Eigenthumserwerbsakt nothwendig die Entstehung des Herrscherwillens bei derjenigen Person, welche Eigenthümer werden soll. Dieser Bestandtheil des vollkommenen Erwerbsaktes liegt nun aber entschieden auf Seiten des Erwerbers, so dass er auch zu dem einseitigen Erwerbsakt, wie er im Titel sich darstellt, gehören muss. Für den vollen Erwerbsakt wie für den Titel würden wir also den Nachweis des Vorhandenseins dieses Willens zu verlangen haben.

Betrachten wir aber mit Rücksicht hierauf zunächst einmal den Ersteren. Die einzelnen Erwerbsarten des positiven Rechtes sind, was die Betheiligung des Erwerbers anlangt, sehr verschieden eingerichtet; manche erfordern eine Handlung desselben, manche keine solche, ja nicht einmal seine Kenntniss vom Erwerbe. Das Vorhandensein jenes Willens ist also nicht überall garantirt, und gleichwohl nirgends als selbständiges Erforderniss aufgestellt. Was

folgt hieraus? Nichts anderes als: dass der nach dem Wesen des Eigenthums zur Entstehung desselben nothwendige Wille Eigenthum zu haben ohne Weiteres überall für vorhanden angenommen wird, wo den Bedingungen des positiven Rechtes für Entstehung des Eigenthums genügt ist, gleichviel ob er dabei wirklich schon bewiesen ist, oder nicht. Diese Annahme hat aber je nach Umständen einen verschiedenen Charakter.

1. Bei manchen Erwerbsarten pflegt der Eigenthumswille zu objektiver Erscheinung zu kommen durch eine ausdrückliche Erklärung; so bei *mancipatio*, *in jure cessio*, wohl auch bei der *traditio*. Hier beruht die Annahme auf unmittelbarer Gewissheit.

2. In andern Fällen kann sie den Charakter einer Präsumtion haben; wie es denn sehr gewöhnlich ist, dass der Wille Eigenthum zu haben bei der *traditio* aus den begleitenden Umständen geschlossen wird. Nicht minder liegt aber auch ein Indizium für diesen Willen überhaupt schon darin, dass der Erwerber von einem zu seinen Gunsten sich vollziehenden Erwerbsakte Kenntniss hat. Hier wird zunächst nur das Bewusstsein eines Eigenthumserwerbsaktes erwiesen sein, dann ist es aber ein natürlicher Schluss, dass der Wille die ihm vom Rechte eingeräumte Stelle auch sofort einnimmt. Ein Beispiel bietet der Legatar, welchem kund wird, dass ihm eine *per vindicationem* vermachte Sache nunmehr gehören soll, oder der antretende Erbe, welcher eine bestimmte Sache zur Erbschaft gehörig weiss.

3. Es kann aber auch — gerade durch Legat und Erbgang — ein Eigenthumserwerb stattfinden, ohne dass der Erwerber etwas davon weiss, dass die Sache jetzt sein sei. Hier ist die eben erwähnte Präsumtion, die ja eben nur darauf beruht, dass der Erwerber das Bewusstsein des angebotenen Erwerbes hat, ausgeschlossen. Gleichwohl entsteht auch hier sofort Eigenthum; wenn also der immer unumgänglich nothwendige Wille, Eigenthum zu haben, auch hier für vorhanden angenommen wird, so ist das nichts anderes als eine Fiktion.

So weit geht also die Abhängigkeit des natürlichen Elementes vom positivrechtlichen, dass beim Vorhandensein des letzteren das erstere als selbstverständlich hinzugedacht wird; es wird gleichsam verdeckt und kommt gar nicht mehr in Frage.

Wie steht es nun aber in dieser Beziehung beim Titel? Er ist kein vollkommener Eigenthumserwerbsakt, mit ihm ist den Anforderungen des positiven Rechtes für einen Eigenthumstübergang nicht genügt; deshalb kann ihm auch nicht jene Fiktion zu Statten kommen, welche an die Erfüllung dieser Anforderungen geknüpft ist: das vollständige Vorhandensein des Titels macht die Frage nach dem Eigenthumswillen nicht überflüssig; vielmehr, wenn wir annehmen sollen, dass derselbe vorhanden sei, so muss uns ein Nachweis hiefür nach den gewöhnlichen Regeln gegeben werden, sei es durch ausdrückliche Erklärung oder durch Indizien.

1. Was die ausdrückliche Erklärung betrifft, so steht der Titel dem vollkommenen Erwerbsakt gleich.

2. Auch präsumirt kann der Wille werden, wie dort. Mag auch das Traditionsgeschäft objektiv einen Mangel haben, so kann sich gleichwohl aus den begleitenden Umständen der *animus accipiendi domini* ergeben. Auch das Bewusstsein eines Legats oder Erwerbs durch Erbgang kann vorhanden sein, ohne dass objektiv an diesen juristischen Thatsachen alles in Ordnung ist; aus dem Vorhandensein dieses Bewusstseins aber, haben wir gesehen, darf geschlossen werden auf das Vorhandensein des Eigenthumswillens. Der Unterschied vom vollkommenen Erwerbsakt ist nur der, dass dort dieses Bewusstsein ein getreuer, hier aber ein falscher Reflex der Aussenwelt ist; allein diese Fehlerhaftigkeit ist eben nur im Verhältniss zur Aussenwelt vorhanden, auf den Willen wirkt das Bewusstsein gleichmässig, wie es nun auch entstanden sein mag; deshalb muss auch der Nachweis des irrigen Bewusstseins eines Legats oder Erwerbs durch Erbgang zum Nachweis des Eigenthumswillens genügen.

Weiter aber kann der Titel dem vollkommenen Eigenthumserwerbsakt nicht folgen; eine Fiktion des Eigenthumswillens gibt es bei ihm nicht. Und hieraus, dass dieser Wille nach dem Wesen des Eigenthumserwerbsaktes nothwendig ist für den vollkommenen Erwerbsakt wie für den Titel, dass aber nur dem Ersteren dabei eine Fiktion zu Hülfe kommt, ergibt sich ein bedeutender praktischer Unterschied: Vorausgesetzt, dass alle Erfordernisse des positiven Rechtes vorhanden sind, kann der Titel noch ungültig sein wegen Mangels des natürlichen Elementes, der vollkommene Eigenthumserwerbsakt aber nicht. Wir können als das *minimum*

dessen, was gegeben sein muss, damit das Vorhandensein des Eigenthumswillens für nachgewiesen erachtet werden könne, bezeichnen: das Bewusstsein des Eigenthumserwerbsaktes; wo dieses fehlt, ist ein natürlicher Nachweis dieses Willens undenkbar und nur die beim vollen Erwerbsakt bestehende Fiktion kann sein Vorhandensein annehmen. Also werden wir sagen:

1. Ein gültiger Titel ist nicht möglich, ohne dass der Eigenthumserwerbsakt dem Erwerber, d. h. dem Usukapienten und Publizianischen Kläger, zum Bewusstsein kommt; dagegen kann ein vollkommener Eigenthumserwerbsakt gültig und wirksam sein, bei dem dieses Bewusstsein fehlt.

2. Ist ein Titel zuerst nur objektiv vorhanden und tritt erst nachträglich das Bewusstsein des Erwerbers von einem Eigenthumserwerbsakte hinzu, so kann der Titel erst von diesem Augenblicke an gültig und wirksam werden, weil erst jetzt die Möglichkeit des Eigenthumswillens — eines Erfordernisses für die Gültigkeit des Titels — gegeben ist. Es läuft daher auch insbesondere erst von diesem Momente an die Usukapion. Eigenthum aber an der *res hereditaria* z. B. erwirbt der Erbe sofort mit dem Erbschaftsantritt, wenn er auch vielleicht viel später erst etwas von ihrer Existenz erfährt.

Wir werden die Richtigkeit dieser Regeln, die aus dem Wesen des Titels als unvollkommenen Eigenthumserwerbsaktes sich ergaben, nachher noch bei Betrachtung der einzelnen Titel erprobt finden. Zunächst haben wir hier unsere Blicke noch auf eine andere Erscheinung zu richten, die gleichfalls mit diesem Charakter des Titels in Zusammenhang steht; ich meine das Erforderniss der *bona fides*.

I. Der römischen *fides* steht wohl der Begriff der Treue am nächsten; diese ist das Bewusstsein eines Pflichtverhältnisses zu Anderen mit der Gesinnung, diesem nachzukommen. Doch ist in der *fides* beides nicht so eng verbunden, wie in der Treue; in der *fides* ist eigentlich das Bewusstsein der Möglichkeit, der Pflicht nicht nachzukommen, noch lebendiger; sie ist mehr das Bewusstsein des Verhältnisses der eigenen Persönlichkeit zu dieser Pflicht. Und dieses Verhältniss kann ein gutes oder ein schlechtes sein, je nachdem man derselben entspricht oder nicht, und demgemäss gibt es eine *bona fides* und eine *mala fides*.

Der Pflichten gegen Andere sind es unendlich vielerlei; uns kommen hier nur zwei Arten von Pflichten in Betracht: die, welche das Recht, und die, welche die *aequitas* vorschreibt. Sie lauten: du sollst den freien Willen eines Anderen nicht verletzen — und: du sollst den Andern nicht an seinem Vermögen zu deinem Vortheil schädigen. In beiden Richtungen ist *bona fides* das Bewusstsein der Angemessenheit an die Pflicht. Dass sie insbesondere auch auf die *aequitas* sich bezieht, lehren Stellen wie *l. 2, 3; l. 5 pr. D. 44, 7; §. 30 J. 4, 6*, wo *ex bono et aequo* und *ex bona fide* synonym gebraucht werden. Hieher gehört auch *l. 31, p. D. 16, 3: bona fides . . . aequitatem summam desiderat*. — Den Gegensatz bildet *mala fides* als das Bewusstsein, dass mein Verhältniss zu Andern der Pflicht, die das Recht oder die *aequitas* mir auferlegt, widerspreche. Von solchem Bewusstsein begleitet, ist der Wille, welcher durch die Handlung den objektiv verletzenden Erfolg herbeiführt, *dolus*. Wegen dieses in ihm enthaltenen Bewusstseins ist der *dolus* sowohl der *bona fides* als auch dem Rechte und insbesondere der *aequitas* entgegengesetzt. *l. 3, 3 D. 17, 2: bona fides contraria est fraudi et dolo. l. 12 D. 44, 4: qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*.

II. Die Feindseligkeit oder Angemessenheit der Gesinnung gegenüber der *aequitas* und ihren Pflichten soll nun auch von Seiten der *aequitas* als Rückschlag eine verschiedene Behandlung zur Folge haben; günstig muss sie sein der *bona fides*, ungünstig der *mala fides*. Für die Erfüllung einer Pflicht gibts keine Belohnung; es gibt nur Strafen für die Nichterfüllung. Der Unterschied in der Behandlungsweise kann also nur darin bestehen, dass der *mala fides* ein Nachtheil widerfährt, dem die *bona fides* entgeht. Es liesse sich so ein Nachtheil auf zweierlei Weise denken:

1) als unmittelbare Wirkung der *mala fides*, so dass dieses Bewusstsein selbst bei dem, der es hat, irgend einen Schaden anrichtet.

2) als eigentliche Strafe, indem von aussen her ein Nachtheil zugefügt wird, der nicht als innerlich notwendige Folge der schlechten Gesinnung erscheint.

Abgesehen von der Frage, ob dieser letztere Weg überhaupt möglich und zulässig ist, würde man ihn jedenfalls erst dann ein-

schlagen dürfen, wenn der Zweck auf dem anderen nicht schon erreicht wird. Wir haben also zu erwägen, inwiefern kann aus der *mala fides* für den, der sie hat, eine schädliche Wirkung entstehen? Das Gebiet, auf welchem allein diese schädliche Wirkung getibt werden kann, ist bestimmt durch den Charakter der *mala fides* selbst; als Gesinnung ist sie eine rein innerliche Thatsache, nur auf das, was im Bereich dieser Innerlichkeit sich vorfindet, kann ihr unmittelbarer schädlicher Einfluss sich erstrecken. Das Gebiet des Rechts, welches ja auch das der *aequitas* ist, bilden aber die objektiven Thatsachen; eine einzige solche objektive Thatsache gibt es, die mit einem Fusse auch in der Subjektivität steht, die also beiden Gebieten angehört, freilich eine höchst wichtige Thatsache; es ist der Wille des Subjekts. Dieser Wille allein ist der Punkt, wo eine schädliche Wirkung der *mala fides* ihre Hebel ansetzen könnte, natürlich auch nicht der Wille schlechthin, sondern nur ein solcher bestimmter Wille, der in einem gewissen Zusammenhang mit der *mala fides* steht. *Mala fides* ist Bewusstsein d. h. ruhendes Denken, der Wille ist auf die Aussenwelt gerichtetes Denken; der Form nach sind also beide verschieden. Dagegen ist durch ihren Inhalt ein Zusammenhang denkbar, so nämlich dass dieser Inhalt der gleiche ist: das Subjekt ist sich einer seine Pflicht verletzenden Beziehung zu Anderen bewusst, und der Wille will diese verletzende Thatsache. Dass nun der von solchem Bewusstsein begleitete Wille vom Standpunkte des Prinzipes aus, welches die verletzte Pflicht vorschreibt, fehlerhaft und in sich nichtig ist, versteht sich von selbst. Wird irgendwo im Namen der *aequitas* ein Wille verlangt und bei dem Subjekte, von dem er verlangt wird, findet sich ein solcher vitioser Wille, so ist der Forderung der *aequitas* nicht genügt, und im Erfolg ist es geradeso, als wäre der verlangte Wille gar nicht vorhanden.

Soll es beim Eigentumserwerbsakt darauf ankommen, ob der Erwerber *in bona* oder *in mala fide* ist, so muss bei ihm die *mala fides* etwas schaden können d. h. es muss ein Wille zum Erwerbsakt nothwendig sein, der durch *mala fides* untauglich gemacht wird. Und zwar muss es ein Wille sein, der allen Arten von Erwerbsakten gemein ist, denn bei allen ohne Ausnahme soll ja *bona fides* gefordert und *mala fides* verpönt sein; dieser allen

gemeinsame Wille ist aber kein anderer als der, dessen Vorhandensein wir vorhin festgestellt haben, der Wille Eigenthümer zu sein. Wir finden hier einen neuen Beweis für die Nothwendigkeit, einen solchen allgemeinen Bestandtheil des Eigenthümererwerbsaktes anzunehmen. Es gibt Eigenthümererwerbsarten, zu deren positiven Voraussetzungen kein auf die Sache gerichteter Wille des Erwerbers, ja überhaupt gar keine Willensthätigkeit desselben gehörte, wie z. B. das Legat. Wäre aber mit diesen dem positiven Rechte entstammenden Voraussetzungen alles erschöpft, was zur Gältigkeit des Erwerbsaktes gehörte, so fehlte es ja an jedem Anknüpfungspunkte für eine schädliche Wirkung der *mala fides*, die Frage nach *bona* oder *mala fides* wäre bedeutungslos und die Forderung von *bona fides* überflüssig. Darum muss auch hier ein Wille des Erwerbers als nothwendiger Bestandtheil des Erwerbsaktes gefordert sein, und hätten wir das Vorhandensein eines solchen nicht schon oben nachgewiesen, so würden wir jetzt diesen Nachweis zu erbringen suchen müssen.

III. Der Wille, Eigenthum zu erwerben, soll durch *mala fides* vitios werden; daraus ergibt sich nach dem oben Gesagten, welchen Inhalt diese *mala fides* nur haben kann: den gleichen, wie der Wille, den sie verderben soll. Demnach wäre die hier in Betracht kommende *mala fides* zu bezeichnen als das Bewusstsein, dass mein Eigenthümererwerb die Pflicht gegen einen Anderen verletzen würde, d. h. dass diejenigen Voraussetzungen nicht vorhanden sind, welche vorhanden sein müssen, wenn der Eigenthümererwerb gegenüber dem Anderen gerechtfertigt sein soll. Dieser Andere ist hier der Eigenthümer, *mala fides* also genauer bezeichnet: das Bewusstsein, dass dasjenige fehlt, was den Eigenthümererwerb gegenüber dem bisherigen Eigenthümer rechtfertigen sollte. Was das ist, haben wir bereits festgestellt: es ist die handelnde Betheiligung des bisherigen Eigenthümers an Hervorbringung des Eigenthümererwerbsaktes. Diese Betheiligung ist vorhanden, wenn drei Stücke zusammentreffen und sie fehlt, wenn nur eines dieser drei Stücke nicht vorhanden ist, wenn entweder die Veräußerungshandlung nicht vorgenommen wurde; oder, der sie vornahm, nicht handlungsfähig war; oder nicht der Eigenthümer war. Deshalb genügt das Bewusstsein, dass einer aus diesen 3 Fällen stattfindet, um sagen zu können: das Bewusstsein, dass die Betheiligung

des bisherigen Eigenthümers nicht da war, d. h. *mala fides* ist vorhanden.

IV. Nicht immer äussert eine solche *mala fides* auf den Willen, Eigenthum zu haben, ihre zerstörende Wirkung; denn selbst da, wo sie vorhanden ist, wird dieser Wille nicht nothwendig als ein pflichtverletzender angesehen, wir müssen vielmehr den allgemeinen Prinzipien gemäss noch eine weitere Voraussetzung hinzufügen. Das Recht und was, wie die *aequitas*, ihm zugehört, bewegt sich auf dem Boden der äusserlichen Dinge. Wird ja einmal auf eine subjektive Thatsache Rücksicht genommen, so kann auch dieses nur insoweit geschehen, als dieselbe zugleich eine objektive Erscheinung hat. So ist's mit dem Willen selbst, so ist's mit jeder besonderen Eigenschaft, die ihm ankleben soll. Ein Wille ist vor dem Rechte nicht vorhanden, wenn er nur innerlich und nicht auch geäussert ist, und ebensowenig gilt ein Wille als ein verletzender, wenn er nur dem Wollenden so vorkommt; und diese Verletzung nicht auch objektiv vorhanden ist; das was gewollt ist, muss nach den äusseren Umständen, in welche der Wille hineintritt, den Anderen auch wirklich verletzen, erst dann ist der Wille das, was er um der *mala fides* willen subjektiv ist, auch für den objektiven Standpunkt des Rechtes: ein verletzender Wille, und als solcher ungültig. — Ist objektiv eine Verletzung vorhanden, aber nicht das Bewusstsein einer solchen, die *mala fides*, so mag der intendirte rechtliche Erfolg wegen Mangels der positiven Voraussetzungen vereitelt werden, der Wille selbst wird dadurch nicht ungültig, denn nur vom Bewusstsein aus kann eine solche innerliche Zerstörung desselben stattfinden und hier ist ja die schädliche Thatsache nicht vorhanden; und umgekehrt wirkt nach dem eben Ausgeführten auch die *mala fides* für sich allein nicht zerstörend; es muss beides zusammenkommen, die objektive Verletzung und das Bewusstsein davon.

Hieraus ergibt sich wieder eine verschiedene Behandlung des vollkommenen Eigenthumserwerbsaktes und des Titels. Beide enthalten als einen wesentlichen Bestandtheil den Willen, Eigenthum zu erwerben, beide würden vernichtet werden, wenn dieser Bestandtheil sich als fehlerhaft und ungültig erwiese; und doch schadet *mala fides*, welche den Eigenthumswillen zerstören kann, nur beim *titulus*, nicht auch beim vollkommenen Eigenthumserwerbakt. Der

Grund liegt darin, dass bei dem Letzteren die äusserliche Bedingung für die Schädlichkeit der *mala fides* immer fehlt. Es fände durch einen Eigenthumserwerb eine Verletzung des bisherigen Eigenthümers statt, wenn diejenigen Stücke des Erwerbsaktes fehlten, welche den Erwerb ihm gegenüber rechtfertigen sollen. Gerade diese Stücke fehlen beim *titulus*, nicht aber beim vollkommenen Erwerb-akt. Nur der *titulus* bietet also objektiv immer eine Verletzung dar, indem hier Anspruch gemacht wird auf einen Eigenthumserwerb, welcher dem bisherigen Eigenthümer gegenüber nicht gerechtfertigt ist. Nun braucht bei ihm nur noch die subjektive Voraussetzung, das Bewusstsein der Verletzung, hinzukommen und alles ist erfüllt, was dazu gehört, um den Eigenthumswillen und damit den ganzen *titulus* ungültig zu machen. Darum ist es nur für den Titel ein wesentliches Erforderniss, dass der Erwerber nicht in *mala fides* gewesen sei.

V. Wenn die *mala fides* den entstehenden Eigenthumswillen, welcher zum Titel gehört, zerstören soll, so muss sie gleichzeitig mit der Entstehung desselben vorhanden sein. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich aber nach der besonderen Art des den Titel bildenden Erwerb-aktes. Im Allgemeinen ist der Eigenthumswille, wie jeder andere, rechtlich nur dann vorhanden, wenn er zugleich in subjektiver und objektiver Existenz sich darstellt. Der Zeitpunkt seiner Entstehung ist demnach derjenige, in welchem sich beides zum ersten Male vereinigt findet, sei es dass der Wille von innen nach aussen geht, wie da, wo er sich durch eine Erklärung eine äusserliche Form selbst schafft, sei es dass ihm diese Form von aussen her angeboten wird, wie beim Legat, wo seine innerliche Entstehung mit der Entstehung des Bewusstseins von dieser Thatsache zusammenfällt; das haben wir bereits vorhin entwickelt. Daraus, dass nur die Entstehung des Eigenthumswillens zum Titel gehört, erklärt sich auch der Satz: *mala fides superveniens non nocet*. Ist der Titel einmal in gültiger Weise zu Stande gekommen, so braucht man um seinetwillen nicht weiter nach der Gesinnung des Erwerbers fragen.

VI. Die Forderung, dass der Usukapient im rechten Augenblicke nicht in *mala fide* sich befinde, erscheint gewöhnlich in positiver Form: es wird *bona fides* von ihm verlangt. In der That ist hiemit nur die Abwesenheit von *mala fides* gemeint.

Von dem Zustande der Bewusstlosigkeit abzusehen, der überhaupt hier nicht in Betracht kommen darf, ist nur zweierlei denkbar: entweder der Wollende ist sich bewusst, die Pflicht zu verletzen, oder er ist sich bewusst, ihr zu entsprechen d. h. sie nicht zu verletzen; er ist entweder in *bona fide* oder in *mala fide*, ein Drittes gibt's nicht. Deshalb ist mit *mala fides* jedesmal zugleich gesagt: nicht *bona fides*, und mit *bona fides* nichts anderes als: nicht *mala fides*. Dass nun hier *bona fides* nicht um ihrer selbst willen, nicht wegen eines ihr innewohnenden positiven Gehaltes gefordert sei, sondern lediglich deshalb, weil sie Abwesenheit der *mala fides* bedeutet, ist offenbar. *Bona fides* als einfache pflichtgemässe Gesinnung hat ja gar keinen positiven Werth, wie schon oben erwähnt; es kann sich nicht darum handeln der Angemessenheit an die Pflicht eine Belohnung zuzuwenden. Ferner aber muss *bona fides*, als lediglich subjektive Thatsache, beim Titel rechtlich ganz bedeutungslos sein; denn die wirklichen objektiven Thatsachen stehen ja hier zu ihr in geradem Widerspruch: der Usukapient, *bona fide* erwerbend, glaubt, dass der bisherige Eigenthümer durch seinen Erwerb nicht verletzt werde, thatsächlich aber wird er verletzt. Die subjektive Thatsache erfüllt demnach hier nicht die Bedingung, zugleich eine objektive Existenz zu haben, eine Bedingung, die unerlässlich ist, wenn sie rechtlich überhaupt in Betracht kommen soll.

Ganz falsch und irreleitend ist der Ausdruck: die *bona fides* ergänze den *titulus*, oder sie ersetze seine Mängel. Wäre dem so, so müsste der *titulus*, dessen Ganzes der volle Erwerbsakt ist und dessen Mängel in der Abwesenheit gewisser Stücke des vollen Erwerbssaktes bestehen, mit der *bona fides* als vollkommener Eigenthumserwerbsakt wirken d. h. Eigenthum übertragen. Nun aber bleibt er ja doch auch mit *bona fides* was er ist: ein unvollkommener, Eigenthum nicht begründender Erwerbsakt, und die *bona fides* trägt gar nichts dazu bei, ihn in seiner Kraft und Wirksamkeit zu steigern. Ihre einzige Bedeutung kann also nur die sein, dass er nicht noch weniger wirke, als er an sich vermag, dass er nicht ganz ungültig werde durch eine subjektive Thatsache, für deren Wirksamkeit die erforderlichen Bedingungen hier erfüllt sind: durch die *mala fides*.

Hienach entscheidet sich auch die prozessualische Beweislast;

wenn der Usukapient oder Publizianische Kläger sich auf *bona fides* beruft, so liegt darin in der That nur die Negation einer Behauptung, welche dem Gegner geziemt. *Bona fides* bedeutet nur die Abwesenheit einer Thatsache von positiver Schädlichkeit, welche den an sich begründeten Titel des Usukapienten wieder vernichten würde; diese zu seinen Gunsten wirkende Thatsache hat aber naturgemäss der Gegner zu behaupten, ihm liegt es ob, das Vorhandensein der *mala fides* darzuthun. Für die Art, wie ein solches Bewusstsein zu beweisen ist, hat das römische Recht ganz besondere Regeln, die vornehmlich darauf beruhen, dass das Vorhandensein desselben nicht nach der individuellen Charaktereigenthümlichkeit der betreffenden Person, sondern danach bemessen wird, wie es sich in dieser Beziehung bei einem Menschen von einer gewissen normalen Beschaffenheit hätte verhalten müssen. Es ist das, was man die Lehre von der Entschuldbarkeit des Irrthums nennt, deren genauere Betrachtung wir uns hier zu versagen genöthigt sind.

Nur zwei Punkte möchte ich noch berühren. Während v. Scheurl in Beitr. I. S. 219 die Ansicht entwickelt: „*bona fides* ist ein Erforderniss des Willensaktes, wodurch der Grund des Ersitzungserwerbes gelegt wird (also des *titulus*), aber nicht ein Erforderniss des Besitzzanfangs“, — leitet v. Stintzing in seiner citirten Schrift die Nothwendigkeit der *bona fides* von dem Verbot der Usukapion einer *res furtiva* her und fordert demgemäss *bona fides* nicht zum *titulus*, sondern gerade zum Besitzerwerb. Die von uns vorgetragene Auffassung entspricht der des ersteren Gelehrten; allein damit ist für uns noch nicht entschieden, dass nicht *bona fides* ausser zum Erwerbsakt, zum *titulus*, auch noch zum Besitzzanfang nothwendig sein könne, damit dieser Besitz zur Usukapion führe. Es scheint mir diese sogar höchst wahrscheinlich und dürfte sich insbesondere die Nothwendigkeit von *bona fides* bei der ausserordentlichen Ersitzung, bei welcher ein Titel nicht vorhanden ist, nur daraus erklären, dass hier die zum Besitzzanfang gehörige *bona fides*, welche bei der ordentlichen Ersitzung von der zum *titulus* gehörigen verdeckt war, in selbständiger Existenz zu Tage tritt. Doch liegt dieses Erforderniss, weil es eben nicht zum

titulus, nicht zur *justa causa usucapionis* gehört, ausserhalb des Bereiches unserer Abhandlung.

Zum Anderen ist jetzt, nachdem wir unsere Ansicht vom Wesen des *titulus* und der zu ihm gehörigen *bona fides* vollständig dargelegt haben, hervorzuheben, wie sich dieselbe zu den wichtigsten der bestehenden Theorien verhält. Ein entschiedener Gegensatz besteht hier allerdings zu der Lehre, welche den *titulus* zu einem Diener der *bona fides* macht, wie sie sich findet bei Möllenthal (über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung), Unterholzner (ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre §. 91 ff.), v. Savigny (System Bd. III. S. 369 ff.) und Windscheid (Lehrbuch §. 179); auch Schirmer (die Grundidee der Usukapion S. 49) gehört hieher, insofern er doch eigentlich nur eine Wiederauffrischung jener alten Theorie zu bieten scheint. Dagegen stimmen wir im Prinzip vollständig überein mit Fitting, wenn derselbe in seiner citirten Abhandlung (Nr. 57 ff.) dem Titel die Aufgabe zuweist, die Usukapion »wirthschaftlich zu rechtfertigen«; und auch mit v. Scheurl's bereits erwähnter Theorie können wir uns leicht verständigen. Wenn wir auch vom doktrinären Standpunkte aus daran festhalten müssen, dass der Titel lediglich ein zur Usukapion hinzutretendes Erforderniss ist, so wird doch im praktischen Leben das Verhältniss scheinbar umgekehrt. Eine absichtliche Verbindung des Titels mit der Usukapion ist nicht möglich; es muss sich zufällig für die Usukapion so treffen, dass ein ihr zur *justa causa* genügender Erwerbsakt vorausgegangen ist, auf welchen sie sich nachher berufen kann. Das ist nur so denkbar, dass es einerseits wirklich auf einen vollkommenen Eigenthumserwerbsakt abgesehen ist, der aber dann wegen besonderer Mängel nicht wirkt, und dass andererseits die im praktischen Leben vorkommenden verschiedenen Eigenthumserwerbsarten, soweit es irgend möglich als Titel anerkannt und ausgebildet wurden. Solch ein Erwerbsakt ist sich dann aber zunächst Selbstzweck, er erscheint ausserlich als das Erste und Hauptsächliche, zu welchem die Usukapion nur als eine Ergänzung hinzutritt. Der Titel hat also in der That von diesem Standpunkte aus noch immer die nämliche Stellung, wie der natürliche Erwerbsakt, welcher an einer *res mancipi* bonitarisches Eigenthum begründete, und bei dem der Usukapion nur die Bedeutung zukam, das »materielle, natürliche,

unvollkommene Eigenthum« ergänzend in volles d. h. quiritisches zu verwandeln.

§. 5. Das Material des *titulus*.

Zweck der nunmehr folgenden Darstellung muss es sein, die Probe auf das Exempel zu liefern, indem aus den soeben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen die einzelnen Titel der Usukapion in der Gestalt, wie sie die Quellen aufweisen, entwickelt werden. Wir haben bisher immer mit dem allgemeinen Begriffe des Titels und Eigenthumserwerbsaktes gerechnet und, um den Ersteren zu erhalten, von dem Letzteren gewisse Stücke in Abzug gebracht. Um nun einen konkreten praktischen Titel herzustellen, müssen wir diese Operation mit einer einzelnen bestimmten Art von Eigenthumserwerbsakt vornehmen. Da fragt es sich denn vor Allem: Welche unter den vorhandenen Eigenthumserwerbsarten sind fähig, diese Operation mit sich vornehmen zu lassen? Wir dürfen durchaus nicht voraussetzen, dass sie schlechthin bei jeder glücken müsse; denn nicht jede hat nothwendig gerade auch die beiden Eigenschaften, welche dazu gehören: dass sie nämlich überhaupt auch in so verstümmelter Gestalt noch zu wirken vermöge, und dass sie gerade solche Stücke biete, welche der Titel in Abzug bringen will, um sich von dem vollkommenen Erwerbsakte zu unterscheiden. Nur diejenigen Eigenthumserwerbsakte, welche diese beiden Eigenschaften vereinigen, können wirklich zur Konstruirung entsprechender Titel verwendet werden, nur sie sind das Material des *titulus*.

Wenn wir nun die in den Quellen aufgeführten Arten von Titeln betrachten, so fällt sofort die Thatsache auf, dass wir darunter die wichtigsten Erwerbsarten des *jus civile* nicht wieder finden. Es gibt keine *usucapio pro mancipato*, *pro in jure cesso* und hat eine solche niemals gegeben, denn nicht einmal der Name ist uns erhalten. Das muss seinen Grund haben, denn es ist ja, wie gesagt, anzunehmen, dass jeder Erwerbsakt, bei dem diess möglich wäre, zu einem entsprechenden Titel sich gestalten musste. An dem Mangel der fraglichen Bestandtheile kann es hier nicht liegen; es liesse sich recht wohl eine nur einseitig entwickelte *mancipatio* odär *in jure cessio* denken, bei welchen das Recht des Autors, seine Handlungsfähigkeit u. s. w. weggefallen sind. Der

Grund kann also nur sein, dass diese civilen Erwerbsakte ihrer Natur nach in solcher unvollkommenen Gestalt zu wirken unfähig sind. Das dürfte sich aus ihrer Abstammung leicht erklären lassen. Dem strengen Rechte, haben wir gesagt, ist ein unvollkommener Erwerbsakt soviel wie gar nichts, nur die *aequitas* vermag auch schon einem solchen einigen Werth beizulegen. Diese *aequitas* ist aber dem *jus civile* fremd und die ihm angehörigen Erwerbsarten zeigen nur, wess Geistes Kinder sie sind, wenn sie sich zu einer Wirksamkeit in unvollkommener Existenz nicht hergeben mögen. Es ist eine in ihrem Wesen liegende Untheilbarkeit, die ihnen anhaftet, von welchem Standpunkte aus sie auch in Betracht kommen mögen. Wenn es sich also beim Titel auch um eine Forderung der *aequitas* handelt und die *aequitas* bereit wäre, auch eine *mancipatio* oder *in jure cessio* in unvollkommener Form anzunehmen, so scheidet dennoch das Zustandekommen eines Titels auf der anderen Seite, an jener strengen Eigenschaft dieser Erwerbsakte. Sowie man von einem vollkommenen Eigenthümererwerbsakt der *in jure cessio* ein Stück, also etwa das Récht des Cedenten oder dessen Handlungsfähigkeit, hinwegzunehmen versuchte, um den Titel zu gestalten, wird sofort der ganze Erwerbsakt zerstört und zerfällt unter den Händen, so dass nichts mehr übrig bleibt, was man noch einen Erwerbsakt nennen könnte. Nur von den Erwerbsarten des *jus gentium*, welche mit der *aequitas* und ihren Tendenzen gleichsam aufgewachsen und schon von Haus aus an den Grundsatz gewöhnt sind, dass man unter Umständen mit dem verhältnissmässig, wenn auch nicht ganz, Vollkommenen sich begnügen müsse, nur von diesen dürfen wir die erforderliche Nachgiebigkeit erwarten.

Nun ist aber nicht zu verkennen, dass die Unfähigkeit eines civilen Erwerbsaktes, als Titel zu dienen, von grossem Nachtheil für den Erwerber sein musste, insofern das nützliche Institut der Usukapion für ihn nunmehr gänzlich lahm gelegt war. Denn war sein Erwerbsakt vollkommen, so brauchte er keine Usukapion; war er unvollkommen, so hätte er dieselbe zwar nöthig gehabt, aber gerade hier war sie versagt, weil der civile Erwerbsakt in unvollkommener Gestalt gar nichts galt und deshalb nicht einmal den erforderlichen Titel abgab. Bei den civilen Erwerbsakten unter Lebenden stellte sich das nun allerdings in der Praxis nicht

so schroff heraus. Hier war ja sofort die Möglichkeit gegeben, anstatt eines civilen Erwerbsaktes einen naturalen zu wählen, dem jene Untheilbarkeit nicht anhaftete. Vor allem aber war wohl meist der naturale Erwerbsakt der Tradition auch in einer *in jure cessio* oder *mancipatio* schon enthalten; der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, war ja in diesen genügend konstatiert und Besitz wird wohl regelmässig auch dabei eingeräumt worden sein, so dass also auch der, welchem *mancipiert* oder *in jure cedirt* war, auf Grund eines genügenden Titels ersitzen konnte, den ihm freilich nicht die *mancipatio* oder *in jure cessio* selbst, sondern nur der in beiden enthaltene naturale Erwerbsakt gewährte. — Beim Legat aber war ein derartiger Ausweg nicht gegeben; in späterer Zeit hätten das *S. C. Neronianum* und die Anerkennung des auf natürlicher Rechtsanschauung beruhenden Fideikommisses helfen können; damals jedoch, als mit dem Eindringen des *jus gentium* ein *justus titulus* nothwendig wurde, trat der Konflikt, welcher bei anderen civilen Erwerbsarten vermieden werden konnte, beim Legat unverhüllt zu Tage. Nun mochte gleichwohl zu Anfang noch die strenge Auffassung des *jus civile* überwiegen. Der naturgemässe Entwicklungsgang führte aber dahin, dass allmählich diesem schwächer werdenden Prinzipie gegenüber die Rücksicht auf die *aequitas* und die Nothwendigkeit, auch dem durch Legat erworbenen Eigenthum die Wohlthat der Usukapion zukommen zu lassen, welchen beiden nur durch die Anerkennung des Legats als im unvollkommenen Zustande noch wirksam genügt werden konnte, die Oberhand gewann. Wir finden schliesslich das Legat als unbestrittenen Titel der Usukapion und Publizianischen Erwerbsakt. Die einzige Spur, dass bei ihm besondere Entwicklungskämpfe stattgefunden haben, enthält *l. 9 D. 41, 8*, wo vom schliesslichen Zustande gesagt ist, dass er nur *post magnas varietates obtinuit*; dass aber insbesondere anfänglich das Legat nicht als auch in unvollkommener Gestalt wirksam angesehen wurde, beweist die noch erhaltene Fassung des ursprünglichen Publizianischen Ediktes, auf welche wir zurückkommen werden. — Das Legat bildet also hier eine Ausnahme gegenüber den übrigen civilen Erwerbsarten; allein das ist, wenn man sieht, wie sie nur zögernd zugestanden wurde und welche zwingende Gründe für sie sprachen, in der That einmal eine solche Ausnahme, welche die Regel bestätigen kann.

Wenden wir uns nun zu den natürlichen Eigenthumsarten, denen die unbeugsame Starrheit der civilen fremd ist, so besitzen sie ebendesshalb die in erster Linie erforderliche Eigenschaft der Theilbarkeit; gleichwohl aber taugen auch sie nicht alle zum *titulus*. Den Titel erhält man dadurch, dass vom vollkommenen Eigenthumserwerbsakte alles abgezogen wird, was in der Person des bisherigen *dominus* dazu gehört. Von diesem Standpunkte aus werden wir die originären und die derivativen Erwerbsarten unterscheiden müssen.

Die originäre Eigenthumsbegründung erfolgt unabhängig von dem Rechte irgend einer Person. Desshalb ist es auch kein Erforderniss des originären Erwerbsaktes, dass der bisherige Eigenthümer sich handelnd daran betheiliget habe. Hier mangelt also schon dem vollkommenen Erwerbsakte das, worauf der Titel erst verzichten soll; und darum würde auch das, was der Titel von einem originären Erwerbsakte fordern müsste, kein unvollkommener Erwerbsakt, kein Titel sein, sondern jener bliebe, was er ist, ein vollkommener Eigenthumserwerbsakt. Auf diese Weise sind *accessio*, *specificatio* und *occupatio* nicht geeignet einen Titel abzugeben. — Eine Ausnahme macht nur ein besonderer Fall der *occupatio*. Die Voraussetzungen dieses Eigenthumserwerbsaktes sind: 1) dass eine Sache, die fähig ist im Privateigenthum zu stehen, Niemanden eigenthümlich zugehöre. 2) Dass eine willens- und handlungsfähige Person sie mit *animus domini* ergreife. — Nun müssen wir unterscheiden: dass die Sache Niemanden gehört, kann die Folge einer natürlichen Eigenschaft derselben sein (*res nullius* i. e. S.) und als solche Sachen werden insbesondere bestimmt: die wilden Thiere des Meeres, der Luft und der Erde. Es kann aber auch die Folge eines menschlichen Willensaktes sein, indem derjenige, dem die Sache bisher gehörte, sich entschliesst, sie nicht mehr haben zu wollen (*res derelicta*); der Eigenthumserwerbsakt an sich in dem oben angegebenen Sinne, die Okkupationshandlung, hat hier gar nichts Besonderes; aber für seine Wirksamkeit, Eigenthum zu geben, für den wirklichen Eigenthumserwerbsakt ist die gültige Dereliktionshandlung eine nothwendige Voraussetzung. Die Bestandtheile des Erwerbsaktes des Okkupanten sind sonach, genauer betrachtet, verschiedenartig zusammengesetzt; es gehört nämlich dazu entweder: 1) auf Seiten der Sache,

dass sie die natürliche Eigenschaft einer *res nullius* habe und fähig sei, im Eigenthum zu stehen; 2) auf Seiten des Erwerbers: vollgültige Okkupationshandlung — oder: 1) auf Seiten des bisherigen Eigenthümers: vollgültige Dereliktionshandlung, 2) auf Seiten des Erwerbers: vollgültige Okkupationshandlung. — Nach diesem Unterschiede ist die *occupatio* einer *res nullius* zum Titel nicht geeignet; sie hat nur objektive und in der Person des Erwerbers liegende Erfordernisse, deren auch der Titel bedürfte. Wohl aber ist es die *occupatio* einer *res derelicta*, weil sie Voraussetzungen in der Person eines bisherigen Eigenthümers hat, nämlich die auf die Dereliktionshandlung bezüglichen. Indem diese weggelassen werden, vermag sich der Titel von dem vollkommenen Eigenthums-erwerbsakte selbständig zu scheiden.

Wenn uns die originären Erwerbsarten nur einen sehr wenig praktischen Fall geliefert haben, so ist für unseren Zweck die derivative natürliche Erwerbsart, die *traditio*, von desto grösserer Bedeutung. Die Tradition als die häufigste und wichtigste Thatsache des rechtlichen Verkehrs vereinigt zugleich in sich alles, was dazu gehört, um das richtige Material für den Titel zu sein: sie entstammt dem *jus gentium* und ist deshalb fähig eine gewisse Unvollkommenheit sich gefallen zu lassen, und wegen ihrer entschiedenen Zweiseitigkeit ist sie als Titel auch in der That, was dieser sein soll, ein unvollkommener Erwerbsakt. —

Stellen wir nun zusammen, was wir beim Durchgehen der verschiedenen Eigenthumserwerbsarten an tauglichem Material für *titulus* und *Publiciana* gefunden haben, so ist zu nennen:

- 1) das Eigenthum zuwendende Legat.
- 2) die *occupatio* einer *res derelicta*.
- 3) die *traditio*.

Als das Prinzip der *aequitas* auftrat, also zur Zeit, wo auch das Publizianische Edikt erlassen wurde, da, sagten wir, konnte das Legat, treu seinem civilen Charakter noch keine Geltung in der unvollkommenen Form haben, welche der *titulus* und die *Publiciana* verlangen. Andererseits war *occupatio* einer *res derelicta* doch eigentlich ein viel zu unbedeutender Fall, als dass sich das Bedürfniss einer Klage dafür sobald geltend gemacht hätte. Das Publizianische Edikt konnte deshalb nur der Tradition allein Erwähnung thun, wie uns denn auch *l. 1 p. D. 6, 2* seinen Wort-

laut also überliefert hat: *Ait Praetor: Si quis id, quod traditur ex justa causa, non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Ulpian, der hier referirt, fährt dann in §. 2 weiter: *Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis facit mentionem, quum satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? utputa legatum.* Auch Ulpian findet es auffallend, dass der Prätor das Legat nicht erwähnt, das doch in neuerer Zeit eine anerkannte Grundlage der *Publiciana* ist; es genügt ihm aber diesen neueren Zustand zu konstatiren und auf jenes Warum gibt er keine Antwort.

Für die weitere Ausbildung des auf Tradition beruhenden Titels musste aber ein Umstand von Bedeutung werden, den wir jetzt etwas genauer in's Auge fassen wollen. Wir haben im 1. Abschnitte gesehen, dass die Tradition, wie sie als einzelnes Rechtsgeschäft ins Leben tritt, unter dem Einflusse des Zweckes eine eigenthümliche Doppelstellung einnimmt. Sie überträgt Eigenthum in der *aequitas* entsprechender Weise; zugleich soll sie aber einen Zweck des Tradenten erfüllen. Fehlt die Thatsache, in welcher dieser Zweck sich erfüllt zeigt, die *justa causa traditionis*, so stellt sich der Erfolg der Tradition als eine im Ganzen nicht gewollte Vermögensminderung dar; insofern widerspricht sie dann der *aequitas*, und obwohl der Eigenthumsübergang bestehen bleibt, wird doch die Wirkung auf das Vermögen durch eine *condictio* wegen nicht erreichten Zweckes wieder aufgehoben. Für den Titel wird nun ein der *aequitas* vollkommen entsprechender, wenn auch dann wieder einseitig verkürzter, Eigenthumserwerbsakt verlangt. Ein solcher ist die Tradition ohne ihre *justa causa*; dass daneben die *condictio* Platz greift, alterirt ja den Eigenthumserwerbsakt als solchen, um welchen es sich eben bei der Usukapion und bei der *Publiciana* handelt, durchaus nicht. Sie würde also auch ohne diese *justa causa* die Grundlage des Titels zu bilden haben.

Vergegenwärtigen wir uns aber den Zustand, der durch diese stricte Durchführung des Prinzips geschaffen würde. Das Ideal einer *justa causa usucapionis* wäre, so haben wir gesagt, Erwerb des bonitarischen Eigenthums, also z. B. Tradition einer *res mancipi*. Dieser Erwerbsakt vertritt, wie der Titel ja soll, den in der Usukapion nachher civilrechtlich sanktionirten Eigenthumsübergang vor den Ansprüchen der *aequitas*, d. h. die *aequitas* betrachtet

den Erwerb als schon vollzogen durch den ersten Erwerbsakt. Alle Wirkungen also, die sie an diesen knüpft, gelten auch für jenen. Darum muss die *condictio*, die sie gegen die Tradition verliehen hätte, auch noch nach vollendeter Usukapion gegeben sein. Wenn nun Jemanden ohne *justa causa* tradirt war, konnte er die Sache durch Usukapion unbehindert von der *aequitas* zu vollem Eigenthum erwerben; allein dem Tradenten stand das Recht zu, durch die *condictio* den Werth der Sache ihm wieder abzufordern. — Es ist klar, dass der rechtspolitische Zweck der Usukapion, wenn man sie auf Grund einer Tradition ohne *justa causa* zuließ, doch nicht vollkommen erreicht war. Zwar die Sicherheit des Eigenthums war durch sie auch so noch gewährleistet, allein der Vermögensstand, für den ja das Eigenthum nur eine Form ist, war dem neuen Erwerber gegen Ansprüche des vorherigen Eigenthümers durchaus nicht sichergestellt. Ueberdiess musste die feine Unterscheidung zwischen Eigenthumserwerb und Vermögensvermehrung, deren Grund bei der Tradition im Zwecke offen zu Tage liegt, der Usukapion gegenüber, wo von einem Zwecke keine Rede mehr sein kann, wie eine leere Spitzfindigkeit aussehn; bei ihr erschien der Widerspruch, zugleich der *aequitas* angemessen und nicht angemessen zu sein, nicht so harmonisch durch die Doppelnatur des Erwerbsaktes, als Anwendung des gerechten Rechtsinstituts und als Handlung, gelöst. Es konnte vielmehr die Existenz der *condictio* ihr gegenüber nur schlechthin als ein Zeugniß aufgefasst werden, dass sie eben vor der *aequitas* nicht gerechtfertigt sei, und auf diese Weise war das dem Institute anklebende *odium* durch eine Tradition ohne *justa causa* doch eigentlich nicht beseitigt, wie es die Aufgabe eines richtigen Titels sein müsste.

Doch wie misslich es auch erscheinen mag, — wäre bonitarischer Eigenthumserwerb der *titulus* der Usukapion, so müssten wir uns auch die nach allgemeinen Prinzipien einmal begründete *condictio* gegen die Usukapion gefallen lassen. Denn soweit es irgend möglich ist, muss der *aequitas* Genüge gethan und ihre Verletzung geahndet werden. Allein wie der Titel wirklich ist, macht er sogar eine solche *condictio* wegen nicht erreichten Zweckes unmöglich. Die *condictio* setzt Eigenthumstbergang voraus, zum wenigsten bonitarischen. Der Titel aber vermöge seines einseitigen Charakters verlangt vom Tradenten weder bonitarisches

noch quiritisches Eigenthum; demgemäss überträgt er auch in der That weder das eine noch das andere. Erst in der darauf folgenden Usukapion vollzieht sich ein Eigenthumsübergang: wir könnten also zur Noth — freilich etwas gezwungen — annehmen, wie der Titel die *usucapio* vor der *aequitas*, so solle diese jenen vor der *condictio* vertreten und der in der *usucapio* sich vollziehende Eigenthumsübergang so angesehen werden, als sei er durch die frühere Tradition erfolgt, deren Zweck vereitelt war. Jetzt kommt aber erst die Schwierigkeit: wem soll die *condictio* wegen vereitelten Zweckes gegeben werden? Dem Tradenten? Dem ist freilich ein Zweck vereitelt worden, allein ein Schade, die erste Voraussetzung der *condictio*, ist ihm durch den Eigenthumsübergang nicht erwachsen: hatte er ja doch an dieser Sache gar kein Eigenthum zu verlieren. Einen Schaden hat nur der wahre Eigenthümer; allein wie käme er zu der aus der Tradition mit nicht erreichten Zwecke fliessenden *condictio*? Er war nicht handelnd bei derselben betheilig, der vereitelte Zweck war nicht sein Zweck und daher der Mangel der *justa causa* für ihn ganz gleichgültig. Wie kann also dieser Mangel eine Klage für ihn begründen? — Wenn aber weder dem Tradenten noch dem Eigenthümer die *condictio* gegeben werden kann, so muss sie überhaupt wegbleiben, weil Niemand da ist, der sie anstellen sollte.

So ist das Resultat: Tradition ohne erreichten Zweck ist und bleibt einmal als eine Verletzung der *aequitas* anzusehen. Zum Titel verwendet, könnte die Tradition eigentlich auch ohne die nöthige *justa causa* durch die daran sich knüpfende *usucapio* Eigenthum übertragen. Allein hierin liegt ein ganz unlösbarer Widerspruch mit der *aequitas*, weil die *condictio*, welche die *aequitas* fordern müsste, faktisch unmöglich ist. Diesen Uebelstand zu vermeiden, gibt es nur ein Mittel: man muss die Tradition ohne den Nachweis des erreichten Zweckes für unfähig erklären, einen Titel zu bilden, und ein für allemal nur eine *traditio ex justa causa* zulassen. Dass diess denn auch thatsächlich im römischen Rechte von Anfang an geschehen ist, ergibt der oben angeführte Wortlaut des Ediktes: nur für das, *quod traditur ex justa causa*, wurde die *Publiciana* verliehen. — Hienach scheidet sich aber der Standpunkt des Titels von dem des vollkommenen Eigenthumserwerbsaktes in sehr auffallender Weise. Für den Titel bildet den Aus-

gangspunkt nicht mehr der abstrakte Erwerbsakt, sondern das ganze Geschäft, die ganze abgerundete Verkehrsthatsache, welche dieser Erwerbsakt im Zusammenhang mit dem Zwecke bildet, um dessen willen er stattfand. Der Titel schliesst sich damit vollkommen der Auffassung des praktischen Lebens an; auch diesem erscheint die Tradition niemals als selbständig für sich bestehend, es kennt nur das Gesamtbild des Vorganges, welchen erst die juristische *subtilitas* zerlegt. Wo der Jurist den Consensualkontrakt der *emptio venditio* und eine daraus erfolgende Eigentumstradition unterscheidet, da stellt sich dem Laienauge des Verkehrs der solide Begriff eines Kaufgeschäftes dar, welches beides ungeschieden umfasst; wenn durch eine Eigentumstradition zugleich das Wohlwollen des Gebers zur Aeusserung kommt, so geht ihm beides in dem neuen Begriff der Schenkung auf. Gerade so muss auch der Titel den ganzen wirthschaftlichen Zusammenhang, in welchem die Tradition vermöge ihres Zweckes erscheint, als Ganzes annehmen. Der Unterschied ist nur der, dass es für ihn ganz bestimmte zwingende Erwägungen sind, welche ihm die abstrakte Tradition ohne erreichten Zweck nicht genügend erscheinen lassen; der Verkehr aber kommt zu der Zusammenfassung beider durch die natürliche Oberflächlichkeit der Beobachtung und die *celeritas conjungendarum inter se actionum*, wie *l. 3, 12 D. 24, 1* sich ausdrückt. — Fitting *l. c.* N. 57 u. 58 betrachtet diese Erscheinung genauer, wenn auch von einem etwas anderen Gesichtspunkt aus. — Nur die Grundlage, nur der Ausgangspunkt des Titels ist dieses »ganze Geschäft«, wie wir es eben bezeichnet haben. Um zum Titel wirklich zu werden, muss es erst den Charakter der Einseitigkeit annehmen. Das ganze Geschäft muss ihn annehmen: also nicht bloss von der in ihm enthaltenen Tradition kommen alle diejenigen Stücke in Wegfall, welche auf Seiten des bisherigen *dominus* liegen, sondern das Gleiche hat auch mit derjenigen Seite des Geschäftes zu geschehen, welche den Nachweis des erreichten Zweckes vorstellt; es muss genügen, wenn nur auf Seiten des Empfängers alles vorhanden ist, was von hier aus dazu gehört; damit die stattfindende Tradition als eine ihren Zweck erfüllende, als eine *traditio ex justa causa* erscheine.

Auf diese Weise erklärt sich aber auch vollkommen die Thatsache, dass es keinen *titulus pro tradito* gibt, auf welche Fitting

mit die Behauptung gründet, der Titel (die *justa causa acquirendarum rerum*) sei kein Eigenthumserwerbsakt. Ein solcher fehlt, nicht weil der Eigenthumserwerbsakt der Tradition keinen Titel bildete, sondern weil er einen solchen nicht für sich allein, vielmehr nur im Zusammenhang mit den auf den Zweck bezüglichen Thatsachen bildet. In dieser Gesamthatsache bleibt allerdings die Tradition stets an sich die gleiche, aber der zugehörige Zweck kann ja von sehr verschiedenerlei Art sein, und hienach ist dann auch das Ganze verschiedenartig. Anstatt eines einzigen *titulus pro tradito* bekommen wir desshalb eine Manchfaltigkeit von Traditionstiteln, die nach den verschiedenen, die Tradition enthaltenden Gesamtgeschäften sich gebildet haben und von daher auch ihre Bezeichnung nehmen müssen. Die Manchfaltigkeit dieser Geschäfte ist ebensogross wie die der Zwecke; es war desshalb nicht daran zu denken, für jedes einzelne eine Theorie des darauf sich gründenden Titels auszubilden und festzustellen; es genügte, wenn diess mit den wichtigsten derselben geschah, die dann die Muster für die anderen abgeben mochten. Die wichtigsten sind aber diejenigen, welche im praktischen Leben am häufigsten vorkommen, gerade diejenigen, welche auch der Verkehr mit besonderen feststehenden Namen ausgezeichnet hat, als da sind: Zahlung (*solutio*), Schenkung (*donatio*), Kauf (*emptio*, mit welchem Ausdrücke die Römer ebenfalls das ganze Geschäft zu bezeichnen pflegen), und Dosbestellung (*dotis datio*). Es werden desshalb jene begünstigten Titel überdiess auch noch gleich eine fertige Terminologie vorfinden.

Das 41. Buch der Digesten zählt eine Reihe von Arten der Ersitzung auf, welche zumeist nach der den Titel bildenden Thatsache benannt sind. Aus den eben ausgeführten Gründen ist darunter kein genereller Titel der Tradition; statt dessen finden sich 4 Arten von Titeln, bei welchen die Tradition eine Rolle spielt und welche nach dem diese Tradition mit umschliessenden Gesamtgeschäfte die Namen *pro soluto*, *pro emptore*, *pro donato* und *pro dote* führen. Die Eigenthumserwerbsart der Okkupation einer *res derelicta* tritt hier unter dem — wegen des Gegensatzes zur Okkupation einer *res nullius* jedenfalls entsprechenden — Namen *pro derelicto* auf, das Vindikationslegat unter dem Namen *pro legato*.

Wir können diese 6 Arten von Titeln unter der Bezeichnung der benannten Titel zusammenfassen; den Gegensatz würden hierzu die unbenannten Titel bilden, d. h. alle diejenigen Fälle, auf welche von keinem der benannten Titel das Schema passt, und wo gleichwohl ein dem allgemeinen Begriffe des Titels vollkommen angemessener Erwerbsakt vorhanden ist. Hierzu stellt vor allem die Tradition ihr Kontingent, indem jede *traditio ex justa causa*, welche nicht unter jenen 4 benannten Fällen enthalten ist, einen eigenen unbenannten Titel bildet; ferner gehören hierher die meisten Fälle des mittelbaren Erwerbes durch andere Personen, wenn auch bei einigen davon sich bei näherer Betrachtung zeigen wird, dass sie dem einen oder anderen der benannten Titel zuzuweisen wären.

Unser 41. Buch führt ausserdem noch eine *usucapio pro herede* und eine *usucapio* oder *possessio pro suo* auf. Das Material der zum Titel brauchbaren Eigenthumserwerbsarten findet jedoch weder in der einen noch in der anderen eine Bereicherung. Schon ihre Namen lassen darauf schliessen, denn keiner von Beiden enthält einen Hinweis auf einen Eigenthumserwerbsakt; noch deutlicher wird sich das bei der eingehenderen Betrachtung ergeben, die wir mit ihnen anstellen müssen, obwohl sie zu unserem Thema, zur Lehre von der *justa causa usucapionis* eigentlich direkt nicht gehören. Aber ihr Zusammenhang damit ist eng genug, um es gefährlich erscheinen zu lassen, wenn sie unerörtert blieben.

§. 6. Die sechs benannten Titel.

Die hervorragendste Stelle nehmen hier diejenigen Titel ein, welche auf einer *traditio ex justa causa* beruhen d. h. auf einem Geschäfte, welches die Eigenthumstradition im Zusammenhang mit ihrem Zwecke bildet und in welchem sie als vor der *aequitas* gerechtfertigt erscheint.

I. *pro soluto* (l. 46 — 49 D. 41, 3).

Es handelt sich hier um eine Zahlung, *traditio solvendi causa*, also um eine Eigenthumstradition, welche der *aequitas* dadurch entspricht, dass zum Ersatz für das Eigenthum, welches der Tra-

dent verliert, gleichzeitig eine Verbindlichkeit desselben getilgt wird (Vgl. Abschnitt I. §. 3). Der entsprechende vollkommene Erwerbsakt setzt sonach bei den zwei beteiligten Personen Folgendes voraus:

I. Auf Seite des Tradenten: 1) Eigenthum an der fraglichen Sache. 2) Vollkommene Handlungsfähigkeit. 3) Vornahme der zur *traditio* von seiner Seite nothwendigen Handlungen, nämlich Hingabe der Sache mit dem Willen, Eigenthum zu übertragen. 4) Das Bestehen einer Verbindlichkeit gegen den Empfänger zur Leistung dieser Sache. 5) Absicht, durch die Tradition von dieser Verbindlichkeit befreit zu werden.

II. Auf Seiten des Erwerbers: 1) Erwerbs- und Handlungsfähigkeit. 2) Vornahme der zur *traditio* nöthigen Handlungen, nämlich Empfang der Sache mit dem Willen, Eigenthum zu erwerben. 3) Das Bestehen eines Forderungsrechtes gegen den Tradenten auf Leistung dieser Sache. 4) Wille, diese Forderung zu verlieren.

Der letztere Punkt bedarf noch einer Erläuterung, denn es tritt in der praktischen Erscheinung des Rechtsgeschäftes nicht deutlich genug hervor, dass auch diese Willensrichtung des Empfängers nothwendig ist, mit anderen Worten: dass auch in der Tilgung einer Forderung durch Zahlung noch ein Vertrag liegt neben dem Traditionsvertrage, der das zunächst hervorstechende Moment der Zahlung bildet.

1. Die Idee des Tausches ist die natürliche Grundlage jedes vermögensrechtlichen Verkehrs; im Tausche aber liegen genau betrachtet zwei gleichzeitige Verträge: Hingabe einer Sache von dem einen und Annahme derselben von dem anderen Kontrahenten, und daneben Hingabe einer zweiten Sache von Diesem und Annahme derselben von Jenem. Solch ein Tausch ist dem Wesen nach auch die Zahlung: Hier gibt der Eine die Sache hin, die der Andere annimmt, und dafür gibt dieser zum Entgelt sein Forderungsrecht auf, auf dessen Zerstörung auch der *animus solvendi* des Tradenten gerichtet war. Sonach haben wir auch hier materiell zwei Verträge, die nur äusserlich als ein einziger sich darstellen: den Traditionsvertrag und den Solutionsvertrag. Dass auch die römischen Juristen die Lösung (*solutio*) der Obligation wie einen selbständigen Akt von der Hingabe des geschuldeten Gegenstandes unter-

scheiden, beweist *l. 54 D. 46, 3: Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad numerorum solutionem.*

2. Ein wichtiges Argument gibt hier wieder *l. 11 D. 50, 17: Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* Das Forderungsrecht des Gläubigers ist die rechtliche Herrschaft über einen gewissen Werth aus dem Vermögen des Schuldners; durch die Zahlung wird dieser Werth, diese *res incorporalis*, wieder aus dem Vermögen des Gläubigers herausgenommen und dem Schuldner zurück gegeben; der Gläubiger erhält an seiner Stelle durch die Tradition eine *res corporalis* von gleichem Werthe. Jener Vorgang ist aber nach dem eben angeführten Satze nur möglich durch eine darauf gerichtete Handlung des Gläubigers, durch seinen erkennbaren Willen, sich des Forderungsrechtes zu entäussern, d. h. die *res incorporalis* zurück zu geben.

3. Fehlt nun dieser Wille, so wird die Obligation nicht getilgt, trotz der Tradition; allein in der Annahme des geschuldeten Gegenstandes ist der Wille, die Schuld zu tilgen, entschieden genug erklärt; er muss dabei jedesmal für vorhanden präsumirt werden, denn in der Annahme ohne ihn läge ein offener *dolus*. Nur in einem Falle hilft auch diese Präsumtion nichts: wenn nämlich derjenige, bei welchem der Wille präsumirt werden soll, rechtlich unfähig ist, einen solchen Willen zu haben, sei es wegen Willensunfähigkeit überhaupt, — dann würde aber freilich auch der Traditionsvertrag ungültig sein, — sei es wegen Veräußerungsunfähigkeit, wie diess beim *pupillus* der Fall ist. So findet unsere Anschauung durch Ausdrucksweise und Inhalt der Stelle bei Gaius II, 84 die treffendste Bestätigung: *itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est.*

Die Natur der *solutio* als Veräußerungsgeschäft des *creditor* wird nur verdunkelt durch ein vielfach hereinspielendes materielles Prinzip, wonach unter Umständen aus Gründen der Billigkeit die Lösung der Obligation durch Erfüllung angenommen wird, auch ohne den Willen des Gläubigers, wenn ihm nur das Seinige wirklich zu Theil geworden ist, oder, dass diess nicht geschah, an sei-

ner Schuld lag (*l. 28, l. 61, l. 47, l. 51 D. 46, 3*). Diess ist aber eben darum keine eigentliche *solutio* und die dort angeführten Thatsachen sind nicht maassgebend für das Wesen einer solchen. Die eigentliche *solutio* steht vielmehr, wie wir sahen, dem Erlassvertrage nicht gar so fern, als es den Anschein hat. Sie ist die vertragsmässige Aufgabe des Forderungsrechtes unter gleichzeitiger Empfangnahme des Geschuldeten. Diese Form ist aber jeder Entstehungsart der Obligation gegenüber wirksam, weil sie bei jeder schon als Ziel von den handelnden Personen oder dem verpflichtenden Gesetze im Auge gehabt wird. Der Erlassvertrag dagegen als etwas nicht Vorausgesehenes hat keine so allgemein gültige Form, sondern muss sich nach der besonderen Form der Obligationsbegründung richten; daher die verschiedenen Arten: *nexi liberatio, acceptilatio, mutuus dissensus*.

Nun zum Titel! Von den oben aufgezählten Bestandtheilen des vollkommenen Erwerbsaktes haben die 4 unter II, welche in der Person des Erwerbers liegen, den *titulus pro soluto* zu bilden; die 5 sub I genannten kommen in Wegfall. Allein unter jenen 4 Stücken finden wir eines, welches in innigem Zusammenhange mit Erfordernissen in der Person des Tradenten steht. Es soll, so hiess es, drittens der Erwerber ein Forderungsrecht auf Leistung der Sache gegen den Tradenten haben. Dem entsprach auf der andern Seite der Satz: es soll eine Verbindlichkeit des Tradenten zur Leistung der Sache bestehen. Nun ist es aber bei der Einheit der Obligation nur zu klar, dass ein Forderungsrecht nur besteht, wenn auch die entsprechende Verbindlichkeit auf der andern Seite vorhanden ist. Wir würden uns also, wollten wir auf jenem dritten Bestandtheil des Titels bestehen, genöthigt sehen, das Dasein einer vollständigen den Tradenten verpflichtenden Obligation zu verlangen. Allein in der Frage, ob die Obligation wirklich besteht, liegt zugleich die Frage nach der Gültigkeit ihres Entstehungsaktes, also ob die *stipulatio* z. B., aus welcher tradirt wird, richtig abgeschlossen wurde, d. h. nicht bloss, ob der jetzige Erwerber das Seinige gethan, sondern auch ob der Tradent die nöthige Verpflichtungshandlung vorgenommen, und weiter, ob er auch zur Vornahme dieser Handlung fähig war, ob er Handlungs- und Dispositionsfähigkeit besass. Wenn man einmal das Bestehen eines Forderungsrechtes für nothwendig zum Titel erklärt,

so hinge von der Bejahung dieser Fragen die Gältigkeit des Titels ab; dahin kämen wir also, dass, wer *pro soluto* usukapirt haben will, Handlungen, Handlungsfähigkeit und Dispositionsfähigkeit seines *autor* beweisen müsste. Dahin dürfen wir aber nicht kommen, denn ein derartiger Beweis widerspräche dem Wesen der Usukapion, die das Eigenthum von fremden Personen unabhängig stellen will. Desshalb darf das Bestehen eines Forderungsrechtes gegen den Tradenten nicht zum Titel verlangt werden; obwohl es scheinbar ein auf Seiten des Erwerbers liegender Bestandtheil ist, so ist es doch mit Erfordernissen auf Seiten des Tradenten viel zu sehr verwachsen, als dass mit ihm ein zweckentsprechender Titel noch möglich wäre. — Es bleiben uns sonach folgende 3 Bestandtheile des Eigenthumserwerbsaktes übrig, welche den *titulus pro soluto* zu bilden haben.

1. Dass der Empfänger handlungs- und erwerbsfähig sei.

2. Dass er die Sache in Empfang nehme mit dem Willen, Eigenthum zu erwerben.

3. Dass er eine Forderung darauf verlieren wolle.

Um nun Föhlung mit unseren Quellen zu bekommen, so haben wir uns zu erinnern, dass die römischen Juristen ihre Rechtsinstitute von der Seite ihrer prozessualischen Erscheinung darzustellen pflegen. Die Frage, was gehört nach den Quellen zu einem *titulus pro soluto*, ist also in der That nichts Anderes als die Frage: was hat derjenige, welcher einen *titulus pro soluto* behauptet, im Prozesse zu beweisen. Vom Standpunkte des Beweises scheiden sich die obigen Thatsachen ihrer Natur nach in zwei Arten, nämlich eine äusserliche: die Annahme der Sache, und zwei innerliche: der Wille Eigenthum zu erwerben und der Wille eine Forderung zu verlieren.

1. Der Usukapient muss beweisen, dass er die Sache in Empfang genommen, also nicht eigentlich einen ganzen Besitzeinräumungsakt, sondern nur die von seiner Seite dazu gehörige Besitzergreifung. Allein diese Besitzergreifung soll sich doch nicht als eine blosse Okkupation darstellen, sondern es soll eben auch die zu einer Tradition gehörige Besitzergreifung, die Annahme des Besitzes sein, und als solche wird sie nur dadurch charakterisirt, dass ein Anderer da ist, der gibt. Praktisch wird also doch ein wirklicher ganzer Traditionsakt, eine Besitzeinräumung bewiesen werden

müssen, da das Geben zu innig mit dem Nehmen zusammenhängt. Weiter geht aber das Uebergreifen nach der anderen Seite nicht: was etwa der Geber dabei gewollt, ob er handlungsfähig, ob er Eigenthümer war, danach wird nicht gefragt. So würde denn nach *l. 46 D. h. t.* die Annahme der Sache genügen: *Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit*; meist aber verlangen die Quellen wegen der praktischen Untrennbarkeit des Gebens und Nehmens eine wirkliche *traditio*. *l. 3, 1 D. 6, 2; l. 33, 3; l. 48 D. h. t.; l. 2 D. 41, 4; l. 3 D. 41, 10.*

2. In der Annahme der tradirten Sache soll aber zugleich eine Willenserklärung liegen und zwar in doppelter Richtung: nämlich der *animus accipiendi dominii* und der *animus solvendi*. Ich sage, sie soll darin liegen, denn wie die Sache im Leben vor sich geht, pflegt dieser Wille nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Ergibt sich aber aus den Umständen, dass der Wille innerlich vorhanden war, so muss die Annahme der Sache als die stillschweigende Erklärung desselben betrachtet werden. Da also eine selbständige Aeusserung meist nicht vorhanden ist, so handelt es sich hier darum, eine innerliche Thatsache zu beweisen. Dieser Beweis wird durch Indizien geführt. Der Indizien für den Willen Eigenthum zu empfangen gibt es verschiedene; bei der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Tradition haben wir gesehen, dass das wichtigste Indizium eine vorausgehende *justa causa traditionis* sei, insbesondere, was hier einschlägt, das Bestehen einer Obligation auf Eigenthumsübertragung. Wenn für diese Willensrichtung das wichtigste, so ist eine solche *justa causa* für den Willen, eine Obligation zu lösen, ein ganz unentbehrliches Indizium; er kann gar nicht gedacht werden ohne eine bezügliche Obligation. Doch haben wir schon festgestellt, dass für ihre Wirkung auf den Willen die objektive Existenz der *justa causa* gleichgültig ist, lediglich auf ihr Vorhandensein im Bewusstsein kommt es an; es genügt, dass der, welcher wollen soll, glaube, die *justa causa* sei vorhanden. Darum ist auch hier, um auf jenen doppelten Willen schliessen zu können, nicht nothwendig, dass eine Obligation wirklich bestand, wohl aber dass die Meinung bestand, es sei eine solche vorhanden. In dieser Meinung liegt ein Indizium sowohl für den Willen Eigenthum zu nehmen, als für den Willen eine Forderung aufzugeben; diese Meinung also ist zu beweisen. Auch sie ist zunächst eine innerliche

Thatsache und wird durch Indizien bewiesen d. h. durch den Beweis von Thatsachen, aus welchen ein Schluss zu ziehen ist, dass solche Meinung beim Tradenten vorhanden war. Darum nennen die Quellen als zweites Erforderniss des *titulus pro soluto* neben der Tradition die Meinung des Empfängers, dass eine Obligation zur Leistung der Sache bestehe. *l. 48 D. h. t.: Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. — l. 3 D. 41, 10: Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi; si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam, quia si nescio, verius est, ut usucapiam; quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam; et ita Neratius scripsit, idque verum puto.* Auch diese Stelle handelt offenbar von einem *titulus pro soluto*. Tradition aus einer *stipulatio, quam veram esse existimo*, ist ein Fall des *rem debiti causa recipere* (*l. 46 D. h. t.*). Man kann einen Unterschied zwischen der *l. 3 D. 41, 10* und der letztgenannten Stelle nicht damit begründen, dass in dieser von einer wirklich bestehenden Obligation, in jener aber von einer bloss vermeintlichen die Rede sein solle. Denn der Ausdruck *debiti causa recipere* sagt eben auch nichts anderes, als dass man wegen des *debitum* in Empfang nimmt: das *debitum* ist das Motiv des Annehmens und hiezu bedarf es lediglich einer subjektiven Existenz, einer Existenz in der Meinung des Handelnden; ob es objektiv vorhanden war, darüber ist damit gar nichts gesagt. Natürlich schadet es nichts, wenn überflüssiger Weise die Schuld doch wirklich bestand; deshalb können die Juristen, wo es ihnen nicht darauf ankommt, den *titulus pro soluto* in dieser Richtung zu präzisiren, recht wohl von einer wirklichen Legats- oder Stipulationsschuld sprechen, wie z. B. in *l. 15, 3 D. h. t.*, wo das Hauptinteresse in der Feststellung des Zeitpunktes der *bona fides* liegt.

Um es noch einmal auszusprechen: wer auf Grund eines *titulus pro soluto* usucapirt haben, oder die *Publiciana* anstellen will, hat nichts weiter zu beweisen als:

1. Dass er die Sache tradirt erhalten habe.
2. Dass er der Meinung war, sie sei ihm geschuldet.

Damit der von der *aequitas* geforderte Eigentumserwerbsakt gültig sei, wird noch in anderer Richtung auf das Bewusstsein des

Usukapienten Rücksicht genommen: *mala fides* bei der Tradition, d. h. das Bewusstsein, dass auf Seiten des Tradenten nicht alles in Ordnung sei, zerstört den zum Eigenthumserwerbsakt gehörigen Eigenthumswillen, desshalb muss der Usukapient um einen solchen Mangel nicht gewusst, in *bona fide* sich befunden haben.

Es ist wohl kaum nothwendig hervorzuheben, dass diese *bona fides* und das *putare rem debitam esse* zwei sehr verschiedene Dinge sind. Daher auch eine verschiedene Beweislast. Die letztere Meinung muss vorhanden sein, damit der Wille Eigenthum zu erwerben und eine Obligation zu tilgen, für vorhanden angenommen werden könne, und weil das Vorhandensein dieses Willens zum Titel gehört, so muss der Usukapient, der den Titel zu beweisen hat, auch die Existenz jener Meinung darthun. *Bona fides* dagegen ist durchaus kein positives Element des Erwerbsaktes, sondern nur die Negation eines dem Erwerbsakte schädlichen Elementes, der *mala fides*; desshalb hat nicht der Usukapient die *bona fides*, sondern sein Gegner die *mala fides* zu beweisen.

II. *pro emtore* (Tit. D. 41, 4).

Tradition in Folge eines Kaufvertrages ist Hingabe zu Eigenthum behufs der Tilgung einer Forderung, so gut wie Tradition in Folge einer Stipulation oder eines Damnationslegats. Desshalb sollte eigentlich der der Tradition in Folge Kaufs entsprechende Titel auch nichts anderes als ein Fall des *titulus pro soluto* sein, und die Möglichkeit des Gedankens, dass der Käufer *pro soluto* usukapire, ist denn auch ausdrücklich anerkannt in *l. 48 D. 41, 3: nec potest pro emtore usucapere, qui non emit, nec pro soluto sicut in ceteris contractibus*. Wenn nun trotzdem ein eigener *titulus pro emtore* aufgestellt wird, so müssen ihm besondere Eigenthümlichkeiten zukommen, die er vor dem allgemeinen *titulus pro soluto* voraus hat, und wir fragen daher: welches sind diese Eigenthümlichkeiten und worin haben sie ihren Grund?

v. Stintzing *l. c.* S. 115 sucht den Grund der Besonderheit des *titulus pro emtore* darin, dass der Verkäufer seiner Verpflichtung nachkommen kann, ohne Eigenthum zu übertragen; er braucht nur das *habere licere* prästiren. Jedoch wird präsumirt, dass regelmässig doch Erfüllung der Obligation durch Eigenthumsübertragung gemeint sei, und desshalb taugt der Kauf zum *titulus*. Da aber diese Präsumtion nur statthaft ist, falls bei Abschluss des

Kaufes der Käufer den Verkäufer für fähig hielt zur Uebertragung des Eigenthums, so muss auch schon bei diesem Vertrage selbst *bona fides* vorhanden sein. — Wenn man aber als das Wesentliche beim Eigenthumserwerb durch Tradition den mit der Besitzeinräumung sich verbindenden *animus transferendi et accipiendi domini* ansieht, so kommt es eben auch nur darauf an, was der Empfänger im Augenblicke der Besitzeinräumung von dem Rechte seines Autor hält; was er dartüber in irgend einem Zeitpunkte vorher oder nachher glaubt, ist für die Wirksamkeit jenes Willens zur Gültigkeit der Tradition vollkommen gleichgültig. Auf diese Konsequenz macht auch Leist *l. c.* §. 61 v. Stintzing's Theorie gegenüber aufmerksam. Doch abgesehen hievon scheint es mir auch, als ob die Präsümption, zu deren Aufrechthaltung *bona fides* beim Kaufvertrage gefordert werden soll, die Präsümption nämlich, dass doch eine Obligation auf Eigenthumsübertragung geschaffen werden wolle, überhaupt nicht besteht. Allerdings ist anzunehmen, dass Käufer und Verkäufer die Eigenthumsübertragung als natürlichste und nächstliegende Art der Erfüllung im Auge haben. Allein diese Präsümption bezieht sich doch nur auf die Erfüllung nicht auf die Begründung der Obligation. Wenn zur Erfüllung eines Kaufvertrages tradirt wird, so ist anzunehmen, dass Erfüllung durch Eigenthumsübertragung gewollt sei; nicht aber ist anzunehmen, dass bei Abschluss des Kaufvertrages die Kontrahenten eine Erfüllung durch Eigenthumsübertragung und nicht durch das blosse *habere licere praestare* gewollt haben. Wäre dem so, so könnte der Verkäufer seiner Verpflichtung nur dann durch ein blosses *habere licere* nachkommen, wenn er den Gegenbeweis gegen jene Präsümption führte, also nachwies, dass wegen eines ausdrücklichen *pactum adjectum* oder desswegen, weil seine Unfähigkeit, Eigenthum zu gewähren, bekannt war, Eigenthumsübertragung beim Kaufvertrage nicht beabsichtigt sein konnte. Nun verhält es sich aber thatsächlich gerade umgekehrt: nach dem klaren Ausspruche der Quellen, so z. B. in der bei v. Stintzing selbst citirten *l. 25 D. 18, 1*, genügt der Verkäufer seiner Verbindlichkeit, wenn er das blosse *habere licere* prästirt, also wird angenommen, dass im Kaufvertrage eine Verbindlichkeit nur zu diesem habe geschaffen werden wollen, und wer mehr, insbesondere Eigenthumsübertragung verlangen wollte, müsste beweisen, dass kein Kauf, sondern ein

Vertrag, der zur Eigenthumsübertragung verpflichtete, abgeschlossen worden sei. Die Präsomtion, auf welche v. Stintzing sein Theorie gründet, wird also in der That nicht beim Kaufvertrage, sondern bei der Tradition daraus wirksam, und damit sie statthaft sei, müsste es genügen, wenn im letzteren Zeitpunkt *bona fides* vorhanden ist.

Wie hier v. Stintzing, so geht auch v. Scheurl (*l. c.* §. 14) von der zum Kaufvertrag geforderten *bona fides* aus und dabei scheinen mir beide den Schwerpunkt der Eigenthümlichkeiten des *titulus pro emtore* auf eine untergeordnete Erscheinung zu legen. Dass *bona fides* nicht bloss bei der Tradition, sondern auch beim vorausgehenden Kaufe gefordert wird, setzt doch voraus, dass auch der Kauf wirklich stattgefunden haben muss; das ist's, was den *titulus pro emtore* in erster Linie vor dem *pro soluto* auszeichnet, denn dieser begnügt sich ja damit, wenn im Augenblicke der Tradition der Empfänger nur der Meinung war, es bestehe eine Verbindlichkeit, es habe eine *stipulatio* u. s. w. stattgefunden. Muss man einmal gekauft haben, so ist die Forderung, dass man auch in *bona fide* dabei gewesen sei, nur eine weitere besondere Charakterisirung des Kaufgeschäftes. Das Erste und Wichtigste bleibt aber doch immer, dass Etwas gefordert wird, und wie es gefordert wird, ist erst das Zweite.

Genau betrachtet stellen es auch die Quellen als die Hauptsache hin, dass hier der obligatorische Vertrag eine reelle Existenz gehabt haben muss: *l. 48 D. 41, 3: in emtione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur, nec potest pro emtore usucapere qui non emit . . . l. 2 D. 41, 4: Pro emtore possidet qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis.* — Im Bewusstsein der Handelnden ist der obligatorische Vertrag auch bei der Zahlung vorhanden, aber seine objektive Existenz hat er nicht in diesem Augenblicke, sondern in einem rückwärts liegenden Zeitpunkt: er erscheint nämlich in einer solchen lediglich im Momente des Vertragsabschlusses. Daher ergibt sich aus jener Forderung die zweite Eigenthümlichkeit des *titulus pro emtore*, dass nämlich seine Bestandtheile nicht wie beim *titulus pro soluto* alle an einer einzigen Stelle beisammen sind, sondern aus zwei verschiedenen Zeitpunkten erst zusammengesucht

werden müssen, und zwar sind diese: der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der der Tradition. Diesen Umstand stellt die eben angeführte *l. 48 D. 41, 3* ausdrücklich in Zusammenhang mit der Nothwendigkeit eines wirklichen Kaufes. Erwähnt wird er ausserdem noch in *l. 7, 14 D. 6, 2: Publiciana tempus emtionis continet*, und in *l. 2 p. D. 41, 4: Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus . . . at in emtione et illud tempus inspicitur et quo contrahitur*.

Um nun auch auf den Grund dieser Erscheinung zu kommen, gehen wir zurück auf das allgemeine Prinzip: es ist zum Titel nur eine *traditio ex justa causa* geeignet d. h. eine Tradition, welche auch im Zusammenhange mit ihrem Zweck vor der *aequitas* gerechtfertigt erscheint. Diese Rechtfertigung liegt sowohl bei der Tradition aus einem Damnationslegat oder einseitigen Schuldversprechen, als auch bei der Tradition aus dem Kaufvertrage darin, dass dem Tradenten ein entsprechendes materielles Aequivalent für seine Sache gewährt wird. Allein nicht unbedingt erscheint auch die Art, wie dieses Aequivalent gewährt wird, in beiden Fällen als die Nämliche; es kommt vielmehr ganz darauf an, von welchem Standpunkte man dabei ausgeht. Hat man den abstrakten Traditionsakt im Auge und fragt von hier aus weiter, welche Wirkungen er sonst noch auf das Vermögen der Betheiligten hervorbringt, so findet man allerdings in beiden Fällen, dass durch die Tradition eine Verbindlichkeit des Tradenten getilgt wird, und in der Tilgung dieser Verbindlichkeit ist hier wie dort das entschädigende Aequivalent für den Tradenten gegeben. Diess war der Standpunkt, auf welchen wir uns bei der Lehre von den Konditionen zu stellen hatten; es konnte sich deshalb dort auch kein Unterschied zwischen der Tradition aus einer *stipulatio* und einer solchen aus einem Kaufvertrage ergeben. — Man kann aber auch ausgehen von der höheren Gesamtheit, welche die Tradition mit den Zusammenhängen ihres Zweckes bildet, von dem ganzen Geschäfte, in welchem sie der Verkehr uns bietet und worin sie von vorne herein als vor der *aequitas* gerechtfertigt erscheint. Fragen wir von hier aus nach der Art der Rechtfertigung, welche die *traditio* darinnen findet, so muss sich ein Unterschied bemerkbar machen. In dem Komplex von Tradition und Damnationslegat oder Stipulation, findet sich schlechthin wieder nur die Begründung einer

Obligation, durch deren Tilgung die Tradition dem Tradenten ihr rechtfertigendes Aequivalent gewährt. Anders aber ist es im Kaufgeschäft. Worauf geht denn hier das Ganze hinaus? Auf nichts Anderes, als auf einen Austausch der *merx* und des *pretium*. Dieser Austausch wird sofort Zug um Zug vollzogen in der Weise, dass man jedem dieser Objekte eine entsprechende Obligation substituirt und beide Obligationen im Kaufvertrage mit einem Schlage zur Entstehung bringt. Zahlung eines Kontrahenten ist dann nur die Aufhebung dieser Substitution: die Sache selbst wird jetzt definitiv an die Stelle dessen gesetzt, was sie bisher dem Werthe nach vertrat. Auch hier wird demnach eine Obligation des Tradenten getilgt, allein das hat hier nicht die selbständige Bedeutung wie bei der Tradition aus der *stipulatio*, wo nichts weiter dahinter steht. Begründung wie Tilgung der Obligationen erscheinen vielmehr hier nur als untergeordnete Mittel zum Zweck der Effektuirung des Tausches von *merx* und *pretium*, leere juristische Formen, deren materieller Werth im Gesamtbilde des Geschäftes verschwindet. Schliesslich soll der Eine für seine *merx* das im Kaufvertrage festgesetzte *pretium*, der Andere für sein *pretium* die *merx* haben, das ist das Ziel des Ganzen, und hierin, nicht in der ganz unwesentlichen Tilgung der dazwischen liegenden Forderungen, liegt denn auch in Wahrheit für jeden der zwei Betheiligten sein Aequivalent. — Dieser zuletzt geschilderte Standpunkt ist aber gerade der des *titulus*; wir haben oben die Gründe auseinandergesetzt, wesswegen er nicht von der abstrakten Tradition ausgehen, sondern eine solche von vorneherein nur in dem Zustande annehmen kann, wo sie der *aequitas* nach allen Seiten hin entspricht, also eingehüllt in das ganze Geschäft, als welchem angehörig sie durch ihren Zweck bezeichnet wird. Und hienach wird für ihn auch der angegebene Unterschied zwischen Tradition aus einer *stipulatio* und Tradition aus einem Kaufvertrage maassgebend. Erstere gewährt dem Tradenten sein Aequivalent dadurch, dass sie zugleich Zahlung d. h. Tilgung einer Verbindlichkeit ist; bei der Letzteren besteht dasselbe für den tradirenden Verkäufer vielmehr in dem bedungenen *pretium*, und dieses Aequivalent verschafft ihm nicht unmittelbar seine eigene Leistung, sondern die des Käufers, oder genau betrachtet vorher schon dem Werthe nach der Kaufvertrag, indem derselbe eine Forderung auf das *pretium* für ihn

begründet. Die Folge davon ist, dass zur *traditio ex justa causa* im *titulus pro soluto* lediglich das Moment der Tilgung einer Verbindlichkeit des Tradenten, im *titulus pro emtore* aber die Existenz eines Kaufvertrages, welcher das *pretium* festsetzt, gefordert werden muss. Doch kann selbstverständlich der Titel gemäss seinem einseitigen Standpunkte sich damit begnügen, wenn von diesem Kaufvertrage nur das vorhanden ist, was von Seiten des Empfängers beziehungsweise Käufers dazu gehört. Auf diese Weise scheint mir die wahre Besonderheit des *titulus pro emtore* sich zu erklären.

Es folgt aber weiter: der Kaufvertrag ist hier nicht verlangt, damit nur ein Rechtsgeschäft dieses Namens vorhanden sei, sondern weil er dem Tradenten ein Aequivalent für die tradirte Sache verschaffen soll. Deshalb genügt auch ein Kaufvertrag nicht, wenn er aus besonderen Gründen doch nicht darauf gerichtet war, ein solches Aequivalent zu gewähren, und Tradition mit einem solchen unrichtigen Kaufvertrage ist kein *titulus pro emtore*. Wir haben drei Fälle dieser Art zu betrachten:

1. Bei der Schenkung liegt der Zweck des Tradenten nicht in einer materiellen Gegenleistung, sondern in der Befriedigung seines Wohlwollens. Nun kann eine Schenkung auch in der Form eines Kaufvertrages vor sich gehen, so zwar, dass der Verkäufer dem Käufer die Sache schenken will und nur zum Schein ein *pretium* ausgemacht wird, selbstverständlich ein äusserst geringes. Ein derartiges Geschäft ist offenbar nicht darauf gerichtet, ein entsprechendes *pretium* zu verschaffen; es fehlt das materielle Wesen des Kaufvertrages und eine Ersitzung *pro emtore* findet darauf hin nicht statt, obwohl vielleicht doch noch die Erfordernisse eines andern Titels gegeben sind. *l. 6 D. 41, 6: Donationis causa facta venditione non pro emtore sed pro donato res tradita usucapitur.*

2. *Bona fides* des Usukapienten ist auch beim *titulus pro emtore* gefordert und zwar ist sie nothwendig im Augenblicke der Tradition, weil hier der Eigenthumswille zur Entstehung kommt, welcher vor *mala fides* zu schützen ist. — Allein *bona fides* wird von den Quellen auch beim Kaufvertrage verlangt. Die Ausdrücke *bona fide emere*, *bonae fidei emtor* würden diess allerdings noch nicht beweisen, weil *emere* auch das ganze Geschäft bedeutet, so

dass möglicher Weise die verlangte *bona fides* sich auf die darin enthaltene Tradition beziehen sollte. Allein es ist jene Forderung auch in Stellen enthalten, welche den obligatorischen Vertrag von der *traditio* ausdrücklich sondern. Vor allem gilt das von *l. 7, 16 D. 6, 2: Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et res emta eo nomine sit tradita.* Wir werden gleich noch weitere Beispiele anführen müssen. Bevor wir nämlich auf die Frage eingehen, was hier die *bona fides* solle, ist erst festzustellen, was für eine Art von Bewusstsein die Quellen unter der *bona fides*, welche sie beim Kaufvertrage fordern, verstehen, und auch hier können uns nur solche Stellen maassgebend sein, welche die oben erwähnte Ausscheidung enthalten. Diese Stellen nun sprechen insgesamt von dem Bewusstsein, dass die gekaufte Sache dem Verkäufer gehöre. Es sind hier zu nennen: *l. 7, 17 D. 6, 2: Nec quisquam putet hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emtorum esse.* Unter dem *tunc* ist die Zeit des Kaufvertragsabschlusses zu verstehen (v. Vangerow Lehrb. §. 335 Anm. II.). *Bona fide emtor* muss man also nicht bloss bei der Tradition, sondern auch beim Kaufabschlusse sein und diese *bona fides* nennt der erste Absatz *ignorare rem alienam* d. h. Mangel des Bewusstseins, dass der Verkäufer und Tradent nicht Eigenthümer ist. — Ferner *l. 43 p. D. 41, 3: Heres ejus, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienam, si modo ipsi possessio tradita sit.* Das *scire alienam* bildet den Gegensatz der *bona fides*, also ist die hier gemeinte *bona fides* beim Kaufvertrag ein *nescire alienum*. — Einen ähnlichen Gegensatz bringt *l. 48 D. eod:* bei der *stipulatio* ist es gleichgültig, ob man weiss, dass die Sache Jemanden anderem gehört; beim Kaufvertrage aber (diess muss nothwendig ergänzt werden) darf man das nicht wissen. — So auch *l. 2 p. D. 41, 4: si sciens stipulor rem alienam usucapiam, . . . at . . . et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.*

Wir würden schon so wie so annehmen müssen, dass es ganz andere Rücksichten sind, welche die *bona fides* zum Kaufvertrage nothwendig machten, als die, welche wir beim Eigenthumserwerbsakt fanden. Ihr Werth könnte, wie überall so auch hier, lediglich darin liegen, dass sie *mala fides*, welche schädlich wirken würde,

ausschliesst. Nun findet sich aber doch in dem Kaufvertrage, soweit er für den Titel gefordert ist, gar kein Erwerbswille, durch dessen innerliche Zerstörung die *mala fides* schaden könnte; denn der Kaufvertrag ist ja nicht dazu verlangt, dass der Usukapient eine Forderung erwerbe. Noch befremdender ist aber jetzt der Inhalt dieses Bewusstseins, welchen wir soeben festgestellt haben, wonach *mala fides* als das Bewusstsein erscheint, dass die gekaufte Sache dem Verkäufer nicht gehöre. Für die Gültigkeit des Kaufvertrages ist das Eigenthum des Verkäufers durchaus nicht nothwendig (*l. 28 D. 18, 1*); dagegen ist es ein unbedingtes Erforderniss der nachfolgenden Tradition. Das Bewusstsein, dass dem Verkäufer das Eigenthum fehlt, dass er also Eigenthum nicht wird übertragen können, ist demnach nicht das Bewusstsein eines Mangels am Kaufvertrage, sondern das Bewusstsein eines Mangels am künftigen Eigenthumserwerbsakte; eine *mala fides* also, die der objektiven Thatsache, wozu sie gehört, voraussetzt. Dass nun eine solche *mala fides* den rechtlichen Bestand des Kaufvertrages, auf welchen sie sich gar nicht bezieht, nicht alteriren kann, ist selbstverständlich; ebensowenig aber kann sie dem Eigenthumserwerbsakte schaden, da es ja für diesen lediglich darauf ankommt, dass nur zur Zeit, wo er stattfindet, *mala fides* nicht vorhanden sei. Vom rein juristischen Standpunkte aus, das sehen wir, lässt sich die Nothwendigkeit einer solchen *bona fides* beim Kaufvertrage schlechterdings nicht erklären.

Wir müssen uns den materiellen Zweck des Erfordernisses eines Kaufvertrages gegenwärtig halten; darin liegt die Lösung. Der ganze Kaufvertrag ist überhaupt zum Titel nur verlangt, um den Tradenten im *pretium* sein Aequivalent zu gewähren. Nun, wird denn in dieser Beziehung jene *mala fides* des Käufers nicht von grösstem Einfluss sein? Ein wirkliches Aequivalent wird das *pretium* dadurch, dass es auch bemessen wird nach dem Werthe der *merx*, um die es sich handelt; ist es aber denkbar, dass derjenige zur Bezahlung des vollen entsprechenden Werthes sich verpflichten werde, welcher nicht erwarten zu können glaubt, dass sie ihm vom Verkäufer zu Eigenthum und in gesicherten Besitz werde gegeben werden? Gewiss nicht: was er kauft, ist ja eigentlich gar nicht die Sache selbst, sondern die prekäre Möglichkeit sie doch zu behalten, weil etwa der wahre Eigenthümer nichts

merkt, oder sonst ein günstiger Zufall eintritt. Eine *emptio spei* ist es, was vorliegt, und hier bemisst sich der Kaufpreis nicht nach dem Werthe der Sache, sondern nach dem weit geringeren Werthe jener Hoffnung. Ein Kaufvertrag also, den man in *mala fide* abschliesst, ist in der That nicht darauf gerichtet, dem Verkäufer in der Forderung auf das *pretium* ein wirkliches Aequivalent für seine Sache zu gewähren, es ist kein richtiger Kauf, wie wir ihn verlangen müssen, und desshalb muss beim *titulus pro emptore bona fides* auch im Augenblicke des Kaufvertragsabschlusses vorhanden sein.

Die prinzipielle Einseitigkeit des *titulus* macht sich auch hier wieder geltend. Es kann ganz der nämliche Erfolg, wie der eben erwähnte, dadurch herbeigeführt werden, dass nur der Verkäufer glaubt, Eigenthum nicht gewähren zu können; er wird dann von vorneherein nicht auf einen dem wirklichen Werthe der Sache entsprechenden Kaufpreis ausgehen und kann auch in diesem Falle der Kauf nicht als ein richtiger erscheinen; allein der Grund seiner Mangelhaftigkeit liegt hier ausserhalb der Person des Käufers und desshalb wird sie vom Titel nicht berücksichtigt. Es genügt ja, wenn nur auf Seite des Käufers und Usukapienten alles vorhanden war, was dazu gehörte, dass der Kauf ein richtiger werde. *l. 7, 5 D. 41, 4: nam et quum sciens quis alienum fundum vendidit ignoanti, non interpellatur longa possessio.*

3. Wo nicht bloss die Form eines Kaufvertrags des Scheines halber gewählt worden ist (*venditio donandi causa*), oder nicht eigentlich die Sache selbst, sondern nur die vage Möglichkeit sie zu behalten erworben werden will, wird der Kauf immer ein richtiger sein d. h. in Gestalt des *pretium* ein wirkliches Aequivalent für die Sache gewähren. Die Garantie hiefür liegt darin, dass die Festsetzung der Höhe des *pretium* mit Einwilligung des Verkäufers geschieht; es kommt ja nicht auf den absoluten Werth der Sache an, sondern darauf, welchen Werth sie für das Vermögen des Verkäufers, welches Interesse der Verkäufer an ihr hat. Die Wahrung seines Interesses ist aber dem eigenen Willen desselben überlassen und erklärt er nun im Kaufvertrag: für so und so viel will ich meine Sache verkaufen, so erklärt er damit, dass sein Interesse an der Sache jedenfalls nicht höher sei als an dem bestimmten Kaufpreis, dass er in diesem ein ausreichendes Aequivalent sehe.

Die besonderen Motive, warum ihm dieser Preis als Aequivalent genügt, sind gleichgültig, mag es nun Noth oder Irrthum oder Liebhaberei sein. — Nun gibt es aber einen Fall, wo der Wille des Verkäufers beim Vertragsabschluss nicht unmittelbar betheiligt, sonach sein Interesse dabei nicht nothwendig für gewahrt angesehen werden muss: diess ist der Fall bei der Stellvertretung. Der Stellvertreter ist allerdings verpflichtet, das Interesse dessen, für den er verkauft, zu wahren; doch eine Pflicht kann auch verletzt werden. Es ist möglich, dass der Stellvertreter treuloser Weise das Interesse des Verkäufers hintansetzt und absichtlich für einen zu niedrigen Preis verkauft. Auch ein solcher Kauf ist offenbar kein Rechtsgeschäft, welches darauf gerichtet ist, dem Verkäufer ein Aequivalent für die Sache zu gewähren, es ist kein richtiger Kauf und genügt nicht zum *titulus pro emptore*. Doch ist auch hier wieder zu beachten, dass die Mangelhaftigkeit des Geschäftes bei der Einseitigkeit des Titels nur schaden kann, wenn der Käufer daran Theil hat; wenn nur der Stellvertreter treuloser Weise, aber ohne dass der Käufer darum weiss, die Sache zu billig lässt, so ist zwar objektiv der Charakter des Geschäftes gerade so fehlerhaft, wie wenn der Käufer diese Treulosigkeit erst durch Bestechung hervorgebracht hat, aber nur im letzteren Fall liegt der Grund der Schädlichkeit auf Seiten des Käufers und nur hier kann desshalb die *usucapio pro emptore* verweigert werden. Diese ganze Lehre ist enthalten in *l. 7, 6 D. 41, 4: Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerat triginta aureis in hoc solum, ut te damno afficeret, ignorante emptore dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat; nam et quum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. Quodsi emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit, quo vilis mercaretur, non intelligitur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet.* — Allerdings ist im letzteren Falle der Käufer in *mala fides*; er handelt offenbar im höchsten Grade dolos; allein ein *dolus* des Käufers beim Kaufvertrag schadet an sich nicht nothwendig der Usukapion; gleichgültig muss es z. B. sein, ob er durch List den Eigenthümer vermocht hat, einen zu niedrigen Preis für seine Sache zu verlangen. Das Wesentliche ist, dass er hier wegen seines *dolus* mit Schuld ist an der Verletzung des wahren Charakters des Kaufvertrages, wie da, wo er wissentlich ein fremdes

Grundstück kauft; an diesen Normalfall erinnert ja der erste Theil unserer Stelle ausdrücklich. Eigentlich ist unter einem *bonae fidei emtor*, wie wir gesehen haben, nur der zu verstehen, dem das *scire rem alienam esse* fehlt. Dieses Wissen ist nun freilich der allerhervorragendste Grund für die Ungenügendheit des Kaufes, deshalb mochte man leicht unter *bonae fidei emtor* jeden Käufer verstehen, bei welchem überhaupt ein solcher Grund nicht vorhanden war, und ganz besonders konnte damit auch ein Fall, wie der der Bestechung des Stellvertreters recht wohl für ausgeschlossen angesehen werden, weil sich auch hier der Käufer in *mala fides*, wenn auch von ganz anderer Art, befindet. Worauf es aber überhaupt mit dem Verbot des *mala fide emere* abgesehen ist, zeigen hier deutlich die Worte: *quo vilis mercaretur*. Es handelt sich um die Bestimmung des Kaufpreises, welcher nicht zu niedrig ausfallen, sondern dem Verkäufer ein wirkliches Aequivalent gewähren soll. —

Die Besonderheit des *titulus pro emtore* gegenüber dem allgemeineren *titulus pro soluto* besteht demnach darin, dass bei ihm, anstatt des blossen *animus solvendi* bei der Empfangnahme des Tradirten, ein vorausgehender richtiger Kaufvertrag verlangt wird, für welchen allerdings auch der einseitige Standpunkt des *titulus* maassgebend sein muss. Es bilden also hier den Titel:

1. Die auf Seiten des Erwerbers liegenden Stücke eines Kaufvertrages.

2. Die auf Seiten des Erwerbers liegenden Stücke einer Tradition der gekauften Sache.

Negative Voraussetzungen der Gültigkeit desselben sind:

1. Dass auf Seiten des Erwerbers keine Umstände liegen, welche jenen Kaufvertrag zu einem unrichtigen d. h. dem materiellen Charakter des gleichen Austausches von Waare und *pretium* widerstreitenden machen. (Schenknahme, Wissen um die fremde Gehörigkeit der Sache beim Kaufvertrag, Collusion mit dem Stellvertreter).

2. Dass der Erwerber sich nicht bewusst sei, durch den Erwerb den bisherigen *dominus* zu verletzen, d. h. dass er bei der Tradition sich nicht in *mala fides* befinde.

Die Beweislast bezüglich der positiven Bestandtheile des Titels trifft naturgemäss den Usukapienten, bezüglich der negativen

Voraussetzungen seiner Gültigkeit den Gegner desselben. Nach dem Recht und der Handlungsfähigkeit des Verkäufers wird weder bei dem Kaufvertrage noch bei der Tradition gefragt. Theoretisch wäre nicht einmal die Handlung des Verkaufens und des Tradirens nothwendig; doch wird in der Praxis der Usukapient diese That-sachen auch hier kaum von seiner Beweisführung ausschliessen können.

III. *pro donato. Tit. D. 41, 6.*

Tradition zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens gehört unter den *titulus pro soluto*. Was also hier unter dem Namen *pro donato* einen besonderen Titel bildet, kann nur die *traditio donandi causa* sein. *l. 1 p. D. h. t.: Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est.*

Tradition erfordert dieser Eigenthumserwerbsakt in gleicher Weise, wie die bisher betrachteten; seine Eigenthümlichkeit liegt wieder in der *justa causa*. Es wird schenkungshalber Eigenthum übertragen d. h. zu dem Zwecke, eine wohlwollende Gesinnung zu bethätigen (*liberalitatem exercere l. 1 p. D. 39, 5*). Diese Aeusserung des Wohlwollens liegt aber unmittelbar in der Tradition selbst, ohne dass es, wie bei der Zahlung, noch einer Willensäusserung des Empfängers bedürfte. Wenn einmal feststeht, dass der *animus donandi* vorhanden war, so ist der Zweck des Tradenten durch die Tradition nothwendig erreicht, die Tradition ist eine vollkommen gerechte Thatsache und desshalb die Thatsache, aus welcher das Vorhandensein des *animus donandi* sich ergibt, die *justa causa traditionis*. So setzt sich der vollkommene Erwerbsakt in folgender Weise zusammen:

I. auf Seiten des Tradenten: 1. alles was seiner Seits zu einem gültigen Traditions-geschäft gehört. 2. erklärter *animus donandi*.

II. auf Seiten des Empfängers: alles was seiner Seits zu einem gültigen Traditions-geschäfte gehört.

Wir sehen hieraus: das, was die *traditio* zu einem der *aequitas* vollkommen entsprechenden Rechtsgeschäfte macht, ist bei der *donatio* ganz in der Person des Skenkers beschlossen, auf Seiten des Anderen wird wohl das Bewusstsein, beschenkt zu werden, vorhanden sein, nicht aber eine Willensrichtung, eine Handlung, wodurch sich das, was vorgeht, objektiv als eine Schenkung charak-

terisirte. Deshalb würde der einseitige Erwerbsakt, der Titel sich bei konsequenter Durchführung hier als eine blosse *traditio*, nicht als eine *traditio ex justa causa* darstellen; zum Titel genügt aber prinzipiell nur eine *traditio ex justa causa*. Hier tritt also das ein, was wir oben vorausgesagt: um einen genügenden Titel zu erhalten, muss man von der Seite des Tradenten das nächstliegende Stück herübernehmen, wodurch sich die Tradition als eine Schenkung charakterisirt, und dieses mit in den Titel hereinziehen: das ist der *animus donandi*, oder vielmehr objektiv genommen: die Thatsache, woraus sich ergibt, dass der Tradent schenken will, insbesondere eine ausdrückliche darauf gerichtete Erklärung. Zum *titulus pro donato* gehört also auch, dass wirklich geschenkt worden, d. h. der Wille zu schenken vom Tradenten geäußert worden sei. *l. 1 p. D. h. t.: Pro donato usucapit, cui donationis causa res tradita est, nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.* — §. 11 J. II, 6: *Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.* — Bei dem einzigen Erforderniss von Seiten der andern Person — der Erklärung des *animus donandi* — bleibt aber der Titel stehn; ob sie Eigenthümer, ob sie handlungs- und dispositionsfähig war, muss gleichgültig sein, weil diese Erfordernisse noch weiter rückwärts von der Person des Usukapienten entfernt liegen. Es schadet dem *titulus* nichts, wenn wegen Wahnsinns oder sonstiger persönlicher Mängel des Erklärenden die Erklärung zu schenken ungültig war.

Allein die Ungültigkeit dieser Erklärung kann auch noch andere Gründe haben, die nicht so einseitig in der Person des Erklärenden liegen, sondern so zu sagen zwischen ihr und der des Usukapienten: diess sind solche, die von besonderen persönlichen Verhältnissen dieser beiden ausgehen. Da einmal im *titulus pro donato* der Usukapient und jener Andere sich handelnd gegenüber stehen, — die Schenkungshandlung ist ja verlangt — so befindet sich auch ein zwischen ihnen obwaltendes persönliches Verhältniss noch innerhalb des Titels und muss mit allen seinen Wirkungen auf den rechtlichen Bestand der Schenkung in Betracht kommen. Ist nun seine Wirkung die, dass die Schenkung ungültig ist, so ist dieselbe so gut wie gar keine und ein *titulus pro donato* nicht.

begründet. — So kann der Vater seinem Haussohne nicht schenken; hatte also derjenige, welcher den *animus donandi* erklärte, den, der usukapiren soll, in seiner väterlichen Gewalt, so findet wegen Nichtigkeit der Schenkung Usukapion nicht statt. *l. 1, 1 D. h. t.: Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.* Hier ist wegen der *patria potestas*, welche die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Sohnes aufsaugt, der Wille diesem zu schenken rechtlich unmöglich. Anders steht es mit dem Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten; dieses trifft eigentlich nur den materiellen Erfolg, dass der beschenkte Ehegatte sich auf Kosten des andern bereichert (*ne mutuato amore invicem spoliarentur l. 1 D. 24, 1*); an sich ist der Wille zu schenken vollkommen gültig, denn beide Ehegatten sind ja vermögensrechtlich selbständig; nur um jenen Erfolg zu vermeiden, also auch nur soweit es nothwendig ist, um ihn zu vermeiden, wird der Wille für unwirksam erklärt. Regelmässig wird eine *traditio donandi causa* auch mit einer Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Schenkers verbunden und deshalb ungültig sein, wenn sie zwischen Ehegatten geschieht; daher sagt *l. 1, 2 D. h. t. Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.* Wird aber der, welcher den Willen zu schenken erklärt, faktisch dadurch doch nicht ärmer, so trifft das Verbot nicht zu und der Wille bleibt in seiner natürlichen Gültigkeit bestehen. Daher insbesondere die Schenkung zwischen Ehegatten einen Ersitzungstitel *pro donato* dann bildet, wenn die geschenkte Sache dem, der schenken wollte, nicht zu eigen gehörte. *l. 3 D. h. t.: Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.* Die praktische Bedeutung dieses Verbotes für die Usukapion ist sonach nur die, dass der Erfolg der Bereicherung des einen Ehegatten auf Kosten des anderen, den nach Rechtsvorschrift die Schenkung unmittelbar nicht bewirkt, auch mittelbar durch sie nicht herbeigeführt werden darf, dadurch nämlich, dass sie dem einen Ehegatten einen *justus titulus usucapionis* gewährte zur Ersitzung einer Sache des anderen.

Die Tendenz des Titels, sich von fremden Personen abzuschliessen, zeigt sich weiter auch noch darin, dass sowie der Andere

seine Erklärung zu schenken gültig abgegeben hat, alles, was er weiter beginnt, gleichgültig ist; ein förmlicher Widerruf, der sonst die Schenkung zerstörte, scheidet den Titel durchaus nicht an.
l. 2 D. h. t.

IV. pro dote. Tit. D. 41, 10.

Traditio dotis causa ist Eigenthumsübertragung an einen Ehemann zu dem Zwecke, dass dadurch der eheliche Haushalt, an welchem der Geber als Ehefrau, Schwiegervater u. s. w. irgend ein Interesse hat, materiell fundirt werde. Der Zweck des Tradenten ist erreicht, wenn der zu unterstützende eheliche Haushalt wirklich besteht, die wirkliche Existenz des *matrimonium* ist die *justa causa traditionis*. Demnach setzt der vollkommene Erwerbsakt voraus:

I. auf Seiten des Verlierenden: 1. alles was seiner Seits zu einer gültigen Tradition gehört. 2. Absicht für den ehelichen Haushalt zu geben.

II. auf Seiten des Empfängers: 1. alles was seiner Seits zu einer gültigen Tradition gehört. 2. eine bestehende Ehe, für welche die Sache als *dos* empfangen wird.

Die letzteren beiden Stücke würden den *titulus pro dote* zu bilden haben, der demnach ebenfalls die *justa causa* selbst in objektiver Existenz enthält, wie der *titulus pro emtore*. Nun müsste eigentlich wie dort so auch hier die *justa causa* von dem einseitigen Charakter des ganzen *titulus* ergriffen werden. Die Thatsache, dass wirklich eine Ehe besteht, hat Voraussetzungen, die ausserhalb der Person des Empfängers liegen, wie z. B. Fähigkeit der Frau eine Ehe einzugehen. Nach allgemeinen Prinzipien muss es ohne Zweifel zum *titulus* genügen, wenn nur auf Seiten des Empfängers alles vorhanden ist, damit eine Ehe und ein ehelicher Haushalt bestehe, und kann es nichts schaden, wenn nur wegen eines Mangels in der Person der Frau die Ehe ungültig, ein wirklicher ehelicher Haushalt demnach nicht vorhanden ist. Es fragt sich aber nur, ob dieser Titel auch noch den Namen eines *titulus pro dote* verdient. Und hier kommt in Betracht, dass der Begriff und der Name der *dos* streng an die vollgültige Existenz der betreffenden Ehe gebunden ist. *l. 3 D. 23, 3: Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonium non est, nec dos est.* Wenn man von einer *dos* nur reden darf, wo

eine wirkliche vollgültige Ehe besteht, so kann sie auch nur, wenn eine solche vorhanden ist, dem hiefür vor sich gehenden Erwerbsakte ihren Namen leihen, sei es nun ein vollkommener oder ein nur einseitig vollkommener, ein *titulus*. Zu einem *titulus pro dote* gehört demnach das Bestehen einer gültigen Ehe.

Damit ist aber nicht gesagt, dass das, was *dotis causa* gegeben wird, überhaupt nur ersessen werden kann, wenn eine gültige Ehe besteht. Auch ohne das kann die Ersitzung vor sich gehn, wenn nur den allgemeinen Erfordernissen des Titels genügt ist, aber der spezielle Name einer *usucapio pro dote* muss ihr verweigert werden. — Eigenthumsübertragung *dotis causa*, ohne dass die betreffende Ehe gültig besteht, ist möglich einmal so, dass die Ehe noch nicht besteht, also wegen der künftigen Ehe gegeben wird, und zweitens so, dass die Ehe zwar besteht, aber aus irgend einem Grunde ungültig ist. Hier lehren nun *l. 1, 2 u. 3 D. h. t.: ante autem nuptias non pro dote usucapit, sed pro suo*; und: *Constante autem matrimonio pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium; ceterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare usucapionem, quia et dos nulla sit*. Im ersteren Falle ist die Möglichkeit einer Usukapion unter anderem Namen ausdrücklich anerkannt; dass auch im letzteren Falle nur die *usucapio pro dote* für unstatthaft erklärt werden wollte, nicht die Möglichkeit einer Usukapion überhaupt, macht der Wortlaut der Stelle selbst sehr wahrscheinlich und ergibt sich aus dem Zusammenhalt mit *l. 67 D. 23, 3*, die ganz den nämlichen Fall behandelt, mit voller Gewissheit. Wenn einer unwissentlich eine Sklavin heirathet, so besteht keine gültige Ehe und findet nach *l. 1, 3 cit.* eine *usucapio pro dote* nicht statt; aber *pro suo* kann nach *l. 67 cit.* auch hier usukapirt werden: *Quodsi vir eam pecuniam pro suo possidendo usucapit, scilicet, quia existimavit mulierem liberam esse . . .*

v. Stintzing hat also Recht, wenn er *l. c. S. 94* bemerkt, die *dos* setze eine gültige Ehe voraus und doch könne das zur *dos* Gegebene bei ungültiger Ehe und vor der Ehe ersessen werden, wie *l. 67 D. 23, 3* und *l. 1, 2 D. h. t.* beweisen; aber Unrecht thut er daran, dass er diese beiden Stellen unter den *titulus pro dote* stellt, um nachher sagen zu können (*S. 102:*) es komme auf die grössere oder geringere Gültigkeit des betreffenden Rechtsge-

schäftes für den *titulus* nicht an. Die Gültigkeit der Ehe wenigstens, — diess scheint mir bewiesen, — verlangen die Quellen aus formellen Gründen für den *titulus pro dote* unbedingt, und wenn in jenen beiden Stellen, auch wo sie fehlt, eine Usukapion und somit das Vorhandensein eines *titulus* zugestanden wird, so beweist das hiegegen gar nichts, denn das ist ja eben, wie sie sagen, kein *titulus pro dote*, sondern ein anderer, den sie *pro suo* nennen und von welchem wir noch weiter zu reden haben werden.

V. *pro legato*. Tit. D. 41, 8.

Ein vollkommener Eigenthumserwerb durch Legat setzt voraus:

I. in der fremden Person: 1. *testamenti factio activa*. 2. eine Erklärung, in Form des Legats Eigenthum geben zu wollen (*do lego*). 3. Eigenthum an der legirten Sache. 4. Das Ableben jener Person (hiemit ist der Erwerb im Wesentlichen entschieden, wenn auch seine praktische Geltendmachung den hienach erfolgten Erbschaftsantritt noch voraussetzt).

II. in der eigenen Person: nur *testamenti factio passiva* — das Legat fällt *ipso jure* an ohne entgegenkommende Handlung.

Es wiederholt sich demnach hier die Erscheinung, die wir ähnlich schon beim *tit. pro donato* zu beobachten Gelegenheit hatten. Wenn streng auf dem einseitigen Standpunkte beharrt werden wollte, so bliebe nichts als die Erwerbsfähigkeit des Usukapienten, die an sich noch gar keinen Hinweis auf das Vorhandensein eines Eigenthumserwerbsaktes enthält. Irgend ein Stück des betreffenden vollkommenen Eigenthumserwerbsaktes muss aber doch vorhanden sein, damit man sagen könne, es sei ein unvollkommener Eigenthumserwerbsakt, ein *titulus* vorhanden; deshalb muss auch hier wieder das Prinzip der Einseitigkeit soweit nachgeben, dass das dem Erwerber zunächst liegende Stück auf Seiten des Verlierenden noch in den Titel mit hereingenommen wird. Das ist nun, wie wir bereits festgestellt, die zum Erwerbsakt von Seiten des bisherigen Eigenthümers nothwendige Handlung: es muss also eine Erklärung, legiren zu wollen, stattgefunden haben, — gerade so wie wir beim *titulus pro donato* eine Erklärung des *animus donandi* verlangen mussten.

Demnach gehört zum *titulus pro legato* und ist von dem, der sich auf einen solchen beruft, zu beweisen:

1. *testamenti factio passiva l. 7 D. h. t. Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur.*

2. dass Jemand erklärt hat, ihm diese Sache *per vindicationem* zu legiren; es muss wirklich legirt worden sein, deshalb kann hier der blosse Glaube, es sei legirt, obwohl er sonst für Thatsachen, die in der fremden Person liegen, hinreicht, nichts helfen. *l. 1 D. h. t. Legatorum nomine is videtur possidere, cui legatum est; pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit. l. 2 D. h. t. Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, quum non esset, pro legato non usucipiam.*

Einen Schritt also hat das Prinzip der Einseitigkeit nachgegeben, indem es die Vornahme der Legats-handlung zum Titel ziehen liess; sofort aber zeigt sich wieder die Tendenz, den Titel auf die Person des Erwerbers zu konzentriren, indem ausser jener Handlung nichts Fremdes mehr hereingelassen wird. Der Legirende braucht, was zur Gültigkeit des Legats als Eigenthumserwerbsakt doch absolut nothwendig wäre, nicht Eigenthümer sein. *l. 4 D. h. t.: Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit.* — Es ist nicht nöthig, dass er nunmehr auch verstorben sei. *l. 5 D. h. t. Ea res, quae legati nomine tradita est, quamvis dominus ejus vivat, legatorum tamen nomine usucapietur.* — Es ist nicht nöthig, dass er die Fähigkeit hatte, eine solche Erklärung gültig abzugeben, oder dass er die civilen Formalitäten, welche die Wirksamkeit derselben bedingen, auch noch daneben beobachtet habe. *l. 9 D. h. t.: etsi non jure legatum relinquatur, . . . pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit.* — Gleichgültig ist für den Titel, was auf Seite des Legirenden sich dann noch weiter ereignen mag, wenn er nur einmal seine Erklärung abgegeben hat; ein nochmaliger Widerruf wird ignorirt und schadet dem *titulus pro legato* so wenig wie dem *titulus pro donato*. *l. 4 D. h. t.: si . . . adempta codicillis ignoratur; l. 9 D. h. t.: si . . . legatum ademptum est, pro legato usucapi etc.* — Gleichgültig ist endlich auch die Existenz einer dritten Person, für die wegen Gleichheit des Namens die Erklärung auch gelten könnte. *l. 4 D. h. t.: si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, quum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.*

Ausser jenen beiden oben angegebenen lässt sich kein weiterer positiv rechtlicher Bestandtheil des Legats als zum *titulus pro legato* gehörig nachweisen. Allein nun haben wir erst noch zu fragen: wie steht es hier mit dem natürlichen Erforderniss eines jeden Eigenthumserwerbsaktes, eines jeden Titels, mit dem Willen Eigenthum zu erwerben? Es wurde schon angedeutet, dass in dieser Beziehung das Legat einen Gegensatz bildet zu den bisher betrachteten Erwerbsarten der Tradition und Okkupation, welche schon in ihren positiv rechtlichen Voraussetzungen eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung enthalten, dass man jetzt Eigenthümer sein wolle; bei ihm findet sich überhaupt keine handelnde Betheiligung des Erwerbers, und tritt desshalb hier der Wille, Eigenthum zu haben, als ein selbständiges Erforderniss auf. Nun wird zwar, wie wir gesehen haben, beim vollkommenen Vorhandensein aller positiv rechtlichen Erfordernisse durch jene bekannte Fiktion eine besondere Beweisführung erspart. Dem unvollkommenen Titel hingegen kommt diese Fiktion nicht zu Statten und werden wir desshalb an denjenigen, der sich auf ihn beruft, in dieser Beziehung noch besondere Anforderungen stellen müssen. Die erste Bedingung für das Vorhandensein des Eigenthumswillens, haben wir gesagt, ist das Bewusstsein eines Eigenthumserwerbsaktes; wir haben demnach als ein drittes Erforderniss des *titulus pro legato* aufzuführen:

3. Dass der Usukapient das Bewusstsein gehabt habe, es seien für ihn die positiv rechtlichen Voraussetzungen eines Eigenthumserwerbes durch Legat vorhanden. Hier kommt nun in Betracht: der Eigenthumserwerb durch Legat beruht auf zweierlei zeitlich getrennten Thatsachen, welche zusammengekommen sein müssen, damit er sich vollende: nämlich einerseits die Errichtung des Legats und dann der Tod des Legirenden. Soll also der Glaube an einen Eigenthumserwerb vorhanden sein, so müssen diese beiden Thatsachen sich im Bewusstsein des Erwerbers vereinigt haben. Nun wird aber bezüglich des ersteren Punktes in den meisten Fällen eine eigene Beweisführung nicht nöthig werden; von der Legatserrichtung gehört ja das bedeutendste Stück, der Errichtungsakt, schon zu den positivrechtlichen Bestandtheilen des Titels und ist desshalb von dem Usukapienten zu beweisen. Indem er diess thut, legt er schon genügend dar, dass

und auf welche Weise er selbst Kenntniss davon erhalten hat. Allein bezüglich des Ablebens des Legirenden enthält der *titulus* an sich noch nicht das Mindeste. Hier also wird eine selbständige Beweisführung nothwendig: der Usukapient hat Thatsachen darzuthun, welche in ihm den Glauben hervorbrachten, der, welcher ihm legirt hat, sei gestorben.

Zur Bestätigung möge zunächst *l. 5, l. 6 D. h. t.* dienen: *Ea res, quae legati nomine tradita est, quamvis dominus ejus vivat, legatorum tamen nomine usucapietur, si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit.* Wenn wir v. Stintzing's, freilich vielfach angefochtener Auslegung (*l. c. Anm. 84*) folgen dürfen, so wäre hier in der That verlangt: der Glaube, dass der Testator gestorben sei. — Allein noch mehr fällt in's Gewicht, dass unsere eben aufgestellte Forderung sich als praktisch unentbehrlich für einen *titulus pro legato* erweist. Dass die Meinung des Legatars über jenen Punkt nicht gleichgültig sei, versteht sich eigentlich von selbst; man könnte nur fragen: bildet der Glaube, der Legirende sei verstorben, einen positiven Bestandtheil des Titels gleich dem *putare debitum esse* beim *titulus pro soluto*, oder gehörer nur zur *bona fides*? *Bona fides* ist nothwendig beim Besitztserwerb desjenigen, der *pro legato* usukapiren will (*l. 7 D. h. t.*). *Bona fides* gehört aber in gleicher Weise auch zu dem den *titulus* bildenden Erwerbsakt, was insbesondere bei der *Publiciana* hervortreten muss, die keine Besitzergreifung verlangt. Der Kläger darf nicht gewusst haben, dass dem Legat, auf welches er sich beruft, irgend ein Mangel anhaftet, der es ungültig macht; etwa dass der Legirende nicht Eigenthümer war, oder Handlungsfähigkeit nicht hatte, dass er die nöthigen Formalitäten nicht erfüllte, oder nachher das Legat widerrief. Man könnte nun sagen, ein Mangel am Eigenthumserwerb durch Legat sei auch der Umstand, dass der Tod des Testators noch nicht eingetreten ist; das Bewusstsein dieses Mangels sei desshalb auch nichts weiter als *mala fides* d. h. der Titel selbst ist vorhanden, ohne dass es einer Meinung des Legatars bezüglich jener Thatsache bedürfte, nur wird der an sich begründete Titel wieder zerstört dadurch, dass das Bewusstsein, der Testator lebe noch, als *mala fides* ihn begleitet. — Gesetzt nun ein erwerbfähiger Mann hat noch bei Lebzeiten des Testators erfahren, dass ihm dieser eine Sache vermacht hat. Nach einiger Zeit erfährt

er, derselbe sei jetzt gestorben und die Sache im Besitze eines Dritten. Den belangt er mit der *Publiciana* und hat deshalb zu beweisen alles, was zu einem *titulus pro legato* gehört. Genügt hiezu die Errichtung eines Vermächtnisses zu seinen Gunsten mit *testamenti factio passiva*, so war dieser *titulus* bereits vorhanden bei Lebzeiten des Testators, wo also wie gesagt unser Legatar auch noch wusste, dass derselbe noch am Leben sei. Dieses Bewusstsein als *mala fides* müsste aber die Gültigkeit des Titels zerstören, wenn es mit demselben zusammentrifft; durch den Beweis, dass es in jenem Zeitpunkte vorhanden war, würde deshalb die *Publiciana* vereitelt, welche doch nach den klaren Intentionen der Quellen in diesem Falle begründet sein muss. Man wird sich also vielleicht so zu helfen suchen, dass man sagt: der Beweis, dass der Legatar bei Errichtung des Legats oder bei der Kunde davon den Testator noch am Leben wusste, zerstöre allerdings als Beweis der *mala fides* den Titel, doch könne der Kläger denselben dadurch wieder entkräften, dass er nachweist, er habe erst in einem späteren Zeitpunkte erfahren, dass der Testator nicht mehr lebt. Damit wäre aber ja gerade nichts anderes gesagt als: vorher war das, was von der *mala fides* geschädigt werden könnte, noch nicht vorhanden, jenes wesentliche Erforderniss des Titels, durch dessen Zerstörung die *mala fides* den ganzen Titel zerstört, kommt erst zur Entstehung mit dem Bewusstsein von dem Ableben des Testators. Ist man aber einmal so weit, so wird zugegeben werden, dass ein derartiges Erforderniss der Kläger logischer Weise vielmehr gleich von vorneherein zur Begründung seiner Klage darzuthun hat. — Derlei praktische Fälle liessen sich leicht noch mancherlei aufführen; wir wollen aber hier nur im Allgemeinen noch bemerken: Es ist für die gewöhnliche Theorie eine fast nicht zu beantwortende Frage, in welchem Zeitpunkt es darauf ankommt, dass derjenige, welcher auf Grund des Legats die *Publiciana* erhebt, nicht in *mala fide* gewesen sei. Und doch ist diese Frage keineswegs unwichtig, da es recht leicht geschehen kann, dass *mala fides* jetzt vorhanden ist, später nicht und umgekehrt. Dem gegenüber ist es gewiss nicht zu unterschätzen, dass wir in der Zeit der Entstehung des Eigenthumswillens einen festen Angelpunkt gewonnen haben. Ergibt sich aber hieraus wiederholt die praktische Nothwendigkeit, den Eigenthumswillen als einen positiven Bestandtheil des *titulus*

pro legato zu fordern, so folgt mittelbar auch, dass das Bewusstsein von dem Ableben des Testators zum Titel gehört, weil ohne dieses, wie wir gesehen haben, der Eigenthumswille nicht entstehen kann.

v. Stintzing *l. c.* S. 92 führt hier zwei Stellen an, welche beweisen sollen, dass auch für eine nicht legitime Sache die *usucapio pro legato* stattfindet. *l. 4, 2 D. 41, 10: Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet.* Diese Stelle spricht ausdrücklich nicht von einem *titulus pro legato*, sondern von einem *possidere pro suo*; wenn aber doch in dem gegebenen Thatbestand von einem Legat die Rede ist, so wäre zu bedenken, dass das Legat auch noch bei einem anderen Titel eine Rolle spielt, als bei dem *pro legato*: es kann eine Forderung auf Eigenthumsübertragung begründen, dann dient es als *justa causa traditionis* und eine derartige Tradition gewährt einen *titulus pro soluto*, ganz geradeo wie Tradition aus einer *stipulatio* (*l. 15, 3 D. 41, 3: Si ex testamento vel ex stipulatu res debita nobis tradatur*). Nun heisst es in unserer Stelle: *quod legatum non sit*, also eine Legatserrichtung fand nicht statt. *Ab herede tamen perperam traditum sit, perperam*-fälschlich, unrichtig — wird namentlich in Verbindung mit *solvere* häufig gebraucht, um eine Eigenthumsübertragung zu bezeichnen, zu welcher man sich irrthümlich für verpflichtet hielt (*l. 40 p. D. 12, 6; l. 9 D. 13, 5; l. 26, 1 D. 23, 4*). Hier ist zunächst nur von einem Irrthum des tradirenden Erben die Rede, dass dann auch der Empfänger dem Erben, der ihm aus einem Legat zu zahlen behauptet, Glauben schenkt und auch meint, es sei eines vorhanden, ist wohl selbstverständlich: der Erbe sollte das ja am besten wissen. Tradition und die Meinung, die Sache sei geschuldet, bilden den *titulus pro soluto*, dessen Erfordernisse demnach hier sämmtlich vorhanden sind. Von den Erfordernissen eines *titulus pro legato* dagegen fehlt das erste und wichtigste, die Legatserrichtung selbst; also handelt unsere Stelle eben auch nicht von einem solchen, sondern von einem *titulus pro soluto*, und warum der hier *pro suo* heisst, wird später zu erörtern sein. — Die andere Stelle ist die schon angeführte *l. 5, l. 6 D. h. t.* Im Gegensatz zu der vorigen ist dieselbe nicht bloss unter den *Tit. VIII. pro legato* eingesetzt, sondern sie spricht auch noch ausdrücklich von

einem *legatorum nomine usucapere*. Dafür ist aber auch nicht der geringste Anhaltspunkt gegeben, dass das, was die übrigen Stellen so entschieden fordern, hier fehle, nämlich der Legaterrichtungsakt. Legirt ist also wohl auch hier die Sache immerhin, freilich ist diese Legatserrichtung ungültig und unwirksam, allein das ist sie ja bei jedem Titel, sonst wäre es kein Titel, und ob nun dieser oder jener Mangel daran schuld ist, das kann gleichgültig sein. — Es wird in der letzteren Stelle von einem *legati nomine tradere* gesprochen. Tradition ist kein Erforderniss des *titulus pro legato* (l. 8 D. h. t.); wir müssen also in ihr ein unschädliches *superfluum* sehen. Doch kommt noch in Betracht, dass gutwillige Hinausgabe der legirten Sache von grosser Bedeutung sein kann für die zur Besitzergreifung verlangte *bona fides*, von welcher unsere Stelle augenscheinlich sprechen will.

VI. *pro derelicto*. Tit. D. 41, 7.

Es ist der Eigenthumserwerb durch *occupatio* einer *res derelicta*, welcher das Urbild dieses Titels abgegeben hat. Ein solcher setzt zwei äusserlich vollkommen unabhängige, zeitlich gesonderte Thatsachen voraus, nämlich eine Dereliktionshandlung und eine Okkupationshandlung; keine ist aber für sich allein ein Eigenthumserwerbsakt, nur wenn sie neben einander stehen, gewähren sie beide zusammen das Bild einer eigenthumübertragenden Thatsache. Eine fernere Besonderheit dieser Erwerbsart, die für den einseitigen Standpunkt des Titels von Bedeutung wird, ist die, dass die Dereliktionshandlung vollkommen auf Seite des Verlierenden, die Okkupationshandlung ganz auf Seiten des Erwerbers liegt. Jene fele also bei der prinzipmässigen Ausschliessung aller auf Seiten des bisherigen Eigenthümers liegenden Bestandtheile gänzlich hinweg. Eben darum ist das Prinzip der Einseitigkeit hier nicht in diesem Maasse durchführbar. Denn beim Titel kann es sich immer nur handeln um eine Sache, die schon einmal einem Eigenthumsrechte unterworfen, also keine natürliche *res nullius* ist; an einer solchen vermag aber die Okkupationshandlung für sich allein eine eigenthumübertragende Thatsache, einen *titulus* nicht zu repräsentiren. Die Folge ist wieder ein halbes Nachgeben jenes Prinzips: es wird so viel von der Dereliktionshandlung mit in den Titel herübergenommen, als genügt, um dem ganzen Vorgang objektiv den Charakter eines Erwerbs an einer vormalis fremden Sache zu geben.

Die vollständigen Bestandtheile eines solchen Erwerbes würden sein:

I. auf Seite des Verlierenden: 1. Eigenthum. 2. Dispositionsfähigkeit. 3. Dereliktionshandlung.

II. auf Seite des Erwerbers: 1. Okkupationshandlung. 2. Erwerbsfähigkeit.

Das dem Erwerber zunächst liegende Erforderniss aus der Gegenseite ist die Dereliktionshandlung; sie bildet also mit Okkupationshandlung und Erwerbsfähigkeit zusammen den *titulus pro derelicto*. — Die beiden andern weiter rückwärts in der Person des Verlierenden liegenden Erfordernisse des vollkommenen Erwerbes sind für den *titulus pro derelicto* objektiv nicht nothwendig, doch darf der Okkupant wegen der Forderung der *bona fides* nicht wissen, dass sie fehlen. *l. 4 D. h. t.: Id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit. l. 7 D. h. t.: Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.*

§. 7. Unbenannte Titel.

Wenn in einem Falle alle Stücke eines Eigenthumserwerbsaktes vorhanden sind, die nach dem allgemeinen Begriffe des Titels zu einem Titel genügen, ohne dass jedoch eines der 6 bisher aufgestellten Schemata darauf passte, so sprechen wir von einem unbenannten Titel. Wir werden in Folgendem eine Reihe von bisher noch nicht erwähnten Fällen von Ersitzung betrachten, die uns die Quellen darbieten, um jedesmal zu konstatiren, ob ein benannter oder ein unbenannter Titel vorliege. —

Wenn der Beklagte im Vindikationsprozesse die *litis aestimatio* gezahlt hat, so gilt das unter Umständen als Kauf der Sache d. h. als kaufswaiser Eigenthumserwerb, *translatio ex causa emti* (*l. 46 D. 6, 1*; v. Vangerow, Lehrb. §. 332 Anm. 2.) War der Kläger Eigenthümer, so erwirbt der Beklagte Eigenthum, ausserdem aber kann er, *bona fides* vorausgesetzt, wenigstens Usukapionsbesitzer werden, und zwar auf Grund eines *titulus pro emtore l. 3 D. 41, 4*.

Wie eine Art Kauf wird es auch angesehen, wenn der Sklave seinem Herrn eine Sache gibt, um dafür die Freiheit zu er-

halten. *l. 9 D. 41, 4; l. 10 D. eod.: hic dominus quasi emtor partum usucapere potest; namque res ei abest pro hac muliere et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.* Ein wirklicher Kaufvertrag ist das natürlich nicht, deshalb wird hier, wie auch die Ausdrucksweise der citirten Stellen bestätigt (*quasi emtor*), nicht *pro emtore* ersessen werden können und findet dieser Titel seine Stelle unter der Classe der unbenannten Titel. Nur wird das Geschäft nach Analogie eines Kaufs zu behandeln sein, da es mit diesem den materiellen Grundcharakter gemein hat, darin bestehend, dass der Erwerber ein Aequivalent für die Sache leistet (*res ei abest pro hac muliere*), wie wir denselben ja auch oben festgestellt haben.

Auch zum Zwecke der Abwendung eines Rechtsstreites kann Eigenthum übertragen werden (*transactio*); doch ist hier wohl zu unterscheiden:

1. ich kann Jemand zu diesem Zwecke eine Sache geben, die selbst nicht Gegenstand des Streitigen ist; das ist eine richtige *traditio ex justa causa*, der Andere erwirbt von mir kraft dieses Uebereinkommens Eigenthum. *l. 3 p. D. 12, 4.* War der Geber, dem Empfänger unbewusst, nicht Eigenthümer oder nicht vollkommen handlungsfähig, so ist von jenem Eigenthümererwerbsakt wenigstens so viel vorhanden, als zum Titel genügt.

2. wenn aber das Eigenthum an einer Sache streitig ist und zur Abwendung des Processes ausgemacht wird, dass diese Sache selbst nun der einen von beiden Partheien unbestritten gehören soll, die dann irgend eine Gegenleistung zu machen haben mag, so liegt hierin nicht unbedingt ein Eigenthümererwerbsakt. Ein solcher ist nur dann vorhanden, wenn der Verzichtende Eigenthümer war. Zwar gilt das im Allgemeinen von jedem derivativen Erwerb; hier aber ist es in einem viel intensiveren Sinne zu nehmen. Bei einer Tradition aus dem Kaufvertrag oder bei einer Tradition aus einem Vergleich der ersterwähnten Art ist der Wille der Beteiligten schlechthin auf Eigenthumsübertragung gerichtet; hier aber ist ja eben das Eigenthum desjenigen, der es gewähren soll, bestritten und zweifelhaft. Die Contrahenten sind sich der Möglichkeit bewusst, dass es nicht bestehe, und deshalb muss ihr Vertrag als ein stillschweigend bedingter angesehen werden; sie können nur wollen: Eigenthum soll dadurch von A auf B über-

gehn für den Fall, dass A doch wirklich Eigenthümer gewesen sein sollte. Demnach ist der Unterschied der: wenn der, welcher verlieren soll, nicht Eigenthümer ist, so ist die *traditio ex causa emti* ungültig, *quia nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*, — die hier besprochene Eigenthumsübertragung im Vergleichswege dagegen desshalb, weil die Bedingung, unter welcher sie geschah, defizirt; ganz abgesehen von ihrer Wirksamkeit ist hier die Erklärung selbst nicht vorhanden, weil die Bedingung nicht erfüllt ist, unter welcher sie gegeben sein sollte. — Der Titel verlangt nicht das Eigenthum des Tradenten; desshalb ist die *traditio ex causa emti* auch beim Mangel desselben noch genügend zum *titulus pro emtore*; dagegen muss er die auf Eigenthumsübertragung gerichtete Willensäußerung, das Rechtsgeschäft an sich, wenigstens so weit es auf Seiten des Erwerbers liegt, verlangen. Da nun bei einem Vergleich der zweiten Art diese Willensäußerung nicht vorhanden ist, wenn der Andere nicht Eigenthümer war, und da derselbe beim Titel gerade Eigenthümer nicht sein soll, so ist beim Titel die Bedingung für die Existenz jener Willensäußerung immer defizirt und folgt daraus, dass ein solcher Vergleich unfähig ist, einen Titel zu bilden. Es scheint mir inkonsequent, wenn v. Vangerow, Lehrb. §. 320 Anm. 3, die Bedingtheit des Eigenthumsvertrages im Vergleiche über die Sache anerkannt und doch dadurch einen Titel für gegeben hält, soferne nur der Empfänger den anderen für den Eigenthümer hielt.

Ganz wirkungslos braucht aber desshalb ein solcher Vergleich nicht sein, wenn er es auch in der Richtung auf Eigenthumsübertragung ist; denn jedenfalls hat die verzichtende Parthei darin den Willen ausgesprochen, dass sie der anderen die Sache nicht streitig machen wolle, dass die andere Parthei ihr gegenüber als Eigenthümer gelten solle. Auf Grund dieser Erklärung mag also immerhin der Erwerber dem Anderen die Sache klageweise abnehmen, oder falls er von diesem auf Herausgabe belangt wird, mit einer Einrede sich schützen. In dieser Beziehung steht die *transactio* über die Sache ganz gleich dem *jusjurandum litis decisorium* und der *res judicata*, welchen die erstere Wirkung, die Eigenthum übertragende, niemals zukommen soll, auch nicht wenn der Deferent oder Verurtheilte wirklich Eigenthümer war. Für die *res judicata* hat diess v. Scheurl, Beitr. II.

§. 82 ff. schlagend nachgewiesen. Das *jus jurandum* aber steht in der Mitte zwischen Vergleich und Urtheil, es ist *species transactionis* (l. 2 D. 12, 2) und *habet instar judicii* (l. 26 D. 12, 2). Wir dürfen es einen Vergleich nennen, der die Wirkung eines Urtheils hervorbringen soll; der Defereut sagt nicht: wenn du schwörst, *rem tuam esse*, soll mein etwaiges Eigenthum dein sein, — sondern: dann sollst du mir gegenüber als Eigenthümer gelten. Die Eidesdelation enthält sonach dieselbe Willenserklärung primär, die der Vergleich über die Sache eventuell enthält, und was von der Wirkung des *jusjurandum* unbedingt gesagt wird, das gilt auch für diesen Vergleich, wenn, wie beim Titel, die Bedingung, dass der Vergleichende Eigenthümer sei, nicht erfüllt ist. Desshalb ist auch für den Letzteren entscheidend l. 7, 7 D. 6, 2: *Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris egoque juravero, rem meam esse, competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat, ei enim soli nocere debet jusjurandum, qui detulit.* Unsere *Publiciana* ist eine *actio in rem* und geht als solche gegen jeden dritten Besitzer; die Klage, die nach der angeführten Stelle nur gegen eine einzelne bestimmte Person zusteht, gegen jede andere aber verweigert wird, ist daher nicht diese *Publiciana*; l. 11, 1 D. 12, 2 nennt auch ganz die nämliche Klage eine *actio in factum*, was doch gerade die wirkliche *Publiciana* nicht ist. Wenn ihr trotzdem dieser Name hier beigelegt wird, so kann das nur bedeuten sollen, dass ihre Wirkung gegenüber dieser einen Person gleich ist der der *Publiciana* gegen jeden Dritten. Es beruht ja auch in beiden Fällen die Wirkung darauf, dass der Kläger dem Beklagten gegenüber als Eigenthümer gilt; nur wird sie bei der *Publiciana* hervorgebracht durch einen Eigenthumserwerbsakt, der mit dinglicher Kraft gegen Jeden wirkt mit Ausnahme des Eigenthümers, hier aber durch einen direkt darauf gerichteten Vertrag, der nur eine persönliche Pflicht zur Anerkennung des Eigenthums begründet und deshalb auch nur gegen den so Verpflichteten wirken kann. Weil also, wie unsere Stelle bestätigt, das *jusjurandum*, dem der Vergleich über die Sache mit defizirter Bedingung gleichsteht, ein unmittelbares Verhältniss der Person zur Sache nicht begründet, weil es nicht den Charakter eines dinglichen Erwerbsaktes speziell eines Eigenthumserwerbsaktes hat, so taugen

beide nicht zum Titel, so wenig wie die *res judicata*. (v. Vangerow, Lehrb. §. 320 Anm. 3 für *res jud.* und *iusjur.*)

In den Quellen wird der Vergleich verschiedentlich als ein Titel der Usukapion bezeichnet. Nach dem Gesagten kann aber darunter nur ein Vergleich der ersten Art verstanden sein d. h. der Fall, wo eine Sache, über deren Eigenthum kein Streit besteht, zur Vermeidung eines Prozesses hergegeben wird. Es kommt hier in Betracht: *l. 8 C. 7, 26: Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt. — l. 33, 3 D. 41, 3. Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habeo. Sed et is, a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit, eo ipso efficit, ut fundum longo tempore capiam.* Hier scheint mir folgender Gegensatz gegeben: im zweiten Falle will auf Grund einer *stipulatio* mit persönlicher Klage Eigenthumsübertragung verlangt werden; die Verbindlichkeit wird auch anerkannt und *solvendi causa* tradirt; es liegt also ein *titulus pro soluto* vor. Der Thatbestand des ersten Falles ist dem Wortlaute nach ganz der nämliche, nur dass die spezielle *causa debendi* nicht bezeichnet ist und nicht gesagt ist, dass unter Anerkennung der Verbindlichkeit: „*solvendi causa*“ tradirt wurde. Die Partheien lassen es also dahin gestellt, ob die Verbindlichkeit zur Eigenthumsübertragung wirklich besteht, und nur zur Vermeidung des Prozesses wird der *fundus* demnach überlassen. Der Titel besteht demnach in vergleichsmässiger Eigenthumsübertragung (Vergleich der ersten Art); über das Eigenthum an der Sache besteht in diesem ersten Falle so wenig ein Streit wie in jenem zweiten. — In *l. 29, D. eod.*, die auch hier angeführt wird, kann ich einen auf Vergleich beruhenden Usukapionstitel nicht finden. Wenn der wirkliche Erbe *res hereditarias* einem Anderen überlässt, um ihn im Vergleichswege für seine Erbschaftsansprüche abzufinden, so ist das offenbar ein vollkommener Eigenthumserwerbsakt. Den Gegensatz dazu bildet auch nach dem Wortlaut der Stelle nicht der Mangel eines Usukapionstitels, sondern der Mangel von „*ulla alia causa possidendi*“; eine *causa possidendi* ist aber auch ein vollkommener Eigenthumserwerbsakt.

Der Titel, den die *transactio* gewährt, ist übrigens ein unbenannter, der nur wieder viel Aehnlichkeit hat mit dem *pro em-*

tore. Im *Codex* wird ein Anlauf genommen, ihn neben diesem zu einem benannten Titel zu erheben (*Tit 7. 26: de usucapione pro emptore vel transactione*).

Einen unbenannten Titel enthält ferner *l. 67 D. 23, 3*. Auf Seiten des Besitzers ist hier alles vorhanden, was zu einem Eigenthumserwerb *dotis causa* und zu einer gültigen Ehe gehört; dass die Ehe wegen eines Mangels bei der Ehefrau ungültig ist, schadet dem Titel nach allgemeinen Grundsätzen nicht, sondern bewirkt nur, dass er zu den unbenannten gerechnet werden muss, weil der entsprechende benannte *titulus pro dote* eine vollgültige Ehe voraussetzt.

Ebenso gehört hieher *l. 1, 2 D. 41, 9: Et Julianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante ejus fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit; si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Julianus ait, ut statim res ejus fiant et, si alienae sint, usucapi possint; quae sententia mihi probabilis videtur; ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo*. Da der Titel ein Eigenthumserwerbsakt, kein blosser Besitzerwerbsakt sein soll, so versteht sich von selbst, dass von einem solchen nur die Rede ist, wenn ein Rechtsgeschäft der ersteren Art intendirt war. Fraglich ist nur: wie steht es hier mit *justa causa*, die ja auch zum Titel gehört. Bei der *dos*, das wissen wir aus der Lehre von den *Condiktionen*, ist die *causa ob quam traditur* und zugleich — in wirklicher Existenz — die *justa causa traditionis*: die Ehe. Diese *justa causa* nun ist bei der vorliegenden Tradition noch nicht vorhanden, sondern soll erst zukünftig eintreten. In solchen Fällen ist aber zu unterscheiden: Es kann der Tradent wollen, dass er seine Befriedigung, sein Aequivalent sofort bei oder nach der Tradition habe; ist dasselbe nicht auch wirklich sofort vorhanden, so fehlt die *justa causa traditionis* und greift die *condictio* Platz. Es kann aber auch beabsichtigt sein, dass die das Aequivalent bietende Thatsache erst später, erst nach Ablauf bestimmter oder unbestimmter Zeit eintrete, dann ist hier der Wille des Tradenten ausgesprochen, dass für die Dauer dieser Zwischenzeit schon die blosser Aussicht auf den nochmaligen Eintritt

der betreffenden Thatsache genügen soll. Für diese Zeit ist die Thatsache, dass eben der Tradent mit jener blossen Aussicht sich begnügen will, *justa causa traditionis* und kann darum auch während dieser Zeit nicht kondizirt werden, obwohl die eigentlich für das Ganze maassgebende *justa causa* noch fehlt. Erst wenn der Zeitpunkt kommt, wo dieselbe reale Existenz haben sollte, genügt jene so zu sagen provisorische *justa causa* nicht mehr und tritt jetzt die erwartete Thatsache nicht ein, so ist die *condictio causa data causa non secuta* begründet zum Zeichen, dass von nun an der Eigenthumserwerb nicht mehr als ein der *aequitas* entsprechender angesehen wird. Wo also um einer Ehe willen (*dotis causa*) gegeben wird, kann die *traditio*, auch ohne dass die Ehe wirklich besteht, eine *traditio ex justa causa* sein, sofern nur die Absicht des Gebers feststeht, wegen der künftigen Ehe zu geben; die Erklärung dieser Absicht bildet für jetzt die *justa causa*. Da auch der Titel der *justa causa traditionis* bedarf, so kann auch er diese Erklärung nicht entbehren, obwohl sie ganz auf Seiten des Gebers liegt; sonach hätten wir hier einen unbenannten Titel mit folgenden Bestandtheilen: 1) Tradition mit *animus accipiendi domini*, Handlungs- und Erwerbsfähigkeit auf Seiten des Empfängers. 2) Erklärung des Gebers, wegen einer künftigen Ehe desselben zu geben. — Tritt die Ehe zur Zeit, wo sie erwartet wurde, nicht ein, so erhält die Tradition rückwärts den Charakter der Ungerechtigkeit und ihre Wirkung auf das Vermögen wird durch die *condictio* aufgehoben; ob dann auch der Titel rückwärts für ungültig erklärt werden müsste, möchte ich bezweifeln; auf keinen Fall kann eine inzwischen auf Grund jenes unbenannten Titels vollendete Usukapion wieder rückgängig werden.

Eine ganz besondere Gestalt muss der Titel da erhalten, wo der vollkommene Erwerbsakt nicht in der Person des Erwerbers, sondern in der eines Anderen zur Entstehung kommt und nur durch ein die Beiden verbindendes persönliches Verhältniss für den Ersteren wirksam wird.

Ein solches Verhältniss ist vor Allem das zwischen Erblasser und Erbe. Es wird für die Usukapion zunächst in dem bekannten Institut der *successio in usucapionem* von Bedeutung. Der Erbe tritt durch den Erbschaftsantritt in die ganze Persönlichkeit

und in alle rechtlich bedeutsamen Verhältnisse des Erblassers ein, folglich auch in das Verhältniss, in welchem dieser zu einer bestimmten körperlichen Sache stand, sofern nur bei ihm wieder die thatsächlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. War der Erblasser Eigenthümer, so wird es auch der Erbe, war er Besitzer, so gilt der Besitz, den der Erbe erwirbt, als die blossе Fortsetzung des seinigen, er behält seine rechtliche Qualifikation vollständig bei; und zwar sowohl zum Nutzen als zum Schaden des Erben: wenn der Besitz des Erblassers Usukapionsbesitz war, so ist's auch der des Erben, und umgekehrt kann dieser nicht er-sitzen, wenn der Besitz des Erblassers nicht fähig gewesen wäre, zur Usukapion zu führen.

Wenn aber nun ein solches Verhältniss erst beim Erben entsteht, das beim Erblasser noch nicht vorhanden war, so kann auf dieses von der Seite des Erblassers her weder im Guten noch im Schlimmen ein Einfluss geübt werden. Gesetzt der Erblasser hätte weder Eigenthum noch Besitz, sondern die Sache z. B. nur entliehen oder gemiethet gehabt, und nun findet sie der antretende Erbe in der Masse vor und nimmt sie in Besitz. Ob dieser Besitz Usukapionsbesitz sei oder nicht, das ist hier eine neue und selbständige Frage; vor allem fragt sich, ob jetzt ein Titel für den Erben vorhanden sei. Wir haben wieder, wie wir immer gethan, zunächst festzustellen, was dazu gehört damit Jemand vermöge einer Erbschaft der Eigenthümer einer bestimmten Sache werde. Die Voraussetzungen werden sein: 1) dass der Erblasser Eigenthum gehabt habe. 2) dass der Erwerber Erbe desselben sei. — Beides ist aber wieder eine höchst complicirte Thatsache.

1. Damit der Erblasser Eigenthümer gewesen sei, ist erforderlich, dass er die Sache auf irgend eine Weise zu eigen erworben habe, also ist verlangt ein ganzer vollkommener Eigenthümererwerbsakt des Erblassers mit all seinen mancherlei Bestandtheilen.

2. Damit dieser Eigenthümererwerbsakt für Jemanden als den Erben dieses Erwerbers wirksam werde, muss: 1) ein Grund vorhanden sein, aus welchem ihm die Erbschaft deferirt wird, 2) muss er sie angetreten haben, 3) muss er Erbfähigkeit besitzen.

Scheiden wir nun, um zum Titel zu gelangen, die Thatsachen aus, welche zur fremden und welche zur eigenen Person gehören, so würden zu ersteren alle sub 1. aufgeführten gehören, d. h. alle, die dan

eigentlichen Eigenthumserwerbsakt bilden. Es blieben für den Titel nur die Thatsachen übrig, welche zusammen bewirken, dass der Erwerber wirklich Erbe ist. Ein Punkt ist auch hier, wo eine fremde Person hereinspielt, nämlich der Delationsgrund der Erbschaft. Derselbe beruht entweder auf einem höchstpersönlichen Verbands mit dem Erblasser oder auf Testament. Letzteres ist eine Thatsache, die ganz ausserhalb des Bereiches der Person des Erben liegt, Ersterer hängt wenigstens zugleich an dieser und an einer anderen Person. Bei konsequenter Durchführung des Prinzips des Titels würden wir also auch sie auszuschliessen haben. Allein wir wissen bereits, dass dieser Consequenz ein anderes Prinzip hindernd in den Weg treten muss, nämlich der civilrechtliche Charakter der *hereditas*; als Erwerbsakt des *jus civile* kann sich dieselbe niemals dazu hergeben, auch schon in unvollkommener Gestalt wirksam zu sein. Darum lassen sich auch für den Titel nicht einzelne Stücke davon aussondern, vielmehr, wenn er etwas will, muss er alles nehmen, d. h. eine ganze vollgültige *hereditas*. Demnach wären die objektiven Erfordernisse dieses Titels sehr einfach dahin festzustellen: der Usukapient muss wirklicher Erbe sein. Bezüglich der Stücke, welche beim vollkommenen Eigenthumserwerb durch Erbgang auf Seiten des Erblassers nothwendig wären, bedürfte es nichts weiter als *bona fides*: der Erbe darf bloss nicht wissen, dass sein Erblasser wegen irgend eines Mangels nicht Eigenthümer der Sache geworden ist. Das Vorhandensein dieses Wissens wäre *mala fides*, welche der Gegner zu beweisen hat.

Nachdem wir aber nun so weit gekommen, können wir konstatiren, dass diess unmöglich schon zu einem *justus titulus usucapionis* hinreicht. Wie unvollkommen der Titel auch sein mag, so viel muss doch an ihm bleiben, dass er noch den Charakter eines Eigenthumserwerbsaktes an der zu ersitzenden Sache an sich trägt. Der Erbgang enthält zwar den Erwerb der verschiedenartigsten Sachen, Forderungen, *jura in re aliena*, allein, dass von diesem umfassenden Erwerb gerade auch diese bestimmte einzelne Sache ergriffen werde, ist durch ihn in keiner Weise bestimmt; die *hereditas* kann in vollkommener Gültigkeit bestehen, und doch an dieser einzelnen Sache durch sie für den Erben kein Eigenthum begründet werden; es fehlt ihr mit einem Worte die Beziehung auf die Sache, deren ein Eigenthumserwerbsakt bedarf.

Ein Titel würde nicht mehr den Charakter eines Eigenthumserwerbsaktes haben, wenn er lediglich in einer *hereditas* bestände. Die Unbrauchbarkeit eines solchen tritt besonders scharf hervor, wenn man bedenkt, dass ein jeder richtige Titel der Usukapion zugleich auch die *Publiciana* begründen soll. Genügt also zu demselben die bloße Thatsache einer vollgültigen *hereditas*, so müsste auch jede beliebige Sache von Jedem, der nur irgend einmal irgend Jemandes Erbe geworden ist, mit der *Publiciana* in Anspruch genommen werden können, und der Kläger, der nichts beweisen braucht als jene *hereditas*, müsste durchdringen, wenn dem Gegner nicht der Nachweis gelingt, dass er beim Erbschaftsantritt in *mala fide* war d. h. wusste, dass die Sache seinem Erblasser nicht gehörte. Das genügt, um darzuthun, dass ein Titel in dieser Gestalt eine reine Unmöglichkeit wäre; es muss derselbe neben der *hereditas* noch einen Bestandtheil enthalten, der ihm die Richtung auf diese bestimmte einzelne Sache gibt. Es ist auch in der That noch solch ein weiterer Bestandtheil bei unserem Titel nachzuweisen, der diesen Zweck vollkommen erfüllt: und das ist eben die Entstehung des Willens, die Sache zu eigen zu haben. Wir haben hier bisher absichtlich diesen Bestandtheil des Titels, den wir von vorne herein aus inneren Gründen für erforderlich erklärt haben, nicht beachtet, damit sich jetzt auch seine praktische Nothwendigkeit herausstelle, wie sie sich schon beim Legat für die Bestimmung des Zeitpunkts der *mala fides* herausgestellt hat.

Der Erbe soll durch die Erbschaft Eigenthum an der Sache erwerben und hiezu ist, wie zu jedem Eigenthumserwerb, nach dem natürlichen Wesen desselben die Entstehung des Eigenthumswillens erforderlich. Wo die positivrechtlichen Voraussetzungen eines solchen Erwerbs vollkommen vorhanden sind, wird auch das Vorhandensein dieses Willens fingirt; desshalb bedarf der Erbe keines Nachweises, dass derselbe bei ihm vorhanden war, wenn sein Erblasser die Sache wirklich in seinem Eigenthum hatte. Wo aber, wie beim Titel, jene Voraussetzungen nicht vollständig vorhanden sind, tritt auch die Fiktion nicht ein, die Entstehung des Eigenthumswillens ist zu beweisen. Hiezu genügt der Nachweis des Bewusstseins, dass die positivrechtlichen Voraussetzungen eines Eigenthumserwerbes vorhanden seien, und dieses Bewusstsein ist speziell beim Erben dann vorhanden, wenn er geglaubt hat, sein Erblasser sei Ei-

genthümer gewesen, habe die Sache auf irgend eine Weise zu Eigenthum erworben. Es ist das also ein Bewusstsein von dem nämlichen Inhalt, wie ihn nach dem Obigen die *bona fides* des Erben haben müsste, und der Unterschied besteht nur darin, dass jenes einen positiven Werth für den Titel hat, indem es demselben den Eigenthumswillen und somit einen nothwendigen Bestandtheil gewährt, die *bona fides* aber nur *mala fides* als das Bewusstsein, dass der Erblasser nicht Eigenthümer war, ausschliessen soll; fehlt also jenes Bewusstsein, so ist nicht wie beim Mangel der *bona fides* der an sich begründete Titel zerstört, sondern der Titel ist wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses gar nicht vorhanden gewesen. Deshalb hat hier die Beweislast nicht der, welcher sonst die *mala fides* zu beweisen hat, sondern derjenige, welcher den Titel zu beweisen hat, der Usukapient oder Publizianische Kläger.

Betrachten wir die für diesen Titel maassgebenden Quellenaussprüche, so enthalten sie in der That neben der Forderung einer wirklichen *hereditas* auch noch die weitere Forderung, dass der Erbe positiv und nachweislich geglaubt hat, sein Erblasser sei Eigenthümer der betreffenden Sache gewesen. *l. 3 D. 41, 5: Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere. Ex hereditate* ist die Sache nur dann, wenn der Erblasser Eigenthümer war; allerdings bestünde die Möglichkeit, dass mit dem *putare esse* auch nur ein *ignorare non esse* gemeint wäre, allein diese Möglichkeit muss Angesichts der beiden folgenden Stellen verschwinden. — *l. 44 D. 41, 3: Idem dicendum erit* (nämlich *cur non capiet usu?*), *et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem eam non levi praesumptione credat* d. h. wenn er guten Grund hat zu dem Glauben, die Sache sei als von seinem Vater käuflich erworben in der Erbschaft inbegriffen. Wäre bloss gefordert, der *heres* solle in *bona fide* sein d. h. nicht wissen, dass die Sache dem Vater nicht gehörte, so wäre zu beweisen, dass er diess doch wusste: es müssten gemäss den allgemeinen Beweisregeln Thatsachen gegeben sein, wonach ein normaler Mensch nicht anders konnte, wonach er glauben musste. (*scire debet: l. 7, 2 D. 41, 4*), die Sache sei eine fremde. Wenn aber einmal zugegeben wird, es seien Thatsachen vorhanden, aus wel-

chen man allenfalls schliessen mochte, die Sache gehöre zur Erbschaft, so ist ja jener Beweis von vorneherein zerstört: es ist dargethan, dass man doch anders konnte, als glauben, die Sache sei eine fremde. Als in *mala fide* befindlich kann unser Erbe also jedenfalls auch bei einer solchen *levis praesumptio* nicht angesehen werden; und doch genügt diese *levis praesumptio* ausdrücklich nicht zur Usukapion, sondern muss eine festere Begründung seines Glaubens nachgewiesen werden. Das ist nur erklärbar, wenn ein positiver Glaube an das Recht des Erblassers gefordert ist und bewiesen werden soll. Hiefür genügt nicht eine *levis praesumptio*, genügen nicht Thatssachen, welche möglicher Weise Jemanden auf den Gedanken bringen konnten, die Sache gehöre zur Erbschaft, sondern nur Thatssachen, von welchen man mit aller Bestimmtheit sagen kann, dass sie bei einem normalen Menschen jenen Glauben hervorbringen mussten. — *l. 5, 1 D. 41, 10: Sed et id, quod quis, quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio; quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstat; velut si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eum, cujus in locum hereditatis jure successi, emisse id falso existimem.* Hier ist geradezu ein *probabilis error*, ein erweislicher Irrthum verlangt. Nach seinem Verhältniss zur Aussenwelt bezeichnet, ist der Glaube des usukapirenden Erben, sein Erblasser habe die Sache käuflich erworben, ein Irrthum; dieser Irrthum also muss hier bewiesen werden, während es doch, wenn er nur um der *bona fides* willen gefordert wäre, genügen müsste, wenn nur der Gegner die Kenntniss von der wirklichen Sachlage nachzuweisen nicht im Stande ist.

Der Titel, welchen die Erbschaft mit dem Glauben, dass der Erblasser Eigenthümer gewesen sei, bildet, ist ein unbenannter Titel; es passt auf ihn keines unserer 6 Schemata, denn von jedem fehlt gerade das charakteristische Merkmal, sei es der *animus solvendi*, sei es ein wirklicher Kauf, eine wirkliche Schenkung u. s. w.

Wie der Eigenthumserwerbsakt des Erblassers für den Erben kraft des Erbgangs, so wird der von dem Haussohn oder Sklaven vorgenommene kraft der *patria* oder *dominica potestas*

wirksam für den Inhaber dieser Gewalt und es entstehen daraus ähnliche Verhältnisse, wie die bisher betrachteten. Allein nicht jeder Erwerb durch den Sklaven oder Haussohn gestattet diesen Vergleich. Das Charakteristische an jenen Fällen lag darin, dass zunächst und unmittelbar für ein anderes Vermögen der Erwerbsakt stattfindet, als das, für welches er schliesslich wirksam wird. Deshalb ist eine Aehnlichkeit nur da vorhanden, wo die erwerbende abhängige Person ein dem Gewalthaber gegenüber wenigstens scheinbar selbständiges Vermögen hat, auf das ihr Erwerb sich zunächst beziehen kann: es kommt nur in Frage der Erwerb, der für ein dem Sklaven oder Haussohn eingeräumtes *peculium* gemacht wird. Dem Herren gehören zwei getrennte Vermögens-einheiten an: ein unmittelbares, das er selbst verwaltet, und ein mittelbares, das *peculium*. Nach aussen erscheint als Beherrscher dieses letzteren Vermögenskreises zunächst nicht der *dominus*, sondern der Sklave; er vertritt und verwaltet ihn, als wäre er eine selbständige vermögensrechtliche Persönlichkeit; die Erwerbsakte, die er vornimmt, unterscheiden sich äusserlich in Nichts von denen, die ein freier Mann für sein eigenes Vermögen vollzieht. Allein diese Persönlichkeit ist nur eine scheinbare: keines der erworbenen Rechte bleibt an ihr haften, sondern sie gehen sofort durch sie hindurch auf den *dominus* über. Von selbst überträgt die *dominica potestas* den Erwerb des Sklaven auf den Herrn, es bedarf auch nicht einer entgegenkommenden Bewegung von dessen Seite, keiner Richtung seines Willens darauf, nicht einmal seines Bewusstseins (*ignoranti acquiritur*). Der Aufsaugungsprozess, der hier mit der scheinbaren Persönlichkeit des Pekulieninhabers vor sich geht, ist ein ähnlicher, wie der, den die *hereditas* gegenüber der erloschenen Persönlichkeit des Erblassers bewirkt; nur dass er sich bei der Letzteren nachträglich, bei jener aber gleichzeitig vollzieht, macht einen auch praktisch bedeutsamen Unterschied. — Es kommen hier folgende Fälle in Betracht:

I. Der Sklave oder Haussohn kann für sein *peculium* eine Sache *bona fide* und *justo titulo* erwerben, die gesetzliche Zeit hindurch besitzen und Eigenthum daran durch Usukapion begründen; Eigenthümer wird der Herr. Es ist gerade so, wie wenn der Erblasser eine Sache eressen hat und nun der Erbe dieses Resultat auf sich herüberzieht. Der Titel, der zu dieser Usukapion gehört,

begründet sich bei dem nachmaligen Erblasser ganz in der gewöhnlichen Weise; denn für jetzt ist der Erblasser noch eine wirkliche selbständige Persönlichkeit. Auch der Sklave erscheint als eine solche und ist deshalb der Titel ganz gerade so von ihm zu verlangen, wie wenn er es wirklich wäre, weil ja der Herr gar nichts dazu beiträgt und darum alles, was nicht beim Sklaven vorhanden ist, überhaupt nicht vorhanden ist. Beim Sklaven also müssen die nöthigen Erwerbshandlungen vorhanden sein nebst alle dem, was bei einem wirklich Freien zur gültigen Vornahme derselben gehört, auf ihn müssen sich die von Seite anderer Personen etwa zum Titel nöthigen Handlungen beziehen oder beziehen lassen (*donatio, derelictio*). Insbesondere muss auch bei ihm entstehen der Eigenthumswille und darum würde seine *mala fides* dieses Stück des Titels zerstören; er muss also in *bona fide* sein (*l. 2, 12 D. 41, 4*). Allein während der Titel des Erblassers den nachmaligen Erben gar nichts angeht, wirkt der des Sklaven sofort für den Herrn; nun braucht zwar der Herr dem Erwerbe durchaus in keiner Weise entgegenkommen, die *dominica potestas* überträgt ihn von selbst auf seine Person; aber diese Uebertragung muss möglich sein, der zu übertragende Erwerbsakt muss für ihn wirken können. Hierin liegt zweierlei:

1. Der *dominus* muss Erwerbsfähigkeit besitzen, wohl verstanden nicht die Fähigkeit, Erwerbshandlungen gültig vorzunehmen; es schadet nichts wenn er z. B. wahnsinnig ist (*l. 1, 5 D. 41, 2*), und hierin liegt gerade der beste Beweis, dass auch sein Eigenthumswille durch den des Sklaven ersetzt werden muss. Es kann damit vielmehr nur die ganz passive Zugänglichkeit für den Rechtserwerb gemeint sein. Diese ist im Allgemeinen schon in der Rechtsfähigkeit enthalten, die er als *dominus* schon so wie so hat. Wo es aber gegenüber einer besonderen Art von Erwerb auch einer besonderen Rechtsfähigkeit bedarf, werden wir auch diese vom *dominus* verlangen; er müsste z. B. *testamenti factio passiva* haben, um auf Grund eines dem Sklaven zugewendeten Legats zu ersitzen *l. 8 D. 41, 3: Sed eum, qui suo nomine nihil usucapere potest, ne per servum quidem posse Pedius scribit.*

2. Es dürfen nicht so besondere Umstände beim *dominus* vorhanden sein, dass der Erwerbsakt ungültig wäre, wenn er statt

beim Sklaven unmittelbar bei ihm stattgefunden hätte. Wenn der *dominus*, als der Titel entstand, wusste, dass der, von welchem der Sklave erwirbt, nicht Eigenthümer sei, so würde der Erwerbsakt, wenn er bei ihm stattgefunden hätte, in *mala fide* geschehen sein, und diese *mala fides* hätte den Eigenthumswillen des *dominus* und somit den ganzen Titel zerstört. Desshalb schadet seine *scientia* geradeso gut, wie die des Sklaven, auch wenn er von dem Erwerbsakt selbst nichts wusste. l. 43, 1 D. 41, 3: *Patrem usu non capturum quod filius emit, propter suam vel filii scientiam certum est.* l. 2, 13 D. 41, 4: *Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam alienam processuram usucapionem, Celsus ait, initium enim possessionis sine vitio fuisse; sed si eo ipso tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam usu me non capturum.* Das *initium possessionis* ist eben hier die Tradition, welche zugleich den Eigenthumserwerbsakt, den Titel vorstellt.

Wir können das Prinzip des eben besprochenen Titels dahin feststellen: es ist ein ganz gewöhnlicher Titel auf Seiten des Pekulieninhabers verlangt, nur muss dessen Erwerbsfähigkeit durch die des Gewalthabers ersetzt werden und darf auch dieser Letztere nicht in *mala fide* gewesen sein bei Entstehung des Titels, genauer gesprochen: zu der Zeit, wo beim Sklaven der Eigenthumswille entstand, darf auch der *dominus* nicht wissen, dass der, von welchem erworben werden soll, nicht Eigenthümer ist, Dispositionsfähigkeit nicht hat u. dergl. mehr.

II. Wie der Erbe vermöge des Instituts der *successio in usucapionem* den Usukapionsbesitz des Erblassers einfach fortsetzt, so kann auch der Herr die Usukapion, die er durch den Pekuliarbesitz des Sklaven begonnen, durch unmittelbar eigenen Besitz vollenden. Die Stelle der *hereditas* vertritt hier die *ademptio peculii*; der Wechsel des herrschenden Willens, der bei der *hereditas* eintritt, findet seine Analogie auch bei der *ademptio peculii*. So lange das *peculium* besteht, ist bei dem Herrn ein Eigenthumswille gegenüber den einzelnen dazu gehörigen Sachen nicht vorhanden, er hat sie in seinem Eigenthum dadurch, dass er den Sklaven rechtlich beherrscht, zu dessen *peculium* sie eben gehören, und

dass dieser Sklave wiederum den Eigenthumswillen auf diese Sachen richtet. Indem nun der Herr das *peculium* adimirt und die Sachen in eigene Verwaltung nimmt, fällt jenes Zwischenglied weg und es entsteht ein unmittelbarer Eigenthumswille des Herrn gegenüber allen einzelnen Pekuliarsachen. — Der Charakter, den das Verhältniss des Sklaven zur Sache hatte, ist aber ebenso gut auch zum Nachtheil des Herrn maassgebend für sein nunmehr begründetes unmittelbares Verhältniss dazu, analog der schädlichen *successio in usucapionem*. l. 2, 12 D. 41, 4: *et si servus mala fide possideat, eamque dominus nactus sit, ut suo nomine possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis et ideo usucapio non magis procedat.*

III. Unter den Sachen, die zum *peculium* des Sklaven gehören, kann sich auch eine solche vorfinden, die der Sklave nicht besass; der Herr aber, indem er nun das *peculium* an sich nimmt, ergreift auch von ihr Besitz. Eine *successio in usucapionem* findet hier nicht statt, es fragt sich also, ob hier nicht vielleicht Usucapionsbesitz in der Weise entsteht, wie bei dem Erben, der eine fremde Sache in der Erbschaft vorfindet. Zu einem vollkommenen Eigenthumserwerbsakt für das unmittelbare Vermögen des Herrn würde gehören: 1) dass der Sklave die Sache durch irgend einen Eigenthumserwerbsakt z. B. durch Kauf für sein *peculium* erworben habe. 2) dass der Herr dieses *peculium* adimirt. — Bei einem vollkommenen Erwerbsakt würde von diesem Augenblicke an gegenüber allen zum *peculium* gehörigen Sachen der unmittelbare Eigenthumswille, der die Sache erst zu einem Bestandtheil des unmittelbaren Vermögens macht, fingirt. Wo aber die Sache nicht wirklich zum *peculium* gehörte, muss das Vorhandensein dieses Willens bewiesen werden und dieser Beweis liegt darin, dass der Herr bei der *ademptio peculii* geglaubt hat, der Sklave habe die Sache für das *peculium* zu Eigenthum erworben. Der ganze Erwerbsakt des Sklaven, als ausserhalb der Person des erwerbenden *dominus* liegend, fällt beim Titel weg und hat derselbe demnach zu positiven Bestandtheilen nur die *ademptio peculii* von Seiten des wirklichen *dominus servi* mit dem Glauben desselben, dass der Sklave Eigenthum erworben hatte. — l. 5, 1 D. 41, 10, die wir oben citirten, erkennt in der That einen solchen Titel an und stellt ihn überdiess ausdrücklich dem auf

hereditas mit dem Glauben, der Erblasser sei Eigenthümer gewesen, beruhenden Titel gleich; auch dieser Titel ist ein unbenannter, während auf die sub I. und II betrachteten, je nach dem, das Schema eines benannten Titels passen mag oder nicht.

Die Quellen, insbesondere in *l. 2, 11—13 D. 41, 4*, heben mehrfach den Unterschied hervor, ob der Sklave *peculiari nomine* oder *nomine domini* erworben habe. In materieller Beziehung läuft beides auf dasselbe hinaus; immer erwirbt der Herr; nur die Form der Erwerbshandlung des Sklaven ist verschieden, indem er sich das eine Mal, wenigstens dem Anschein nach, wie eine selbständige vermögensrechtliche Persönlichkeit gerirt, das andere Mal aber offen auftritt als das, was er ist, als das Werkzeug des *dominus*, das keinen eigenen Zweck hat. Es fragt sich: wann ist für's *peculium* erworben, wann nicht? Nach *l. 24 D. 41, 2* wäre die Präsumtion für das Erstere. Ein rechtswidriger Erwerb des Sklaven wirkt schon ohnehin nicht für den Herrn; dagegen *quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est*. Damit also nicht für's *peculium* erworben werde, bedarf es besonderer Umstände, aus welchen hervorgeht, dass der Sklave ohne alles eigene Interesse lediglich unmittelbar für den Herrn (*nomine domini*) erwerben wolle. Insbesondere wird das anzunehmen sein, wenn er auf einen ausdrücklichen Befehl des Herrn hin handelt. Wie beim Pekuliarerwerb einem selbständigen Haushalter, so ähnelt hier der Sklave einem freiwilligen Stellvertreter, *procurator*. Der *procurator* hat die Eigenschaft eines Stellvertreters überhaupt erst vermöge des Auftrags, den ihm der Prinzipal ertheilte; der Sklave ist schon wegen der *dominica potestas* nothwendiger Stellvertreter, aber damit kein Pekuliarerwerb angenommen werde, sondern eine eigentliche Stellvertretung, ist auch hier meist eine dem Auftrag ähnliche Handlung des *dominus* erforderlich, nämlich der Befehl, der ja ein *mandatum* begründete, wenn der, dem befohlen wird, eine freie Person und kein Sklave wäre. Auch ein fremder Sklave kann für mich erwerben, sofern er nur nicht von einem Anderen besessen wird aber auch bei diesem wird die Stellvertretung nicht durch ein persönliches Verhältniss begründet; es bedarf wie beim *procurator* einer Willenseinigung zwischen mir und dem fremden

Sklaven, wonach er eben *meo nomine* erwerben soll. Hieraus rechtfertigt es sich, wenn die Quellen diese drei Fälle, — den Erwerb durch den *procurator*, den durch den fremden Sklaven und den nicht für das *peculium* geschehenden Erwerb des eigenen Sklaven oder Haussohns, — dem Pekuliarerwerb gegenüberstellen und gleichmässig behandeln (*l. 34, 1 u. 2 D. 41, 2*); wir wollen sie kurz mit dem Namen Stellvertretung zusammenfassen.

Fragen wir zunächst nach dem Erwerb von Besitz und Eigenthum, so wird als unterscheidendes Merkmal des Pekuliarerwerbs hervorgehoben, dass der *dominus — ignorans* erwirbt (*l. 1, 5; l. 3, 12; l. 44, 1 D. 41, 2*). Selbstverständlich ist das bei der Stellvertretung nicht der Fall: es liegt ja im Wesen der Stellvertretung, dass der Vertretene mit Auftrag oder Befehl am Erwerbe theilhaftig ist, er muss also von dem Erwerbe wissen. Mit dem Befehl oder Auftrag ist aber auch seine Theilhaftigkeit zu Ende; der wirkliche Vollzug des Erwerbs bedarf seiner Kenntniss nicht, und insofern wird auch bei der Stellvertretung *ignoranti* erworben. Davon, dass dieses Bewusstsein des vollzogenen Erwerbs für die Wirksamkeit desselben auch bei der Stellvertretung nicht nöthig ist, sprechen: *l. 13, p. D. 41, 1; l. 34, 1 u. 2; l. 42, 1 D. 41, 2; §. 5 J. II, 9*. — Soll aber ein Erwerbsakt vorhanden sein, der Usukapionsbesitz begründet, so ist auch dieses Bewusstsein des vollzogenen Erwerbsaktes bei dem Vertretenen erforderlich, und bildet sonach dieser Fall einerseits einen doppelt scharfen Gegensatz zu dem Pekuliarerwerb, der auch für den Usukapionsbesitz gar keine Kenntniss des *dominus* verlangt *l. 2, 11 D. 41, 4: Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine adipiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere; quodsi non peculiari nomine, non nisi scientem me. l. 47 D. 41, 3: Si entam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, non usucapiam, quia ut ignorantem usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est*. Andererseits bildet er aber auch einen Gegensatz zu dem gleichfalls durch Stellvertreter vollzogenen Erwerb von Besitz und Eigenthum, wo wenigstens das Bewusstsein des vollzogenen Erwerbes beim Vertreter nicht nöthig ist. *l. 49, 2 D. 41, 2: Etsi possessio per procuratorem ignorantem quaeritur, usucapio vero scienti competit. l. 1 C. 7, 32: Per liberam per-*

sonam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris pridem receptum est.

Der Grund dieser Besonderheit des Usukapionsbesitzes liegt im Wesen des Titels und der Stellvertretung. Der Stellvertreter dient dem Willen des Vertretenen als Werkzeug, vermittelt dessen er sich äussert. Der *dominus negotii* bleibt das wahre Centrum des Erwerbsaktes und von seinem Standpunkt aus ist er zu betrachten. Beim Erbgang und Pekuliarerwerb wird einfach der ganze fremde Erwerbsakt auf die Person des Erben oder Herrn herübergezogen. Hier aber nimmt der *dominus* selbst die Erwerbshandlung vor, nur thut er das in besonderer Weise: statt wie beim gewöhnlichen Erwerbsakt unmittelbar auf die Aussenwelt entsprechend einzuwirken, wirkt er zunächst auf den Willen eines Anderen und erst dieser wirkt wieder auf die Aussenwelt, um den Erwerb hervorzubringen. Die Handlung des *dominus* hat deshalb nicht die Form einer Erwerbshandlung, sondern erst die dadurch hervorbrachte Handlung des Stellvertreters muss sie annehmen, weil sie der Aussenwelt gegenüber als eine Erwerbshandlung erscheinen und wirken soll. In seiner konkreten Erscheinung ist der Erwerbsakt verschiedenartig, der Stellvertreter kann nicht eine Erwerbshandlung in *abstracto* vornehmen, sondern immer nur eine solche von bestimmter Art (Okkupation, Tradition in Folge von Kauf, Tausch u. s. w.). Da nun seine Erwerbshandlung das Produkt der Einwirkung des *dominus* auf seinen Willen sein soll, so muss je nach der besonderen Art dieser Erwerbshandlung auch die entsprechende Einwirkung des *dominus*, welche sie hervorbringt, eine verschiedene sein. Ihrer allgemeinen Natur nach sind beide Handlungen Veranlassung zu erwerben einerseits und Erwerbshandlung andererseits; in ihrer konkreten Erscheinung aber entweder Auftrag zu kaufen und Vornahme des Kaufgeschäftes, oder Auftrag zu okkupiren und Vornahme der Okkupation, u. s. w. Im Auftrag oder Befehl ist dem inneren Wesen nach die ganze Erwerbshandlung individuell bestimmt schon enthalten; der Stellvertreter thut nichts anderes, als er trägt sie über an einen andern Raum, auf eine andere Zeit; und nur diese Realisirung leiht der Stellvertreter dem Vertretenen, ein anderes Stück des Erwerbsaktes kann und soll er nicht ersetzen, weder

beim vollkommenen Eigenthumserwerbsakt, noch beim unvollkommenen, beim Titel. Insbesondere ist zu bemerken:

1. Kein Theil jener äusserlichen Realisirungshandlung und nicht zu ersetzen durch die Thätigkeit des Stellvertreters ist der Wille Eigenthum zu haben, der nach natürlichen Grundsätzen bei jeder Art von Eigenthumserwerbsakt vom Erwerber verlangt werden muss. Nur tritt beim vollkommenen Eigenthumserwerb durch Stellvertreter wieder die bekannte Fiktion in Kraft: im Augenblicke, wo der Stellvertreter die Erwerbshandlung vollzogen, sind die positivrechtlichen Voraussetzungen des Erwerbs gegeben und muss dann auch jener Wille für vorhanden angesehen werden. Beim Titel aber kann diess erst dann geschehen, wenn der Vollzug der Erwerbshandlung dem Vertreter zum Bewusstsein kommt, und darum muss für die Gültigkeit des Titels noch besonders verlangt werden, dass bei dem *dominus* das Bewusstsein eines durch den Stellvertreter vollzogenen Erwerbsaktes entstehe.

2. Die Realisirungshandlung des Stellvertreters als zu einer fremden Person gehörig darf beim *titulus* fehlen. Allein zu derselben gehören nicht und fallen desshalb nicht mit ihr beim Titel hinweg Handlungen des bisherigen Eigenthümers, die etwa zum Titel gefordert sein mögen. So z. B. beim *titulus pro donato* oder *pro derelicto* ist, wie bei unmittelbarem Erwerb, die Aeusserung des *animus donandi* oder die Dereliktionshandlung nothwendig, und so wenig wie beim gewöhnlichen Titel, vermag derjenige, der nur irrthümlich glaubt, es sei ihm geschenkt, es sei derelinquirt worden, bei Vornahme des Traditions- oder Okkupationsgeschäftes durch einen Stellvertreter einen richtigen und genügenden Titel aufzuweisen. — Dass zum Titel eine wirkliche Schenkung, eine wirkliche Dereliktion und ein wirklicher Kauf gehöre und dass die irrthümliche Annahme nicht genüge, erscheint sonst in den Quellen als eine zusammengehörige Regel. Desshalb verdient hier besonders hervorgehoben zu werden, dass es mit dem Kauf beim Titel mit Stellvertretung anders sein muss, als wie mit der Schenkung und der Dereliktion. Die beiden letzteren werden von jener Besonderheit des Titels nicht berührt, weil die Stellvertretung nur auf diejenigen Stücke des Titels Einfluss thut, die Handlungen des Erwerbers sind. Gerade eine solche ist aber auch der zum *titulus pro emptore* geforderte Kaufvertrag. Dass auch die von Seiten des

Verkäufers hiezu nothwendigen Handlungen stattgefunden haben, ist nicht verlangt; also kann alles, was vom Kaufvertrag zum Titel gehört, durch einen Stellvertreter des Erwerbers vorgenommen werden und muss in diesem Falle statt der wirklichen Kaufshandlung die auf Hervorbringung derselben gerichtete Handlung des Vertretenen, der Auftrag zu kaufen, genügen. Wenn der Beauftragte nun doch nicht kauft, sondern die Sache auf andere Weise sich verschafft und dem Auftraggeber übergibt, als habe er sie gekauft, so wird derselbe wohl glauben, es liege ein Kauf vor, während thatsächlich ein solcher nicht vorhanden ist; und doch wird *pro emptore* usukapirt. *l. 11 D. 41, 4: Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum est, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.* Der Sklave, der dem *procurator* gleichgestellt ist, hat offenbar *non peculiari nomine*, sondern direkt für den Herrn erwerben sollen. Daher auch diesem tradirt wird und das *cui emendam rem mandasset* auch auf den *nōmine domini* handelnden Sklaven, nicht bloss auf den eigentlichen *mandatarius*, den *procurator* sich bezieht.

Der Umstand, dass der entsprechende vollkommene Erwerbsakt ein Erwerb durch Stellvertreter gewesen wäre, verändert so nach den Titel in folgender Beziehung:

1. Anstatt der wirklichen Erwerbshandlung ist beim Usukapienten gefordert der Auftrag sie vorzunehmen; der wirkliche Vollzug als in der Person des Stellvertreters liegend fällt hinweg.

2. Der Usukapient muss das Bewusstsein des vollzogenen Erwerbes gehabt haben, damit bei ihm der Eigenthums-wille für vorhanden angenommen werde. Dieses Bewusstsein hat er nach den allgemeinen Regeln zu beweisen und der Zeitpunkt, wo es eintritt, ist der für die Frage nach der *mala fides* entscheidende.

Der Auftrag zur Erwerbshandlung ersetzt aber vollständig die eigne Vornahme; desshalb ist ein solcher Titel nicht nothwendig ein unbenannter, sondern, wie *l. 11 D. cit.* beweist, kann

er auch ein benannter sein, wenn es nur der entsprechende gewöhnliche Titel gewesen wäre.

Die besondere Gestalt, welche der Titel bei Erbgang, Stellvertretung und Pekuliarerwerb haben muss, gab wohl hauptsächlich Anlass zu einer grundfalschen Theorie, die wir darum in diesem Zusammenhang erwähnen wollen: es ist die Lehre vom *titulus putativus*.

Der Titel ist seiner Natur nach etwas Objektives, nur als objektiv vorhandener Titel, *verus titulus*, ist er ein Titel; ein vermeintlicher Titel *titulus putativus* ist deshalb nicht etwa eine andere Art von Titel, sondern gar keiner, ganz ebenso wie eine ihrer Natur nach subjektive Thatsache nicht vorhanden ist, wenn sie innerlich nicht existirt, mag sie auch äusserlich vorhanden scheinen: geheuchelte *bona fides* ist keine *bona fides*. Einen Titel als selbständiges Erforderniss der Usukapion aufstellen und diesem Erforderniss nachher im einzelnen Falle auch durch den Schein eines Titels, der kein Titel ist, genügen lassen, ist vollkommen widersinnig. Ganz mit Recht folgert Windscheid, Lehrb. §. 179 Anm., aus dieser Anerkennung eines *titulus putativus*, dass auch die Bedeutung des Titels selbst keine andere sei, als eben die, das Bewusstsein eines Erwerbsaktes hervorzubringen. Wir kommen niemals aus der falschen Theorie, welche in der *bona fides* das Wesentliche, im Titel nur die dienende Nebensache sieht, völlig heraus, wenn wir nicht zuerst den *titulus putativus* über Bord werfen.

Welche Stellung unsere Quellen einem Ding gegenüber, wie der *titulus putativus* wäre, grundsätzlich einnehmen, darüber gestatten sie auch nicht den leisesten Zweifel. Der Ausdruck *verus titulus* wird von ihnen öfters gebraucht (*l. 4 C. 7, 29; l. 5 C. 7, 33; l. 22 C. 3, 36*); von einem *titulus putativus* dagegen ist bei ihnen nirgends die Rede. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass ein *titulus putativus* nicht möglich wäre, d. h. dass es nicht vorkommen könnte, dass Jemand irrthümlich meint, ein Titel sei vorhanden, obwohl derselbe objektiv nicht existirt; allein man sollte doch daraus schliessen, dass es einen *titulus putativus* wenigstens für den Juristen nicht gibt, d. h. dass eine solche Meinung recht-

lich irrelevant ist. Und diese Vermuthung wird zur Gewissheit gesteigert, wenn man die Ausdrucksweise der oben citirten Stellen betrachtet, wonach die Eigenschaft *verus* zu sein, nicht als eine Besonderheit des Titels erscheint, die er im einen Falle haben mag, im anderen nicht, sondern schlechthin nur ein *verus titulus* für einen genügenden Titel erklärt wird; *justus titulus* für die Usukapion sein und *verus titulus* sein ist diesen Stellen etwas Gleichbedeutendes. Ueberdiess aber stehen daneben ergänzend wieder andere Stellen wie *l. 27 D. 41, 3* und *§. 11 J. II, 6*, die es mit Entschiedenheit aussprechen, dass, wenn die Erfordernisse des Titels objektiv nicht vorhanden sind, auch das irrthümliche Bewusstsein desselben, also was ein *titulus putativus* besagt, nichts helfen kann.

Dem gegenüber ist es schwer, noch an einem *titulus putativus*, der statt des *verus* auch zur Usukapion genügen soll, festzuhalten. Man hat versucht, die obigen Aussprüche als Ausflüsse der speziellen Ansicht einzelner Juristen und einzelner Kaiser hinzustellen, welchen andere weniger strenge Auffassungen gegenüber ständen (*Fitting l. c.*); noch häufiger will man jene Aussprüche gezwungener Weise dahin interpretiren, dass sie nicht eine absolute Regel enthielten, sondern das Regelmässige, das, was meist der Fall sein wird, konstatiren sollten, wonach also der *titulus putativus* wenigstens als Ausnahme zulässig wäre. Allein das eine von diesen Auskunftsmitteln ist so haltlos wie das Andere. Wir haben von keinem einzigen römischen Juristen eine direkte Erklärung, dass nach seiner Ansicht der Titel nicht unbedingt *verus* sein müsse; kein einziger lässt uns vermuthen, dass er für den Titel, den er verlangt, die Eigenschaft der *veritas* nicht beanspruchen wolle, dass er in bewusster Opposition zu der deutlich genug ausgesprochenen gegentheiligen Meinung sich befinde. Vielmehr ist es, wo etwas wie eine solche Opposition auftritt, durchaus nicht ersichtlich, ob nicht der Streit sich lediglich um die Erfordernisse eines *titulus verus* dreht, so dass also der betreffende Jurist recht gut anerkennen könnte, der *titulus* muss *verus* sein, und nur vielleicht zu diesem *titulus verus* etwas weniger verlangte, als ein anderer. — Ebenso wenig ist eine Stelle aufzuweisen, welche ausdrücklich einen Ausnahmefall von jener Regel konstatirte, oder aus welcher auch nur das Bewusstsein spräche, einen solchen Ausnahmefall vorzutragen. v. Scheurl, *l. c.* S. 78 u. 79 weiss sich nur auf *l. 11*

D. 41, 4 zu berufen; allerdings gesteht hier Africanus zu, dass er einen Ausnahmefall bringe. Allein diese Ausnahme ist ja nicht gegen die Regel gerichtet, dass es eines *verus titulus* bedarf, sondern ausdrücklich gegen die Regel, welche l. 2 p. D. eod. u. a. aufstellen: dass der einen Theil des *titulus pro emptore* bildende Kaufvertrag objektiv bestanden haben müsse, damit der Titel gültig sei. Sonach ist der wahre Inhalt der Ausnahme der, dass hier ein gültiger *verus titulus pro emptore* vorliegt, ohne dass der sonst dazu gehörige Kauf wirklich stattgefunden hätte.

Die Annahme einer Meinungsdivergenz der römischen Juristen über diesen Punkt und ebenso die Annahme, dass die Forderung eines *titulus verus* Ausnahmen zulasse, beruht demnach nicht auf wirklich geäußerten Meinungen solcher Juristen, oder auf der erkennbar beabsichtigten Statuirung einer solchen Ausnahme, sondern lediglich auf Schlussfolgerung: aus der Art, wie einzelne praktische Fälle entschieden werden, glaubt man folgern zu dürfen, dass der betreffende römische Jurist einer solchen oppositionellen Meinung gewesen sein musste, oder dass er eine Ausnahme von der Nothwendigkeit der *veritas tituli* hier statuiren wollte. Nichts ist aber unberechtigter als diese Schlussfolgerungen, wenn auch die Art, wie man darauf kommen musste, klar zu Tage liegt. Unsere Jurisprudenz ist fast einstimmig der Ueberzeugung, dass in einer Anzahl von Stellen des *Corpus juris* eine Ersitzung zugelassen wird, obwohl die Erfordernisse, welche zu einem *justus titulus usucapionis* gehören, thatsächlich nicht oder nicht vollständig vorhanden sind. Was helfen da freilich alle theoretischen Versicherungen wegen der unbedingten Nothwendigkeit eines *titulus verus*, wenn die Regel in der Praxis sich doch nicht gleichmässig durchgeführt erweist? In jenen Fällen ist der Titel offenbar objektiv nicht vorhanden, ein *titulus verus* fehlt; aber ohne Titel soll doch einmal eine Usukapion nicht möglich sein, also muss es ausser dem wirklichen Titel noch einen anderen geben, der unter Umständen auch genügt und der dann im Gegensatz zu jenem als *titulus putativus* zu bezeichnen ist. Allein die Voraussetzung dieser ganzen Theorie ist irrig: es gibt in der That in den Quellen keinen einzigen Fall, wo eine ordentliche Ersitzung zugelassen würde, ohne dass die sämmtlichen Erfordernisse eines *justus titulus* wirklich d. h. objektiv vorhanden wären. Wir haben im Verlaufe unserer Darstellung die objektive

wirkliche Existenz der nothwendigen Bestandtheile des Titels in einer grossen Zahl von Stellen nachgewiesen und darunter befinden sich gerade diejenigen, auf welche die Lehre vom *titulus putativus* sich vor allem beruft, nämlich: *l. 11 D. 41, 4*; *l. 3 D. 41, 5*; *l. 5, 1 D. 41, 10*; *l. 44, 4 D. 41, 3*. (Puchta Lehrb. §. 157 k., Arndts Lehrb. §. 159, b, v. Vangerow Lehrb. §. 319, Unterholzner l. c. §. 103, v. Scheurl l. c. S. 75 — 79). Wenn dennoch Andere den Titel darin nicht vollständig gegeben finden, so ist das nur ein Beweis, dass sie eben von einem falschen Begriffe des Titels ausgehen. Wenn man unter dem Namen *justus titulus usucapionis* etwas anderes sucht, als die Quellen bieten wollen, dann kann es allerdings nicht klappen.

Sehen wir nur einmal einige dieser Verwechslungen! Man hat sich daran gewöhnt, dass gewisse Stücke des Eigenthumserwerbsaktes nothwendig sind zur Ersitzung; so z. B. gehört zur *usucapio pro emptore* regelmässig ein Kaufvertrag. Nun findet man einen Fall, wo *pro emptore* ersessen wird, ohne dass der Kauf wirklich stattfand; es ist der in *l. 11 D. 41, 4*. Freilich walten hier besondere Umstände; es soll durch einen Stellvertreter gekauft werden und der hiezu nöthige Auftrag ist wirklich ertheilt, auch die Sache nachher dem Auftraggeber übergeben worden. Statt jetzt, wie man sollte, zu folgern: ein Titel, d. h. ein wirklicher Titel muss vorhanden sein, sonst würde nicht usukapirt; ein Kauf liegt hier nicht vor, dagegen eine andere Thatsache, nämlich das *mandatum ad emendum*, also besteht hier der Titel nicht in dem, was fehlt, im Kaufe, sondern in dem, was statt dessen wirklich vorhanden ist, im Auftrage dazu, — anstatt so zu folgern, tritt man mit einer vorgefassten Meinung heran, sucht gleich wieder nach den Thatsachen, in denen man einmal gewohnt ist, den Titel erscheinen zu sehen, und weil diese fehlen, sagt man der Titel fehlt und ist bloss putativ. Und der hat doch hier eine so reale Existenz wie irgendwo! — Eine ähnliche Missdeutung ist auch dem auf Erbgang und Pekuliarerwerb beruhenden Titel widerfahren. Um *pro emptore* zu ersitzen, muss man wirklich gekauft haben; in *l. 5, 1 D. 41, 10* ersitzt aber der Erbe, — zwar nicht *pro emptore*, — aber er ersitzt, indem er lediglich glaubt, sein Erblasser habe gekauft. Die objektive Thatsache des Kaufes fehlt, also fehlt der objektive Titel und tritt an seine Stelle ein putativer, — das ist der rasche Schluss. Un-

beachtet bleibt, dass hier doch nicht gar nichts von objektiven Bestandtheilen eines Eigenthumsüberganges vorhanden ist; ausser jenem nachweisbaren Glauben liegt auch noch eine vollständige *hereditas* vor; also macht wohl das den Titel aus, oder soll es ganz umsonst gefordert sein?

In den eben besprochenen Fällen hat man offenbar den Titel selbst identifizirt mit den Thatsachen, aus welchen er am häufigsten besteht. Man geht aber noch weiter: als Beispiel des *titulus putativus* führen Arndts und Puchta *l. c.* auch *l. 9 D. 41, 8 an.* Was ist denn hier putativ? Ein *legatum non jure factum* oder *ademptum* ist allerdings ein ungültiges Legat, und wenn der Usukapient glaubt, dadurch Eigenthum erworben zu haben, so ist das ein irriger Glaube und der Eigenthumserwerb lediglich putativ. Ist aber deswegen auch der Titel putativ? Ein *legatum per vindicationem*, um welches es sich hier handelt, ist ebenso nichtig, wenn beim Errichtungakte selbst ein Mangel obwaltet (*non jure factum*), als wenn die Form in Ordnung war, aber eine fremde Sache legirt ist. Auch dem Legat einer fremden Sache wird, wie hier dem unförmlichen, in *l. 4 D. eod.* das *legatum ademptum* gleichgestellt; der Schluss ist berechtigt, dass sie auch unter sich gleichstehen. Wären aber diese drei Fälle *tituli putativi*, so fragt sich was bliebe denn dann für den *titulus verus* noch übrig? Irgend einen Mangel muss doch auch dieser haben, sei es im Recht des Legirenden, oder im Errichtungsakt; oder wegen nachmaligen Widerrufs, sonst wäre er ja kein Titel mehr, sondern ein vollkommener Eigenthumserwerbsakt. Wenn es also überhaupt einen *titulus verus pro legato* gibt, so muss, was dazu gehört, in all diesen drei Fällen enthalten sein, und das ist eben, wie wir gesehen haben, die Handlung des Legirens, welche in allen drei Fällen aus irgend einem Grunde kein gültiges Legat ist, Eigenthum nicht überträgt. Der Titel ist also auch in *l. 9 cit.* wirklich vorhanden, putativ ist nichts als der Eigenthumserwerbsakt, und von einem *titulus putativus* kann man hier nur sprechen, wenn man eben den Titel mit dem Eigenthumserwerbsakt verwechselt.

Als ein Beispiel, wie man von einer falschen Begriffsbestimmung des Titels aus auf einen *titulus putativus* kommt, wollen wir nur noch Fitting's öfter citirte Abhandlung nennen. Der Titel sollte hienach ein Rechtfertigungsgrund des Eigenthumserwer-

Mayer, *justa causa.*

bes sein in dem Sinne, dass sich in ihm die tadellose »wirtschaftliche Seite« eines Eigenthumserwerbsaktes darstellt. Dass aber diess der Titel nicht in vollem Maasse prärendiren kann, ergibt sich sofort aus der Thatsache, die auch Fitting zugesteht, dass der, von welchem erworben wird nicht der Eigenthümer sein braucht. Man wird Fitting nicht beipflichten können, dass diess lediglich ein Mangel der juristischen Seite des Geschäftes sei; es wird vielmehr auch die wirtschaftliche Seite davon alterirt, wenn man dieselbe überhaupt von jener in so bestimmter Weise trennen will. Bei der Schenkung z. B. liegt das wirtschaftlich rechtfertigende Element doch nicht darin, dass irgend Jemand den *animus donandi* äussert, sondern allein darin, dass es eben der Eigenthümer ist, welcher die Sache ohne Entgelt hingeben will; ebenso besteht die wirtschaftliche Vollkommenheit eines Kaufgeschäftes nicht darin, dass der Käufer für die Sache, welche er zu Eigenthum erwirbt, irgend einer beliebigen Person das entsprechende *pretium* zuwendet, sondern der verlierende Eigenthümer soll es als seine Entschädigung erhalten. Kurz etwas wirtschaftlich Vollkommenes zu repräsentiren, darauf kann der Titel von vorneherein keinen Anspruch machen. — Wenn man nun mit einem solchen falschen Massstab an die Prüfung der Quellensprüche geht, so können auch noch weitere Differenzen ausser jener unbeachteten nicht ausbleiben. Zur wirtschaftlichen Vollkommenheit eines Kaufgeschäftes gehört auch, dass der Verkäufer kein Wahnsinniger, sondern bei gesundem Geiste war; es finden sich aber Stellen, wonach auch der Kauf von einem Wahnsinnigen zum Titel genügt. Ebenso wird in anderen Stellen ein Titel anerkannt, wenn zum Zweck der Zahlung tradirt wurde und die zu tilgende Obligation gar nicht wirklich bestand, was doch für die wirtschaftliche Seite des Geschäftes ein sehr wesentliches Erforderniss wäre. Wir wären geneigt daraus zu schliessen, dass der von Fitting aufgestellte Begriff des Titels irrig ist, weil es sich eben zeigt, dass er nicht überall passt. Anders Fitting in N. 23 u. N. 28 der citirten Abhandlung: er bleibt darauf stehen, dass nur der seiner Begriffsbestimmung entsprechende Titel der wahre Titel ist, was einzelne römische Juristen etwa sonst noch als Titel zulassen, das kann nur ein uneigentlicher Titel, ein *titulus putativus* sein.

Hier zeigt sich recht auffallend, wie der *titulus putativus* bestimmt ist, die Lücken auszufüllen, welche zwischen den modernen Theorien und den Resultaten der Quellenaussprüche sich öffnen. Es scheint mir gerade der beste Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung, dass sie eines solchen nicht bedarf.

§. 8. Pro herede und pro suo.

I. pro herede. Tit. D. 41, 5.

Gaius berichtet in seinem zweiten Buche §. 52 ff. über eine Eigenthumsersetzung, welcher *mala fides* nichts schadet, welche folglich auch einen Titel nicht voraussetzen kann, da ein solcher ja eben durch *mala fides* zerstört würde; es ist die sog. *usucapio pro herede*. Der Besitz einer usukapionsfähigen Sache führt hienach durch Zeitablauf zu Eigenthum, sofern die Sache eine *res hereditaria* ist, *cujus possessionem heres nondum nactus est*. Von einer *Publiciana* des *pro herede usucapiens* kann aber selbstverständlich keine Rede sein, denn in diesen Voraussetzungen ist nicht die Spur eines Eigenthumserwerbsaktes enthalten; sie begründen nur ein rein thatsächliches Verhältniss: durch den Tod des bisherigen Eigenthümers ist eine Lücke entstanden, welche der Erbe thatsächlich noch nicht ausgefüllt hat und die jetzt der Besitz des Usukapienten ausfüllt, und zwar mit bewusster Willensrichtung ausfüllt. Denn ein bloss äusserliches Zusammentreffen des Besitzes mit jenen Umständen würde offenbar nicht genügen, um denselben als *possessio pro herede* zu charakterisiren; es besteht durchaus keine äusserliche Beziehung und kein nothwendiger Zusammenhang zwischen beiden Thatsachen. Erst der Wille des Besitzers, mit seinem Besitze an die leere Stelle des Verstorbenen zu treten, wie es eigentlich dem Erben zukäme, stellt einen Zusammenhang her, und macht diesen Besitz zur *possessio pro herede*. Wir werden also diese besondere Willensrichtung für ein wesentliches Erforderniss der *possessio pro herede* ansehen müssen; praktisch ist diese Forderung nur deshalb nicht von grosser Bedeutung, weil es ja in der Willkür des Besitzers liegt, ihr zu genügen.

Der ganz abnorme Charakter dieser Usukapion hängt zusammen mit ihrem besonderen historischen Ursprung, auf welchen denn auch Gaius zur Erklärung einer ihrer Eigenthümlichkeiten, — dass nämlich auch unbewegliche Sachen *pro herede* in nur einem

Jahre ersessen wurden, — ausdrücklich in §. 54 hinweist: *illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi videbantur*. Die *usucapio pro herede* des älteren Rechtes war sonach gar kein sachenrechtliches Institut, sondern ein erbrechtliches: wer durch eine *possessio pro herede* thatsächlich an die Stelle des Verstorbenen trat, ward durch Zeitablauf wirklicher *heres*, vorausgesetzt natürlich, dass er die Fähigkeit besass, Erbe zu sein. Von hieher müssen alle jene Eigenthümlichkeiten stammen, welche dem Institute auch in seiner späteren Gestalt noch ankleben, vor allem die, welche uns besonders interessant ist: dass es weder eines Titels noch der *bona fides* bedarf. Denn so gut wie die *annua usucapio remansit*, so gut muss auch der Mangel von *bona fides* und *titulus* schon aus jenem früheren Zustande mit herübergekommen sein; es wird Niemand annehmen wollen, die alte *usucapio* der *ipsa hereditas* habe beides verlangt, um nachher, als sie zur *usucapio* der *res hereditaria* ward, diese Forderung wieder aufzugeben. Der Grund ihrer Eigenthümlichkeiten ist also bei jener früheren Gestaltung zu suchen, von hier aus ist der Mangel dem Institute auch bei seiner nachmaligen Umbildung einfach verblieben; zu verwerfen ist jede Erklärung, welche nicht auf die *usucapio* der *hereditas ipsa* passt. Diess trifft auch v. Stintzing's scharfsinnige Ausführung *l. c.* §. 7, denn dieselbe geht von der prinzipiellen Anwendbarkeit des Verbots der Ersitzung einer *res furtiva* aus; dieses Verbot kann aber nicht verhindern, dass durch den Besitz der Sache etwas Anderes, nämlich die Erbenqualität usucapirt werde; zuletzt wird dadurch freilich auch die Sache erworben, aber nicht (unzulässiger Weise) durch Ersitzung, sondern kraft Erbrechts. Jenes Verbot kommt daher von vorneherein hier nicht in Frage. Ueberdiess würde dasselbe nur den Mangel der *bona fides* bei der Besitzergreifung, nicht auch den des Titels erklärlich machen können.

Für uns ergibt sich aus den allgemeinen Prinzipien folgende Erklärung: der Erwerb der Erbenqualität ist überhaupt keine Thatsache des vermögensrechtlichen Verkehrs; es treten dadurch nicht zwei Vermögenskreise in Wechselwirkung und gegenseitiges Verhältniss, sondern sie verlieren vielmehr die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses, indem sie ihre gegenseitige Selbständigkeit aufgeben und zu einem einzigen Vermögen verschmolzen werden. Aehnliche

Erscheinungen bietet die *arrogatio* und die Begründung der *manus*. Deshalb können Grundsätze, welche die gegenseitigen Beziehungen der Vermögenskreise regeln wollen, welche die Möglichkeit eines gegenseitigen Verhältnisses voraussetzen, auf Thatsachen wie die eben bezeichneten keine Anwendung finden. Solche Grundsätze lediglich für den vermögensrechtlichen Verkehr gibt aber unser vielgenanntes Prinzip der *aequitas* und darum kann vor seinen Richterstuhl der Erwerb der Erbenqualität so wenig gestellt werden, wie der der *manus* oder *patria potestas*. Dieser Erwerb liegt ausserhalb des Gebiets der *aequitas*, er kann ihr gar nicht widersprechen und kommt niemals in die Lage, einer Thatsache zu bedürfen, die ihn vor der *aequitas* rechtfertigte: einer *justa causa*. — *Manus* und Erbenqualität können insbesondere auch durch Zeitablauf erworben werden; der Erwerb von körperlichen Sachen durch Zeitablauf bedarf einer *justa causa*, die hier in dem von *bona fides* begleiteten Titel besteht. Der Erwerb von *manus* und Erbenqualität dagegen bedarf einer solchen in dieser Form so wenig, als er in irgend einer anderen von den Forderungen der *aequitas* berührt wird; deshalb sind die Entstehung der *manus* durch *usus* und die *usucapio pro herede* Ersitzungen ohne *justus titulus* und *bona fides* geblieben, wenn sie auch in die Zeit des *jus gentium* und der *aequitas* hereinreichten.

Nun macht aber für die weitere Entwicklung zwischen diesen beiden Instituten die besondere Beschaffenheit des thatsächlichen Zustandes, dessen Fortsetzung zum rechtlichen Erwerbe führt, doch einen Unterschied. Bei der *manus* besteht derselbe im Aufenthalt der Ehefrau im Hause des Mannes, bei der *hereditas* im Besitze körperlicher Sachen, *res hereditariae*. Diese letztere Thatsache steht ihrer äusseren Erscheinung nach auf dem Gebiet des Vermögensrechtes und darum war es möglich, dass die *usucapio pro herede* durch eine Wendung der Anschauungsweise aus ihrem ursprünglichen Gebiete in das des Vermögensrechtes hinübergertückt werden konnte, wozu die Entstehung der *manus* keinen Anhaltspunkt bot. Gaius sagt uns, dass man später zu der Ansicht kam, durch die *usucapio pro herede* könne doch eigentlich die Erbschaft nicht ersessen werden, sondern nur die einzelnen *res hereditariae* (*quomodo postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse*). Ein sehr erklärlicher Umschwung: er ging aus dem Bestreben her-

vor, die Wirkung dem Mittel genauer anzupassen. Die *res hereditariae* waren es ja, die besessen wurden, auf sie also bezog sich scheinbar passender die aus diesem Besitze fließende Usukapion. In solcher Gestalt wird die *usucapio pro herede* uns vorgeführt in §. 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit, nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem, quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.* — Die Wirkung der *usucapio pro herede* ist sonach eine andere geworden, aber ihre Voraussetzungen sind die nämlichen geblieben: einjähriger Besitz einer *res hereditaria*, deren der Erbe sich noch nicht bemächtigt hatte, mit dem Willen, sie *pro herede* zu besitzen, und Fähigkeit, Erbe zu sein. Nur ein weiteres Erforderniss ist mit Nothwendigkeit aus dieser veränderten Auffassung hervorgegangen: da nunmehr die Sachen selbst ersonnen werden sollen, so müssen sie usukapionsfähig sein, ein Erforderniss, wonach die ältere *usucapio pro herede* nicht fragen brauchte.

Warum auch jetzt der Satz, dass *mala fides* bei der Besitzergreifung die Ersitzung der ergriffenen Sache hindert, die Nothwendigkeit von *bona fides* bei der Besitzergreifung für diese *usucapio pro herede* nicht hervorbrachte, lässt sich vielleicht aus dem von v. Stintzing angegebenen Grunde erklären; wahrscheinlicher ist mir, dass man sich einmal von der alten *usucapio pro herede* her daran gewöhnt hat, die Besitzergreifung *pro herede* als nichts Widerrechtliches, als keine Verletzung anzusehen. — Allein mit einem noch weit wichtigeren Grundsatz kommt jetzt das Institut in Collision, indem es auf das vermögensrechtliche Gebiet sich begeben hat. Als Ersitzung körperlicher Sachen bedürfte die *usucapio pro herede*, um der *aequitas* zu genügen, wie jede andere einer *justa causa usucapionis*, eines *titulus* mit *bona fides*. Das mangelt ihr und deshalb wendet sich gegen sie die ganze Feindseligkeit des beleidigten Prinzips. *Improbata possessio et usucapio* schilt sie Gaius in §. 55 und bemüht sich ihre Fortexistenz aus praktischen Zweckmäßigkeitsgründen zu rechtfertigen; dann wird sie wieder in §. 56 in missbilligendem Tone *lucrativa* genannt. Unmoralisch musste es dem neuen römischen Rechtsbewusstsein erscheinen, dass Jemand mit *mala fides* mit dem Bewusstsein, einen

Andern, den wahren Erben nämlich, zu schädigen, erwirbt, und lukrativ war die Thatsache jedenfalls, die ohne den Schein einer Rechtfertigung den Einen auf Kosten des Anderen bereicherte. — Bei solcher theoretischen Anfeindung ist es aber natürlich nicht verblieben, die Macht der *aequitas* musste sich auch praktisch an den ferneren Schicksalen unseres Instituts bekunden; so meldet denn Gaius in §. 57: *Sed hoc tempore jam non est lucrativa, nam ex auctoritate divi Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur, et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.* Vergleichen wir die Motive des citirten Senatsbeschlusses, wie sie *l. 22 D. 5, 3* uns aufbewahrt, so finden wir darin die ausdrückliche Berufung auf die *aequitas*: *Dispiciite, Patres Conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum etc.* — Warum man das Institut, das einer *justa causa* bedurft hätte und doch seiner Natur nach eine solche nicht annehmen konnte, nicht lieber gänzlich aufhob, das mag seinen Grund gehabt haben theils in dem Nachwirken seiner ursprünglichen Auffassung, vermöge deren es ja so lange mit Recht eine Sonderstellung behauptet hatte, theils in den praktischen Rücksichten, die Gaius andeutet, indem ein Druck auf den wirklichen Erben dadurch geübt werden sollte. Auf jeden Fall war durch jenes hadrianische Senatskonsult dem Institute möglichst viel von seiner Härte genommen, indem es gerade gegen den wahren Erben, zu dessen Schaden es bestand, wenn er klagend auftritt, nicht mehr wirksam ist; dass es gegen Dritte, Nichtbetheiligte noch wirkte, konnte man am Ende noch hingehen lassen. Auf diese Weise gemildert, war es der *usucapio pro herede* gestattet, fortzuexistiren, und wir finden sie denn auch in Digesten und Codex noch in derselben Gestalt, wie Gaius sie gezeichnet hat.

Sie ist Erwerb von Erbschaftssachen, die der Erbe noch nicht besass, durch fortgesetzten Besitz eines Erbfähigen. Besitz und Zeitablauf verstehen sich bei einer Ersitzung von selbst; dass es Erbschaftssachen gewesen sein müssen, lehren: *l. 1 D. h. t.: Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit. l. 3 C. 7, 29: Opinione falsa mortis pro herede possessio rerum absentis procedere non potest.* — Dass der Erbe noch nicht besass, verlangt *l. 29*

D. 41, 3: nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est. — Erbfähigkeit ist nöthig gemäss *l. 3 D. h. t.: Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.*

Es ist eine verbreitete Meinung, die alte *usucapio pro herede* habe im späteren römischen Rechte doch noch das Erforderniss der *bona fides* angenommen, und sei nur demjenigen verstattet worden, der sich aus entschuldbarem Irrthum für den Erben hält. So v. Vangerow Lehrb. §. 320 Anm. 1; Unterholzer *l. c.* §. 107; Fitting *l. c.* N. 50 u. 51. Die Hauptstütze dieser Ansicht ist die *l. 33, 1 D. 41, 3*. Es handelt diese Stelle *ex professo* von dem Satze: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Nach *l. 19 D. 41, 2* wäre damit verboten, dass Jemand, der bereits besitzt, *hoc solum statuit, ut alia ex causa possideret*; durch eine rein innerliche unmotivirte Willensentschliessung soll das bestehende Verhältniss zur Sache nicht verändert werden können, wie denn *l. 5 C. 7, 32* den Gegensatz so scharf bestimmt: *nulla extrinsecus accedente causa*. Dass die *causa* eines bereits bestehenden Besitzes sich doch noch verändere, ist sonach nicht absolut unzulässig, allein es kann das nur bewirkt werden durch eine äusserliche auf den Besitz bezügliche Thatsache, welche dazu kommt. So sagt denn auch unsere *l. 33, 1*: nur so sei jener Satz zu verstehen, dass Einer, der sich bewusst ist, es sei mit seinem Besitze nicht recht in Ordnung, nicht ohne Weiteres nach seinem subjektiven Belieben solle anfangen können, auf eine vortheilhaftere Weise zu besitzen; dass der Besitz zu einem vortheilhafteren wird, ist damit nicht unbedingt ausgeschlossen, aber es gehört eben eine *extrinsecus accedens causa* dazu. Dafür werden nun Beispiele angeführt und das letzte ist folgendes: es hat Jemand *mala fide* eine Sache gekauft, so dass ihm also sein Besitz gar nichts hilft; er hat weder Eigenthum, noch kann er usucapiren; es bleibt lediglich beim Besitz: *possidebit pro possessore*. Nun kommt aber eine Thatsache, welche bei ihm die Meinung hervorbringen muss, er sei Erbe des verstorbenen Eigenthümers geworden, eine *justa causa existimandi se heredem domino existisse*; in dem Augenblicke beginnt der bisherige *malae fidei emtor* unbehindert *pro herede* zu besitzen, in dem Sinne, dass er *pro herede* usucapirt — *nec causam possessionis sibi mutare videbitur*. Obwohl hier die *causa*

verändert wird, trifft doch das Verbot nicht zu, weil es eben eine äusserliche Thatsache ist, welche die Veränderung herbeiführt. So ergibt sich denn aus unserer Stelle: damit Einer, der bisher aus einer anderen *causa* besass, auf einmal anfangs, *pro herede* zu besitzen, muss wegen jenes Verbotes des *sibi causam mutare* wenigstens eine *justa causa existimandi se heredem domino existisse* vorhanden sein; das beweist aber gar nichts dafür, dass eine solche auch zu fordern wäre, wenn von vorneherein *pro herede* besessen und usukapirt werden soll, wo ja der Grund für die Nothwendigkeit jener Thatsache wegfällt. — Es lässt sich aus der Anwendung, welche sonst noch von jenem Verbote gemacht wird, gerade das Gegentheil darthun. Dass Jemand *nulla extrinsecus accedente causa* sich seinen schlechteren bisherigen Besitz in einen Usukapionsbesitz verwandle, ist regelmässig schon ohnehin nicht zu befürchten, da ja eben regelmässig zur Entstehung eines Usukapionsbesitzes eine auf das Verhältniss des Besitzers zur Sache bezügliche äusserliche Thatsache nöthig ist, es gehört ein *justus titulus* mit *bona fides* dazu. Das Verbot wird also nur da bedeutsam, wo die Entstehung des Usukapionsbesitzes an sich durch die Willkür des Besitzers herbeigeführt werden könnte, wo also dieselbe keinen *titulus* und überhaupt keine äusserliche auf dessen Verhältniss zur Sache bezügliche Thatsache voraussetzt, sei es auch nur eine Thatsache, welche ihn in *bona fides* versetzte. Nun sagt *l. 2, 1 D. 41, 5: Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed et naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonium, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.* Die Stelle ist aus demselben Buche des *Julian* wie die *l. 33, 1 D. cit.* und stimmt in den Ausdrücken auffallend mit derselben überein. Der Kolon, Depositar oder Commodatar hat natürlich gar keine Spur eines Titels aufzuweisen und wäre, wenn er auf einmal anfangen wollte, für sich zu besitzen, in offener *mala fides*; und doch muss das Verbot des *causam sibi mutare* angerufen werden, damit er nicht *pro herede* usukapire. Damit ist anerkannt, dass er *pro herede* besitzen und usukapiren würde, wenn das Verbot nicht bestünde, und er *sibi ipse causam mutans* sich entschliesse, nunmehr *pro herede* zu besitzen, und weil

das der Fall ist, muss die *possessio* und *usucapio pro herede* eine solche sein, die weder *bona fides* noch *justus titulus* voraussetzt. — Hierbei ergibt sich noch die Bemerkung: wenn überhaupt durch den Willen, *pro herede* zu besitzen, der Depositär u. s. w. hier zum *possessor pro herede* soll werden können, so müssen doch wenigstens die äusseren Voraussetzungen dafür inzwischen eingetreten sein: es muss der Eigenthümer gestorben und die Sache dadurch zu einer *res hereditaria* geworden sein, *cujus possessionem heres nondum nactus est*. Wenn gleichwohl behauptet wird, dass keine *causa extrinsecus* dazu gekommen sei, — das liegt ja in der Erklärung, das Verbot der *mutatio causae* sei hier anwendbar, — so folgt daraus, dass jene äusserlichen Voraussetzungen der *pro herede possessio* nicht als eine zu diesem Besitz gehörige *causa* angesehen werden. Wie wir oben sagten: es fehlt ihnen die Beziehung auf diesen Besitz, erst die besondere Willensrichtung des Besitzers stellt diese her und erst diese Willensrichtung gibt deshalb dem Besitz seinen Charakter als *possessio pro herede*.

Bis auf Justinian herab scheint die *usucapio pro herede* in der That keine Veränderung erlitten, insbesondere keine neuen Erfordernisse angenommen zu haben. Ob hingegen nicht durch die Justinianische Gesetzgebung, insbesondere durch die *l. un. C. 7, 31*, wie Fitting *l. c.* ausführt, doch auch diese Usukapionsart noch umgestaltet worden sei und von hier an *bona fides* beim Besitzanfang auch für sie zu fordern wäre, will ich dahin gestellt sein lassen.

Fitting *l. c.* N. 48 stellt neben die eben besprochene Usukapionsart auch den Fall der Ersitzung des wirklichen Erben an einer in der Erbschaft gefundenen Sache, welche er für dazu gehörig hält, und nennt auch diese: *usucapio pro herede*; diese zweite Art wäre aber schliesslich durch *l. 1 C. 7, 29* für aufgehoben und unstatthaft erklärt worden. In dieser Stelle werde sie aber ausdrücklich *usucapio pro herede* genannt. Dieselbe lautet nun allerdings: *Quum usucapio pro herede locum non habeat, intelligis neque matrem tuam, cui heres exstitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse*. Allein dem vorgetragenen Falle nach könnte ebensogut auch von der wirklichen alten *usucapio pro herede* hier die Rede sein. Fitting hält diess nur

darum für unmöglich, weil diese letztere Art gleich in der darauf folgenden Stelle für noch fortbestehend anerkannt wird. Allein mir scheint es gar nicht nothwendig, dass unsere *l. 1 C. cit.* von einer aufgehobenen *usucapio* sprechen wollte. Kann es nicht recht wohl heissen: »weil die *usucapio pro herede* hier nicht anwendbar ist«? Dann würde hier allerdings von der fortbestehenden alten *usucapio pro herede* die Sprache sein und diess scheint mir auch das Wahrscheinlichere. — Wenn Fitting sich weiter darauf beruft, dass alle maassgebenden von der zweiten Art von Usukapion sprechenden Stellen sowohl in den Digesten als im Codex unter dem Titel *pro herede* aufgeführt wären, so verhält sich diess offenbar nicht in Richtigkeit. Der *Tit. C. 7, 29* enthält eigentlich gar keinen Fall, der mit Bestimmtheit hieher zu rechnen wäre, der *Tit. D. 41, 5* nur die einzige *l. 3*. Dagegen finden sich ganz wo anders die beiden wichtigen, oben bereits behandelten Stellen *l. 44, 4 D. 41, 3* und *l. 5, 1 D. 41, 10*. — Uebrigens muss es ja für den hier stattfindenden Titel, den wir den unbenannten Titeln zugerechnet haben, ganz gleichgültig sein, wem die Sache gehört, der Eigenthümer kann möglicher Weise noch am Leben sein. Hienach ist aber diese Ersitzung nach den strikten und allgemein lautenden Erklärungen der *l. 1 D. h. t. (Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest)* und anderer Stellen von dem Namen einer *usucapio pro herede* absolut ausgeschlossen. Dieser Name gebührt vielmehr einzig und allein dem aus der alten Zeit herüber gebrachten ehemals erbrechtlichen Institute, das wie ein fremder Gast dasteht unter den verschiedenen Arten der von Anfang an auf das Sachenrecht bezüglichen Usukapion: es ist eine Ersitzung, die sich nicht gleich den übrigen durch einen von *bona fides* begleiteten Titel mit der *aequitas* abgefunden hat. Wo man also von den verschiedenen Arten der Ersitzung spricht, mag auch die *usucapio pro herede* dabei erwähnt werden; will man aber die einzelnen Usukapionstitel, die einzelnen *justae causae usucapionis* aufzählen, so hat man sie bei Seite zu lassen.

II. pro suo. Tit. D. 41, 10.

l. 2 D. h. t. Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coelo capi-

mus, aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus, similiter fructus rei emtae aut donatae, aut quae in hereditate inventa est.

l. 3, 21 D. 41, 2: Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit, velut pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus.

Es handelt sich in beiden Stellen offenbar nicht um Usukapionstitel, sondern um lauter vollkommene Eigenthumserwerb-akte. Das *mari, terra, coelo capere* ist Okkupation einer *res nullius*; die begründet aber sofort Eigenthum und ist, wie wir gesehen haben, gar nicht im Stande, einen Usukapionstitel zu bilden. — Was die Alluvion betrifft, so heisst es ausdrücklich: *quae alluvione nostra fiunt*. — Darüber, was unter einer *res alieno nomine possessa* zu verstehen sei, kann man streiten. Wenn man auch Böcking Pandekten §. 146. Not. 48 zustimmen muss, dass damit nicht der Gegensatz zu einer *res pro suo possessa* gemeint sei, so scheint mir doch ein Gegensatz zu den vorhergegangenen Beispielen einer *possessio pro suo* darin zu liegen: eine *pro suo possessio* wurde zuerst an rein originär erworbenen Sachen nachgewiesen, und nun kommt drittens eine solche an den Erzeugnissen einer nicht originär, sondern derivativ erworbenen Sache. *Alieno nomine possidere* kommt allerdings in der Bedeutung einer blossen Detention vor, dass aber auch der soeben angedeutete Sinn nicht unmöglich ist, beweist die Ausdrucksweise einer *l. 22, 3 D. 5, 2: non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis*. Böcking *l. c.* und Schirmer in Anm. 354 zu Unterholzner *l. c.* denken hier an eine Sache, welche noch in eines Dritten Eigenthum steht; dem scheint mir aber gleich das erste Beispiel, welches unsere Stelle bringt, zu widersprechen: eine *ancilla hereditaria* ist eine wirklich zur Erbschaft gehörige und sonach auch im Eigenthum des Erben stehende Sklavin. Es würde sich demnach dieser dritte Fall einer *possessio pro suo* vielmehr auf den Erwerb des Eigenthümers an den Erzeugnissen seiner Sache gründen.

Auch die Beispiele des *pro suo possidere*, welche unsere zweite Stelle bringt, können nur von sofortigem Eigenthumerwerbe verstanden werden. Wir finden hier zunächst wieder den Eigenthumerwerb durch *occupatio* an den Dingen, *quae terra marique capimus*; dem wird dann hier noch hinzugefügt die Erbeutung (*ex hostibus capere*) und die Neuschaffung einer Sache durch Arbeit, womit die Specifikation und auch wohl die Fruchtziehung gemeint sein dürfte.

Die *possessio pro suo* ist also eine *species possessionis*, welche in Begleitung gewisser Arten von Eigenthumerwerb auftritt, und ihre Bedeutung muss daher in einer diesen Eigenthumerwerbsarten gemeinsamen Eigenschaft zu finden sein. In welcher Richtung wir aber zu suchen haben, dafür erhalten wir ganz sichere Anhaltspunkte durch das, was *l. 1, 1 D. 41, 2* von den beiden wichtigsten eben dieser Erwerbsarten aussagt: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi jus eorum apprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae capilli margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.* — Es ist in der That ein helles Licht, welches diese Stelle verbreitet! Wir haben sie schon oben angeführt als Bestätigung dafür, dass auch den Römern die rechtsphilosophische Idee, den natürlichen Ausgangspunkt des Eigenthums im Besitze zu suchen, nicht fremd war. Ursprünglich hatte jeder Besitz — *naturalis possessio* in dem Sinne, dass nur die aus ihrem natürlichen Wesen fließenden aber keine positivrechtlichen Erfordernisse darin begriffen sind, — hatte also dieser rein natürliche Besitz die Kraft, Eigenthum zu sein. Durch das Recht der Gesellschaft, die den Eigenthumerwerb von der Erfüllung gewisser anderer von ihr gesetzter (positiver) Bedingungen abhängig machte, ist ihm diese Wirkung grösstentheils genommen, aber einzelne *vestigia* davon sind noch geblieben, in gewissen Fällen hat der Besitz noch die alte Kraft behalten. Die Fälle sind, wie unsere Stelle sagt: Okkupation von *res nullius* und Erbeutung. Und gerade in diesen Fällen heisst der Besitz, — so lehrt uns *l. 3, 21 D. 41, 2* und *l. 2 D. h. t.*, — *possessio pro suo*. *Possessio pro suo* heisst also der Besitz, der die Kraft hat,

selbständig Eigenthum zu erzeugen, als *naturalis possessio* d. h. ohne positivrechtliche Zuthat, im Gegensatz zu einem Besitze, mit welchem Eigenthum sich nur vermöge einer der vom positiven Rechte aufgestellten Eigenthumserwerbsformen verbinden lässt. Wir können hier sofort die für unser Thema sich ergebende Folgerung anknüpfen. Es wurde in §. 3 bezüglich der Usukapion die Theorie aufgestellt, auch sie sei ein Ueberbleibsel der ursprünglichen Kraft des Besitzes, Eigenthum zu sein. Das Recht der Gesellschaft hat diese Kraft nicht ganz aufgehoben, sondern verzögert nur ihren Erfolg: sie muss eine gewisse Zeit hindurch gewirkt d. h. der Besitz muss so und so lange gedauert haben, dann erst wird er als Eigenthum auch vom positiven Rechte anerkannt. Auch sofern er zur Ersitzung führt, bringt der Besitz aus eigener Kraft Eigenthum hervor; ist also unsere Auffassung der obigen Stellen richtig, so muss auch der Usukapionsbesitz *possessio pro suo* heißen. — Dass in der That *pro suo possidere* und usukapiren von den Quellen als gleichbedeutend gebraucht zu werden pflegt, darf einstweilen als anerkannt vorausgesetzt werden; der spezielle Nachweis wird noch folgen. So liegt denn aber auch in diesem Namen eine so entschiedene Bestätigung unserer Auffassung vom Wesen der Usukapion, wie sie die Quellen wohl keiner andern Theorie gewähren.

Mit diesem Resultate könnten wir uns eigentlich begnügen; es wäre aber doch der Vollständigkeit halber noch beizufügen: nicht das gibt der *possessio pro suo* in den drei angeführten Fällen (der Okkupation, der Erbeutung und der Usukapion) ihren Namen, dass es gerade die ursprüngliche Kraft des Besitzes ist, was Eigenthum herbeiführt, sondern der Umstand, dass es überhaupt eine andere Kraft als die von positivrechtlichen, den juristischen Charakter schon an der Stirne tragenden Thatsachen ist, was diese Wirkung hat. Die *naturalis possessio* genügt; in dem Ausschluss von nicht rein natürlichen Elementen, also in der Negation liegt das Wesen der *possessio pro suo*. Demnach ist eine *possessio pro suo* überall vorhanden, wo durch rein natürliche Vorgänge der Besitzer Eigenthümer geworden ist, ohne dass ein Vertrag, ein einseitiges Rechtsgeschäft oder auch nur eine Verzichtleistung von Seiten eines Dritten nöthig gewesen wäre. Als Beispiele solcher natürlichen Vorgänge, welche den Besitz desjenigen, der dadurch

Eigentümer wird, als *possessio pro suo* charakterisiren, führen unsere obigen Stellen ausser der Okkupation und Erbeutung noch an: die Anschwemmung, die Fruchtziehung und die Verarbeitung. Es wird damit das Gesagte genugsam bestätigt sein. — Ich möchte in diesem Ausschluss positivrechtlicher Elemente im Erwerbsakt auch die Erklärung des Namens *possidere pro suo* finden. »Etwas als sein eigen besitzen« wäre eigentlich der Name für jede Art von Besitz des Eigentümers. Allein, wo ein Vertrag oder ein sonstiger juristischer Vorgang stattgefunden hat, kann der besitzende Eigentümer für die juristische Qualifikation seines Besitzes sich auch noch auf jene Thatfachen berufen. Für denjenigen Besitz dagegen, der z. B. lediglich durch seine natürliche Kraft, oder durch die Verarbeitung der Sache von Seiten des Besitzers zum eigenthümlichen Besitz geworden ist, beginnt eine juristische Qualifikation erst mit diesem Resultat: er ist *possessio pro suo* ohne weitere juristische Auszeichnung; und gerade das zeichnet ihn aus. Gegenüber dem Besitz des Eigentümers, welcher zugleich auf ein Legat, auf eine Dosbestellung, auf einen Kauf sich berufen kann, ist er die *possessio pro suo* schlechthin und führt diesen ursprünglich gemeinsamen Namen zuletzt ausschliesslich. Einer derartigen Konzentrirung des Gattungsnamens auf die Spezies werden wir weiterhin noch begegnen.

Wir haben jetzt ein Thema berührt, welches noch genauerer Betrachtung bedarf, weil sich erst hieraus die volle Bedeutung der *possessio pro suo* für die Usukapion ergibt: es ist die Lehre vom *titulus possessionis* d. h. vom Namen des Besitzes, denn *titulus* bedeutet wörtlich übersetzt: Name, Vorwand, Aufschrift. Solche *tituli*, solche Namen finden sich aber nicht nur beim Besitz sondern auch bei der Usukapion und zwar sind es bei beiden verschiedenartige.

Soll der Besitz verschiedene besondere Namen führen, so muss er auch Verschiedenheiten bieten, wodurch er dieselben verdient. Im Wesen des Besitzes an sich, welches immer dasselbe bleibt, kann die Verschiedenheit nicht liegen, sondern lediglich in seinen Beziehungen zu Anderem, in den besonderen Verhältnissen, in welchen er steht. Hier bietet sich vor allem sein Verhältnis

nach aussen dar: als Produkt des praktischen Rechtslebens nimmt der Besitz eine bestimmte Stellung im Zusammenhange desselben ein, der Besitzer tritt durch die Erlangung des Besitzes in gewisse Beziehungen zur Aussenwelt, insbesondere zu anderen Personen und die Art dieser Beziehungen gibt dem Besitz eine besondere Charakterisirung, er benennt sich danach mit dem Ausdruck *possidetur pro* —. Entscheidend für den Charakter dieses Verhältnisses nach aussen ist der Moment der Entstehung des Besitzes; hier bestimmt er sich meist durch die Thatsache, durch welche der Besitz entsteht (*causa possessionis*), möglicher Weise auch durch eine besondere Willensrichtung des Besitzergreifenden. Von dem letzteren Falle gibt die *possessio pro herede* ein Beispiel, welche lediglich durch den auf Ausfüllung der entstandenen Lücke gerichteten Willen ihren Charakter erhält, während als die wichtigste Art von *causae possessionis* die Eigenthümererwerbsakte erscheinen, welchen dieser Name sogar fast ausschliesslich zukommt. Selbstverständlich sind aber unter den Letzteren nicht die Schemen der abstrakten juristischen Theorie verstanden, sondern die lebendigen Gestaltungen des praktischen Lebens, welches ja dem Besitze seinen Namen gibt, es kommt desshalb hier auch nicht die nackte *traditio* in Betracht, sondern Kaufgeschäft, Darbestellung, Schenkung, Zahlung u. s. w. Jeder solche Eigenthümererwerbsakt verleiht dem darauf hin erworbenen Besitz einen gewissen entsprechenden Charakter, wir finden darum ebensoviele, besonders benannte Arten von Besitz als: *possessio pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato* kurz wie l. 3, 21 D. 41, 2 sagt: *genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit.* — Wir haben vorhin den *titulus possessionis* als den dem Besitz verliehenen Namen gelten lassen; es existirt aber daneben ein anderer Sprachgebrauch, der vielleicht sogar Anspruch auf Alleingiltigkeit machen könnte. Die römischen Begriffe drängen alle nach objektiver konkreter Bedeutung; so wird auch hier unter *titulus* nicht sowohl der Name des Besitzes als die äusserliche Thatsache zu verstehen sein, welche dem Besitze diesen Namen verleiht, also insbesondere die *causa possessionis*. Darum sagen wir ja auch der Kauf, das Legat ist der *titulus possessionis*. Es muss einleuchten, dass ein *titulus* in diesem zweiten Sinne nicht jeder Art von Besitz zukommt; er fehlt z. B. der *possessio pro*

herede, weil diese ihren Namen nicht durch eine auf diesen Besitz bezügliche Thatsache erhält, sondern von einer besonderen Richtung des Willens bei dem Besitzenden, auf welche eben der konkrete Begriff des *titulus* nicht passt.

In gleicher Weise ist denn auch der *titulus usucapionis* aufzufassen, als die äusserliche Thatsache, welche die Usukapion nach ihrem Verhältnisse nach aussen bezeichnet. Freilich steht nicht eigentlich die Usukapion selbst, abgeschlossen wie sie ist, in einem solchen Verhältnisse, sondern, wie wir gesehen haben, vielmehr nur der Besitz, welcher zur Usukapion führt; und zwar ist dieses Verhältniss hier von einer ganz bestimmten nothwendigen Beschaffenheit: der Besitz muss sich gründen auf einen Eigenthumserwerbsakt, welcher zwar nicht vollkommen sein soll, aber doch wenigstens einen gewissen genau vorgeschriebenen Grad von Vollkommenheit erreichen muss, soweit dass er eine *justa causa usucapionis* vorzustellen vermag. Nach der hiezu verwendeten Eigenthumserwerbsart erhält der Usukapionsbesitz und mittelbar auch die Usukapion selbst den Namen: wir haben je nach dem eine *usucapio pro emtore, pro legato, pro dote* u. s. w. Desshalb ist jener Eigenthumserwerbsakt, welcher zugleich die *justa causa usucapionis* bildet, der *titulus usucapionis*. *Justus titulus usucapionis* heisst er, weil seine Beschaffenheit, um den Anforderungen der *aegritas* an die *justa causa usucapionis* zu genügen, sich nach feststehenden Regeln normirt.

Kehren wir jetzt noch einmal zu dem Besitz zurück, so finden wir, dass seinem *titulus* jene bestimmte gleichmässige Beschaffenheit fehlt, welche den *titulus usucapionis* auszeichnet. Um den Besitz äusserlich zu charakterisiren, muss allerdings der Eigenthumserwerbsakt selber eine äusserliche Existenz haben; es muss wenigstens soviel davon vorhanden sein, dass man von einem Eigenthumserwerbsakt dieser oder jener bestimmten Art noch reden kann. Dann aber ist es gleichgültig für seine Funktion als *titulus possessionis*, ob er mehr oder weniger vollkommen ist; es genügt, wenn nur sein Name vorhanden ist, denn nur seinen Namen soll er hergeben. Allein ein Eigenthumserwerbsakt, wie er den *titulus possessionis* bildet, hat noch einen anderen tieferen Zweck: er soll ein rechtliches Verhältniss zwischen dem Besitzer und der Sache begründen. Ob ihm das gelingt und wie weit es gelingt, dafür

ist seine grössere oder geringere Vollkommenheit entscheidend. Da nun die Vollkommenheit des den *titulus possessionis* bildenden Erwerbsaktes keine gleichmässige, sondern eine verschiedene ist, so ist auch das den Besitz begleitende rechtliche Verhältniss des Besitzers zur Sache ein verschiedenes und die verschiedene Beschaffenheit desselben gibt dem Besitz eine zweite, neben der durch die Art seines *titulus* verliehenen herlaufende Charakterisirung, welche wir im Gegensatz zu jener eine innerliche nennen wollen. Drei Fälle sind denkbar:

1. Der Eigenthumserwerbsakt, welcher den *titulus possessionis* bildet, kann ein ganz vollkommener sein; dann ist derjenige, welcher darauf hin besitzt, Eigenthümer der Sache. Dem Besitze aber verleiht dieses hinter ihm stehende Eigenthum, welches ja nicht immer mit ihm verbunden ist, einen neuen auszeichnenden Charakter, es gibt ihm ein inneres Fundament, auf das er sich berufen kann, wie auf einen zweiten Titel. Der vollkommene Eigenthumserwerbsakt kann von sehr verschiedener Art sein und hienach bestimmt sich die äusserliche Kennzeichnung des Besitzes ebenfalls verschieden. Die citirte *l. 3, 21 D. 41, 2* zählt Fälle auf: er kann ein Rechtsgeschäft sein, dann besitzt der Eigenthümer je nach dem *pro emptore, pro donato* u. s. w., er kann auf Erbfolge beruhen: der Erbe besitzt als solcher sein Eigenthum *pro herede*, er kann auch auf lediglich natürlichen Vorgängen beruhen, z. B. auf Okkupation einer *res nullius*, dann entsteht eine *possessio pro suo*. Der innerliche Charakter des Besitzes ist aber bei jeder Art des vollkommenen Erwerbsaktes derselbe: der Besitzer besitzt neben jedem besonderen Titel zugleich als Eigenthümer, — nachdem der Ausdruck *pro suo* eine speziellere Bedeutung angenommen hat, könnte man sagen: *pro domino*.

2. Der Erwerbsakt kann mangelhaft sein, dann begründet er kein Eigenthum. Ja im Allgemeinen hat er überhaupt gar keine weitere Wirkung auf das rechtliche Verhältniss des Besitzers zur Sache, es ist in dieser Beziehung gerade so gut, als wäre er gar nicht vorhanden, als hätte der Besitz gar keinen *titulus*. Der Besitzer hat hier nicht zugleich einen innerlichen rechtlichen Halt für seinen Besitz mit bekommen, er besitzt nur, weil er eben thatsächlich einmal besitzt, wie *l. 11, 1 D. 5, 3* sagt: *quia possideo*. Hier mag dann allerdings immer noch genug von einer bestimmten Art von Erwerbsakt vorhanden

sein, um dem Besitz als *titulus possessionis* eine äusserliche Kennzeichnung zu geben; dass derselbe rechtlich bedeutungslos ist, ändert ja an diesem rein faktischen Verhältnisse nichts: also besitze ich nach Verschiedenheit des Titels *pro emtore*, *pro donato* u. s. w. so gut wie im ersten Falle. Allein während dort aus jedem dieser Titel als zweiter Grund des Besitzes das Eigenthum hervorging, entsteht neben einem Titel von unvollkommener Beschaffenheit des Erwerbsaktes keine solche innerliche Fundirung des Besitzes, welche demselben einen neuen Charakter verleihe. Er bleibt, was er eben an sich ist, Besitz schlechthin, der sich bloss auf sich selbst, auf seine eigene thatsächliche Existenz berufen kann: *possessio pro possessore*.

3. Besteht der Titel in gewissen Arten von Eigenthums-erwerbsakten, namentlich Rechtsgeschäften, so kann er, auch wo er mangelhaft ist, doch noch bis zu dem Grade vollkommen sein, wo er zu einer *justa causa usucapionis* genügt. Nun ist es möglich, dass der Erwerber sich in *mala fide* befand, und wir wissen, dass dadurch die Kraft des einseitig vollkommenen Erwerbsaktes zerstört wird; er hat keine Wirkung auf das innere Verhältnisse des Besitzers zur Sache, daher ist der Besitz, wie im vorigen Falle, *possessio pro possessore*. War aber jene schädliche Thatsache nicht vorhanden oder war, wie man es positiv auszudrücken pflegt, der Erwerber *bona fide*, so thut der einseitig vollkommene Erwerbsakt seine Wirkung und die besteht darin, dass der Besitz, der sich auf ihn gründet, Usukapionsbesitz wird, welcher mit der Zeit zum Eigenthum führt. Der *titulus possessionis*, wenn er die Gestalt einer *justa causa usucapionis* hat, also zugleich *justus titulus usucapionis* ist, erzeugt einen durch die eigene Kraft Eigenthum begründenden Besitz, eine *possessio pro suo*. Was aber die äusserliche Kennzeichnung des Besitzes anlangt, so wirkt der Titel auch hier wieder ganz in derselben Weise, wie in den beiden vorausgegangenen Fällen; es zerfällt daher auch die *possessio pro suo* je nach der besonderen Art des den Titel in jenem zwiefachen Sinne bildenden Erwerbsaktes in *possessio pro emtore*, *pro donato* u. s. w.

Hier wäre noch zu bemerken: der Begriff des Titels liegt darin, dass er dem Besitz oder der Usukapion einen Namen verleiht. Danach wäre aber eigentlich nicht jeder Eigenthumserwerbsakt ein Titel, denn nicht jeder führt einen besonderen feststehen-

den Namen, welchen er hergeben könnte. Es sind nur gewisse hervorragende Fälle von Eigenthumserwerb vom täglichen Leben mit solchen Namen versehen worden; so führt z. B. Hingabe einer Sache zu dem Zwecke der materiellen Fundirung eines ehelichen Haushaltes den Namen *Dosbestellung*; wenn die Ehe ungültig ist, so liegt zwar immer noch ein genügendes Stück von einem Eigenthumserwerbsakt vor, aber jener Name wird demselben, wie wir gesehen haben, verweigert. Ein solcher Eigenthumserwerbsakt, der selbst keinen Namen führt, kann auch dem Besitz und der *Usukapion*, die sich etwa auf ihn gründen mag, keinen solchen verleihen. Nur missbräuchlich kann man hier von einem Titel sprechen; und wenn wir oben diesen und ähnliche Fälle als die des unbenannten Titels bezeichneten, so liegt darin streng genommen eine *contradictio in adjecto*; wir hätten korrekter gesagt: unbenannte *justa causa usucapionis*. Doch scheint ein derartiger Missbrauch des Wortes *titulus* auch den Quellen nicht fremd. — Ferner: es ist zwar selbstverständlich jeder wirkliche *titulus usucapionis* zugleich auch ein *titulus possessionis*; wird ja doch die *Usukapion* nur mittelbar durch die Charakterisirung des Besitzes charakterisirt. Dagegen wäre es an sich nicht nothwendig, dass jeder *titulus possessionis*, den genügenden Grad von Vollkommenheit vorausgesetzt, als *titulus usucapionis* wiedergefunden würde, weil ja eben der Letztere gewisse Anforderungen an den betreffenden Erwerbsakt stellt, welche dem Ersteren fremd sind. In *jure cessio*, *mancipatio* wären recht wohl als *tituli possessionis* denkbar, während sie zur *justa causa usucapionis* aus den bereits entwickelten Gründen nicht taugen; und ebenso ist es mit der *specificatio* und der *occupatio* einer *res nullius*. Es ist ein zufälliges Zusammentreffen, dass diese nämlichen Erwerbsarten, welche durch ihre Natur verhindert sind, eine *justa causa* und damit einen *titulus usucapionis* abzugeben, zugleich auch von dem praktischen Leben nicht als *tituli possessionis* ausgebildet wurden. Die Gründe sind hier andere: an *specificatio* und *occupatio* fand man rein natürliche Vorgänge, welche dem Besitze keine rechtliche Färbung geben konnten; die civilen Erwerbsarten aber mochten zur Zeit, wo der *titulus possessionis* erst recht ausgebildet ward, ihre praktische Bedeutung wohl schon ziemlich eingebüsst haben.

Die Betrachtung einer Reihe von Stellen soll das Gesagte in seinen wichtigsten Punkten näher erläutern und bekräftigen.

I. Jeder Usukapionsbesitz, wurde behauptet, sei eine *possessio pro suo*; es besitzt also jedesmal zugleich *pro suo*, wer auf Grund eines zur Usukapion genügenden Titels, einer *justa causa usucapionis* besitzt, von besonderen Hinderungsgründen natürlich abgesehen. Das gilt zunächst von den benannten Titeln.

l. 3 D. 41, 10: Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi; si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam, quia si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam, et ita Neratius scripsit, idque verum puto. Tradition mit der Meinung des Empfängers, es bestehe für ihn eine Forderung auf die betreffende Sache, enthält die Bestandtheile eines *titulus pro soluto* (§. 6, I.). Das Verhältniss dieses *titulus* zur *possessio pro suo* tritt hier ganz besonders deutlich hervor: »Jene Thatsache, heisst es, also der *titulus pro soluto* vermöge zu bewirken, dass man *pro suo* besitzt; *pro suo* besitzen ist aber so viel wie usukapiren.« — Die Bestandtheile eines *titulus pro soluto* haben wir ferner schon oben §. 6, V. nachgewiesen in *l. 4, 2 D. eod: Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum est, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet.* Auch hier wieder derselbe Gedankengang: auf Grund des Titels wird Eigenthum durch Zeitablauf erworben, weil der Titel eine *possessio pro suo* herbeigeführt hat.

Dagegen enthält eine *usucapio pro emptore l. 4 p. D. eod.: Si ancillam furtivam emisti bona fide ex ea natum et apud te conceptum est, . . . quod ita possessum esset, usucaptum esse . . . sin vero . . non feceris certiolem contra esse; tum enim clam possedisse videberis, neque idem pro suo et clam possidere potest.* Hiemit ist gesagt: es würde das Kind *pro suo* besessen und deshalb usukapirt, wenn der Besitz nicht ein heimlicher geworden wäre. Nach *l. 33 p. D. 43, 3* gilt der Titel, auf welchen hin die Sklavin erworben wurde, auch für das bei ihrem Besitzer erzeugte und geborene Kind. Nun ist aber in unserer *l. 4 p. D. cit.* mit dem *emisti bona fide* offenbar ein *titulus pro emptore* gegeben, auf welchen hin die Sklavin, wenn sie nicht gestohlen wäre, ersessen

werden müsste, und auf welchen hin demnach das Kind, dem das *vitium* nicht anhaftet, wirklich ersessen wird; und diesen Ersitzungsbesitz auf Grund eines *titulus pro emtore* nennt unsere Stelle ein *possidere pro suo*. Vgl. Unterholzner *l. c.* §. 123. — *l. 32 p. D. 41, 3: Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinit eam pro furtiva possidere et incipit pro suo possidere*. Kauf vom Eigenthümer kann volles Eigenthum begründen; war aber das wegen Willens- oder Dispositionsunfähigkeit des Verkäufers, wie unsere Stelle voraussetzen scheint, nicht möglich, so liegt wenigstens ein genügender *titulus pro emtore* vor, auf welchen sie ersessen wird. Hier ist also wieder eine *usucapio pro emtore* als ein *possidere pro suo* bezeichnet.

II. *Pro suo possessio* heisst aber mit demselben Rechte auch der Usukapionsbesitz auf Grund einer *justa causa usucapionis* von der Art, wie wir sie oben als unbenannten Titel bezeichneten.

Ein schlagendes Beispiel bietet hiefür die schon in §. 6, IV. erwähnte *l. 67 D. 23, 4*. Der Mann, welcher irrthümlicher Weise eine Sklavin geheirathet hat, kann das, was er *ad sustinenda matrimonii opera* erhielt, ersitzen, jedoch ist sein Usukapionstitel dabei nicht ein benannter *titulus pro dote*, sondern ein unbenannter Titel. Und von dieser Ersitzung wird hier gesagt: *Quodsi vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit*.

Neben dem unbenannten Titel hat aber der Name *pro suo* überdiess eine ganz besondere Bedeutung. Während die benannten Titel den Besitz als *possessio pro emtore, pro donato* u. s. w. noch weiter auszeichnen und unterscheiden, ist *pro suo* der einzige Name, der dem zur Usukapion führenden Besitze zukommt, wenn er auf Grund eines unbenannten Titels stattfindet; denn das ist eben kein eigentlicher Titel, er vermag ihm einen Namen nicht zu verleihen. Der Besitz ist hier bloss *pro suo* und gerade desswegen ist er auch vorzugsweise ein Besitz *pro suo*, im Gegensatz zu einem solchen, der zugleich *pro emtore, pro donato* ist. Es findet also hier wieder eine Art Koncentrirung des Gattungsnamens statt, nur dass derselbe dadurch kein ausschliessendes, sondern nur ein vorzugsweises Eigenthum der Spezies wird. Einen thatsächlichen Beleg liefert uns der Name der Usukapion. Die Usukapion benennt sich nach dem Namen, welchen der Usukapionsbesitz führt; wir finden daher eine *usucapio pro emtore, pro donato* u. s. w., je nach der

verschiedenen Art des Besitztittels. Neben diesen und häufig im Gegensatz dazu bringen aber die Quellen auch ein *usucapere* und eine *usucapio pro suo* und das ist nur erklärlich, wenn der ursprünglich allgemeine Name *pro suo* durch jene eigenthümliche Koncentrirung der Gattungsnamen zugleich der Name einer besonderen Art von Usukapionsbesitz geworden ist, geradeso wie *pro emtore*, *pro donato* u. s. w. Wollten wir eine solche zweite spezielle Bedeutung des *pro suo possidere* nicht annehmen, so hätte der Ausdruck *pro suo usucapere* gar keinen Sinn; denn *usucapere* ist eben schon *pro suo possidere*. So aber bedeutet uns dieses *pro suo pro suo possidere* ein *pro suo possidere* und *usucapere* auf Grund eines unbenannten Titels, wie *pro emtore pro suo possidere (usucapere)* ein *usucapere* auf Grund eines *titulus pro emtore*. — Neben einem benannten Titel kann natürlich der Ausdruck *pro suo usucapere* niemals vorkommen, hier gibt es bloss ein *pro suo possidere*.

Hier ist zu nennen: *l. 4, 1 D. 41, 10*, die einen unbenannten Titel enthält analog dem des Erben, der eine fremde Sache in der Erbschaft findet und sie für dazu gehörig hält: es wird darauf hin erklärt: *usucapio his procedat pro suo*. — Ferner *l. 1, 2 D. 41, 9*, in welcher wir bereits oben einen unbenannten Titel nachgewiesen haben: *ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo*. Hier tritt der vorhin erwähnte Gegensatz zu Tage, den auch *l. 2 D. 41, 9* enthält: *Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emtore nec pro suo ante nuptias usucapitur*. Aehnlich *fragm. Vat. 260: Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod justam causam possidendi habet, usucapit*. Es bleibt hier dahingestellt, ob die Belassung des *peculium* bei der *emancipatio* unter den Begriff der Schenkung passt oder nicht: ersteren Falls liegt ein benannter, letzteren Falls ein unbenannter Titel vor, ersteren Falls heisst die *usucapio: pro donato*, letzteren Falls: *pro suo*. — Eine *usucapio pro suo* wie die in *l. 2 D. 41, 9* bespricht ausführlicher *fragm. Vat. 111*.

III. Die *l. 27 D. 41, 3*, die wir jetzt betrachten wollen, steht mit dem so eben Erörterten in einem genaueren Zusammenhang, als es auf den ersten Blick den Anschein hat: *Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quis-*

que bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum est. Was ist das für ein Irrthum, vor welchem hier Celsus warnen zu müssen glaubt? Dass man ohne Rücksicht auf die wirkliche Existenz des Kaufgeschäftes *pro emtore*, ohne Rücksicht, ob wirklich geschenkt ist oder nicht, *pro donato* usukapiren könne? Wir haben Quellenaussprüche, welche das Gegentheil mit solch ruhiger Gewissheit bekunden, dass man nicht glauben kann, es sei in dieser Beziehung jemals die Möglichkeit eines Zweifels aufgetaucht. Ueberdiess wäre ja auf diese Weise die ganze Lehre vom *titulus possessionis* und *usucapionis* über den Haufen gestürzt gewesen. Wie kann ein Rechtsgeschäft dem Besitze und somit auch der darauf gegründeten Usukapion seinen Namen geben, das selbst nicht existirt? An die Möglichkeit eines solchen Irrthums hat denn auch Celsus in der That nicht gedacht. Man soll von dem blossen *bonae fidei possessor* nicht glauben, *pro suo usucapere eum posse*. *Pro suo usucapere* ist aber der Ausdruck für die Usukapion auf Grund eines unbenannten Titels. Es würde also auf den Namen *pro emtore*, *pro donato*, *pro dote* kein Anspruch gemacht und das Wesen des *titulus* bliebe desshalb unangetastet. Der Irrthum bezieht sich lediglich auf die Erfordernisse der *justa causa usucapionis*: die blosse *bona fides* bei der Besitzergreifung soll zur Usukapion genügen, wenn auch diese Usukapion einen jener besonderen auszeichnenden Namen, wie ihn bloss ein wirklicher *titulus* verleihen kann, nicht führt. — Wenn ein römischer Jurist es für gut findet, vor einer irrthümlichen Meinung ausdrücklich zu warnen, so kann diese Meinung doch keine so ganz unsinnige sein, es müssen die Umstände danach sein, dass man leicht darauf gerathen konnte. Dass diess hier wirklich der Fall ist, lehrt uns das Verhältniss, in welchem *bonae fidei possessio* und *possessio pro suo* auf dem Boden des praktischen Lebens zu einander stehen. *Bona fide possessionem adipisci* heisst nichts Anderes als: Besitz ergreifen ohne das Bewusstsein, dass man dadurch einen Anderen in seinem Rechte verletze. Da nun das Bewusstsein eines Handelnden nie als etwas Leeres gedacht werden darf, so wird es jene Beschaffenheit nur dadurch nicht haben können, dass der

Handelnde glaubt, aus irgend einem Grunde zur Besitzergreifung berechtigt zu sein, und einen solchen Grund bietet vor allem ein Eigenthumserwerbsakt. *Bona fides* bei der Besitzergreifung wird sich daher meistens darstellen als der Glaube an das Vorhandensein eines Eigenthumserwerbsaktes. So fasst es auch Celsus auf, indem er für das *bona fide possessionem adipisci* nachher als erläuternde Beispiele anführt: *si modo emptum vel donatum sibi existimaverit*. Dass hier vom Standpunkte des praktischen Lebens aus unter Eigenthumserwerbsakt nicht die abstrakte Tradition, sondern nur das ganze Geschäft, ebenso wie unter jenem *emere* der käufliche, unter *donare* der schenkweise Eigenthumserwerb gemeint ist, versteht sich von selbst. — Für den Begriff dieser *bona fides* ist nun die objektive Existenz des betreffenden Eigenthumserwerbsaktes allerdings vollkommen gleichgültig: er mag vollständig vorhanden sein oder nur theilweise, oder auch gänzlich fehlen. Ob aber das Bewusstsein eines Eigenthumserwerbsaktes, welches die *bona fides* ist, praktisch möglich, ob es thatsächlich für vorhanden anzunehmen sei, unabhängig von einer solchen objektiven Existenz, das ist eine andere Frage. Wir werden in dieser Beziehung wieder die einzelnen Stücke des Erwerbsaktes unterscheiden müssen; sie liegen theils auf Seiten des Erwerbers, theils auf Seiten einer anderen Person und die von der letzteren Art sind für den Erwerber und sein Bewusstsein mehr oder weniger fern liegend. Am entferntesten sind für ihn persönliche Eigenschaften des Verlierenden, wie Handlungs- und Dispositionsfähigkeit desselben oder gar seine Eigenschaft, Eigenthümer der fraglichen Sache zu sein; nur wenig näher stehen ihm auf den Erwerbsakt bezügliche innere Vorgänge bei jener Person, wie die Beschaffenheit der Willensrichtung und der Absicht. Dagegen steht die äusserliche Vornahme der betreffenden Veräußerungshandlung in einem so engen Zusammenhang mit seiner eigenen Erwerbshandlung und hat schon eine so direkte Beziehung auf seine Person und seinen Erwerb, dass es ihm nicht wohl entgehen kann, wenn sie fehlt, während alles, was dahinter liegt, seinem Bewusstsein entfernt genug ist, um einen Irrthum erklärlich zu machen. Fast ganz unmöglich aber ist ein Irrthum über Thatsachen, welche auf Seiten des Erwerbers selbst vorhanden sein sollen. Wir kommen also zu dem Resultat: um den Glauben an das Vorhandensein eines Ei-

genthumserwerbsaktes für vorhanden gelten zu lassen, wird man praktisch auch die objektive Existenz der auf Seiten des Erwerbers liegenden Stücke des Erwerbsaktes, sowie der äusserlichen Vornahme der von Seiten der anderen Person dazu erforderlichen Handlungen verlangen müssen. Darin ist aber gerade alles enthalten, was der *iustus titulus usucapionis* vom Erwerbsakt bedarf, bei dem Glauben an einen Eigenthumserwerbsakt versteht sich die Abwesenheit von *mala fides* bezüglich der übrigen Stücke von selbst, und hieraus folgt, dass eine *bonae fidei possessio* in ihrer praktischen Erscheinung regelmässig zusammenfallen wird mit einem Besitz, der vermöge eines *iustus titulus* nebst *bona fides* zur Usukapion zu führen vermag, mit einer *possessio pro suo*. — Möglicher Weise kann freilich die *bona fides* bei der Besitzergreifung auch im Bewusstsein irgend einer anderen Art von *jus possidendi* als des durch den Eigenthumserwerbsakt begründeten bestehen; dann ist natürlich von solch einer praktischen Aehnlichkeit mit dem Usukapionsbesitz keine Rede. Ein Beispiel bietet die *justa possessio* (= *bonae fidei possessio l. 31, 2 D. 5, 3*) des Pfandgläubigers: diesem steht trotz seiner *justa possessio*, wie *l. 13, 1 D. 6, 2* hervorheben zu sollen glaubt, die *Publiciana* nicht zu, d. h. die Bestandtheile eines Publizianischen Erwerbsaktes können bei ihm trotz seiner *bona fides* nicht als vorhanden angenommen werden. Warum nicht? „*quia non eo animo nanciscatur possessionem, ut credat se dominum esse.*“ — Das Regelmässige wird aber doch immer der Glaube an einen Eigenthumserwerbsakt sein und scheint auch dieser Fall von den Quellen speziell unter dem Namen *bonae fidei possessio* verstanden zu werden. Weil aber, wie wir ausgeführt haben, diese *bonae fidei possessio* und die *possessio pro suo* in ihrer praktischen Erscheinung zusammentreffen, deshalb und nur deshalb konnte man auch den Ausdruck *bonae fidei possessor* schlechthin als gleichbedeutend gebrauchen mit Usukapient, namentlich wenn aus den Umständen sich ergibt, dass damit nicht auf die objektiven Voraussetzungen des Ersitzungsbesitzes verzichtet werden wollte. Beispiele dieses Sprachgebrauches finden sich in *l. 33, 2; l. 36 p. D. 41, 3*. Eben darum war es aber auch gewiss sehr berechtigt, wenn Celsus in unserer obigen Stelle darauf aufmerksam machte, dass man über der zufälligen äusserlichen Identität der beiden Erscheinungen die wesentliche und prinzipielle

Verschiedenheit derselben nicht vergessen dürfe und etwa zum Usukapionsbesitz gewisse objektive Bestandtheile des Erwerbsaktes unter Umständen nicht verlange, weil die *bonae fidei possessio* derselben nicht unbedingt bedarf.

IV. Was man sonst mit *bonae fidei possessio* bezeichnet, erläutert Ulpian in *l. 1 D. 41, 10* ausdrücklich als einen Besitz, der in dem Glauben ergriffen wird, Eigenthum zu erwerben. *Pro suo possessio talis est, quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; ut puta ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo; item donata, vel legata vel pro donato, vel pro legato, etiam pro suo possideo. §. 1. Sed si res mihi ex causa justa puta emtionis tradita sit et usucapiam, incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere; sed an desinam ex causa emtionis post usucapionem dubitatur. Et Mauricianus dicitur existimasse non desinere.* Diese Stelle steht in einem gewissen Zusammenhang mit der darauffolgenden *l. 2*; während die letztere, welche wir schon oben betrachtet haben, von einer *possessio pro suo* spricht, mit welcher sich sofort und von Anfang an Eigenthum verbindet (*occupatio, alluvio, Fruchterwerb*), hat unsere *l. 1* diejenige *possessio pro suo* im Auge, welche diess erst nach längerer Dauer bewirkt, d. h. den Usukapionsbesitz. Von diesem nun will sie auch keine eigentliche Definition seines Wesens geben, wozu schon die Form: „*possessio pro suo* ist, wenn« sehr wenig geschickt wäre; sie behandelt vielmehr *ex professo* das Verhältniss der *possessio pro suo* zu den einzelnen Usukapionstiteln. Mit dieser *possessio pro suo*, sagt Ulpian, steht es also: es handelt sich dabei um einen Eigenthumserwerbsakt, nicht um einen vollgültigen, sondern um einen solchen, der nur vom Standpunkte des Besitzers aus vollkommen ist; man glaubt nur Eigenthum zu erwerben. Wie nun beim vollkommenen Erwerbsakt neben dem Besitzen als Eigenthümer immer zugleich *ex ea causa possidetur, ex qua acquiritur*, so auch beim unvollkommenen Erwerbsakt neben dem *possidere pro suo*. Die Betonung des Umstandes, dass die *possessio pro suo* als ein *putare dominium nobis acquiri* erscheint, will nicht sagen, es komme bloss auf diese Meinung an, sondern sie hat den Zweck, an das Eigenthum und den vollkommenen Erwerbsakt zu erinnern, und das ähnliche Verhältniss zwischen der *possessio pro suo* und den speziellen Usukapionstiteln in einen er-

läuternden Zusammenhang damit zu bringen. Als Beispiele führt Ulpian die benannten Titel *pro emptore*, *pro legato* und *pro donato* an und bestätigt, dass neben einem jeden derselben eine *possessio pro suo* hergehen könne. Wenn er aber dabei sagt, auf Grund eines Kaufes (*ex causa emtionis*) werde besessen, die Sachen müssten geschenkt (*donata*) oder legirt (*legata*) sein, so ist damit offenbar an einen wirklichen objektiv vorhandenen Kauf, wirkliche Schenkung und wirkliches Legat gedacht und es ist jede Möglichkeit ausgeschlossen, dass hier, wie man so häufig annimmt, unter dem die *possessio pro suo* begründenden vermeintlichen Eigenthumserwerbsakt ein lediglich putativer verstanden wäre, von welchem nicht wenigstens jene zum Titel gehörigen und dem Bewusstsein des Erwerbers näher liegenden Stücke vorhanden gewesen wären. — Ebenso entschieden ist die objektive Existenz der zum Titel gehörigen Stücke bei der *possessio pro suo* in §. 1 hervorgehoben, wo ausdrücklich von einer wirklichen *traditio ex causa justa puta emtionis* die Rede ist. Dieses letztere Beispiel wurde angeführt, um eine andere Frage zu berühren; ob man nämlich auch nach vollendeter Usukapion noch *pro emptore* d. h. überhaupt auf den speziellen Titel hin besitze. Wir würden die Frage verneinen. Vor Ablauf der Ersitzungszeit war der innerliche Charakter des Besitzes zu bezeichnen als *pro suo*, der äusserliche als *pro emptore*; das verändert sich mit der Vollendung der Usukapion: jetzt ist der Besitz innerlich bezeichnet als der des Eigenthümers, der Name *pro suo* aber wird jetzt zur Kennzeichnung der besonderen Art der Entstehung dieses Eigenthums, er bezeichnet das Verhältniss des eigenthümlichen Besitzes nach aussen: der glückliche Usukapient besitzt *pro suo*, wie der Okkupant der *res nullius pro suo*, der Legatar *pro legato* besitzt, also zur speziellen Charakterisirung seines Besitzes als Eigenthümer. Diesen Besitz noch genauer danach charakterisiren zu wollen, von welcher Art der Usukapionsbesitz war, auf dessen Resultat es jetzt allein noch ankommt, wäre mindestens überflüssig. Mauricianus soll aber doch der Meinung gewesen sein, dass der *titulus pro emptore* fortdaure, so dass der glückliche Usukapient drei Namen für seinen Besitz hätte anführen können: ich besitze als Eigenthümer, ich besitze *pro suo* und ich besitze *pro emptore*. Ulpian scheint ihm nicht beipflichten zu wollen; vielleicht war dieses Titelwesen doch auch ihm zu viel.

V. l. 2, 1 D. 41, 4: *Separata est causa possessionis et usucapionis, nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide, quem admodum qui sciens rem alienam emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat. l. 33, 1 D. 41, 3: si quis emerit fundum sciens ab eo cujus non erat, possidebit pro possessore.* Ein Kauf hat stattgefunden und deshalb besitzt man *pro emptore*; allein weil der Besitzer in *mala fide* war, ist dieser *titulus possessionis* nicht zugleich auch eine *justa causa*, ein genügender *titulus usucapionis*, sondern ist, wie l. 33, 1 D. cit. sich ausdrückt, eine *possessio pro possessore*. Hiemit ist also diese Art des Besitzes in deutlichen Gegensatz gestellt zur *possessio pro suo*, vermöge deren man eben usukapirt. Ob usukapirt wird oder nicht, darauf beruht der wesentliche Unterschied zwischen beiden, *pro emptore* und folglich auch *pro legato*, *pro donato* u. s. w. kann daneben die eine so gut sein wie die andere.

Fragm. Vat. 1: Qui à muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit, vel falso tutore auctore, quem scit non esse, non videtur bona fide emisse. Itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore; Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius. . . Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere. Wenn eine Frau ohne *tutoris auctoritas* eine *res Mancipi* verkäufert, so ist das ein ungültiges Geschäft und der Käufer, welcher darum weiss, ist kein *bona fide emptor*. Labeo nun nimmt es damit sehr streng; dass ein solcher Käufer weder Eigenthum erwirbt, noch usukapiren kann, sondern bloss *pro possessore* besitzt, versteht sich für ihn von selbst; er meint aber überdiess, die Ungültigkeit jenes Geschäftes gehe so weit, dass der Kauf so gut wie gar nicht vorhanden ist und nicht einmal als Titel dazu dienen kann, dem Besitze seinen Namen zu geben: »der Käufer besitze nicht einmal *pro emptore*, sondern schlechthin *pro possessore* ohne weitere Kennzeichnung.« Dem steht nun gegenüber: erstens die Ansicht des Proculus und Celsus, dahin gehend, dass doch *pro emptore* besessen werde, und zweitens die noch weiter gehende des Julian, welcher auf Grund eines solchen Kaufes unter Umständen sogar die Usukapion gestatten will. Erstere Ansicht bildet offenbar den Gegensatz zur Behauptung des Labeo, der Besitz sei nicht

pro emptore, letztere zu der anderen Behauptung, er sei *pro possessore*. So finde ich denn auch in dieser Stelle eine Bestätigung dafür, dass das Charakteristische an der *possessio pro possessore* eben die Versagung der Usukapion ist, zu welcher, wie wir gesehen haben, die *possessio pro suo* verhilft.

Folgende zwei Stellen sprechen ohne ein erläuterndes Wort von selber: *l. 1, 2 D. 41, 6: Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.* — *l. 16 D. 41, 2: Quod uxor viro aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.*

Es hat sich hieraus wieder der begriffliche Gegensatz zwischen der *possessio pro possessore* und der *pro suo* ergeben; praktisch wird sich aber noch ein weiterer Unterschied bemerklich machen: wie die *possessio pro suo* mit einer *bonae fidei possessio* in ihrer praktischen Erscheinung zusammentrifft, so die *possessio pro possessore* mit einer *malae fidei possessio* d. h. mit einem Besitze, welcher mit dem Bewusstsein ergriffen wurde, dass kein Eigenthumserwerbsakt vorhanden sei. Sie ist ein Besitz, der nicht zur Usukapion führt, also ein solcher, der keine genügende *justa causa usucapionis* hat, sei es, dass an den objektiven Bestandtheilen einer solchen ein Mangel ist, sei es, dass der Erwerber sich bewusst war, dass auf Seiten des bisherigen Eigentümers etwas fehlt, was zum vollgültigen Erwerbsakte gehörte. Letzteren Falls versteht sich von selbst, dass der Glaube an einen Eigenthumserwerbsakt nicht vorhanden war; aber auch im ersteren Falle muss er fehlen, weil, wie wir oben auseinandersetzen, ein Irrthum bezüglich der den Titel bildenden Stücke des Erwerbsaktes nicht anzunehmen sein wird. Es fallen darum im praktischen Leben *possessio pro possessore* und *malae fidei possessio* dem äusseren Anscheine nach zusammen.

VI. Hievon besteht aber eine hervorragende Ausnahme, es gibt einen Fall, wo usukapirt wird ohne *justus titulus* mit *bona fides*; hier ist also eine *malae fidei possessio* möglich, die nicht *possessio pro possessore* ist: ich meine die *possessio pro herede*. Schaden kann es natürlich nicht, wenn der, welcher *pro herede* besitzen will, auch wirklicher Erbe zu sein glaubt, aber nothwendig ist es nicht: *sciens alienam rem usucapit*. Nennen wir einmal jeden Besitz *pro suo*, der sofort oder nach einiger

Dauer Eigenthum erzeugt, so können wir gar nicht anders, als auch diese *malae fidei possessio pro herede* darunter rechnen.

Wir haben uns hier zunächst mit der Inscription des *Tit. D. 41, 5* abzufinden, welche lautet: *pro herede vel pro possessore*. Wir werden anerkennen müssen, dass es sich hier nicht um den Gegensatz zweier Dinge, sondern um den Gegensatz zweier verschiedener Bezeichnungen für Eines und das Nämliche handelt. Die gegenheilige Auslegung Huschke's in *Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft* Bd. 14 Note 24 scheint mir zu gezwungen: es ist ja in der That in dem ganzen Titel nur von einem einzigen Gegenstand die Rede und keine Spur davon vorhanden, dass noch von einem anderen zu sprechen beabsichtigt gewesen wäre. Allein von was ist hier die Rede? nicht von einer *possessio*, sondern von einer *usucapio pro herede*. In der Ueberschrift ist also zu ergänzen: *de usucapione pro herede vel pro possessore*, womit auch die Inscription im *Codex Tit. 7, 29* harmonirt. Desshalb darf man auch nicht sagen, die *possessio pro herede* sei hier doch als *possessio pro possessore* bezeichnet, sondern: der *usucapio pro herede* wird der Name einer *usucapio pro possessore* beigelegt. Dieser Name enthält offenbar einen inneren Widerspruch, allein darf uns das bei einem so durchaus anomalen Institut wie die *usucapio pro herede* überraschen? Die Rechtfertigung scheint mir in Folgendem zu liegen: mit dem Ausdruck *usucapere pro* — berufen sich die einzelnen Arten der Usukapion auf die äußerlichen Unterscheidungsmerkmale, die sie vor einander auszeichnen, und zwar nehmen sie diese Merkmale her von dem Besitz, auf welchen sie sich gründen, je nach dem dieser Besitz äußerlich gekennzeichnet ist als *pro emtore*, *pro legato*, *pro herede*, nennen sie sich auch *usucapio pro emtore*, *pro legato pro herede*; innerlich ist jener Besitz natürlich immer *pro suo*. Nun hat aber der zur *usucapio pro herede* führende Besitz äußerlich noch eine ganz besonders in die Augen fallende Eigenthümlichkeit: es fehlt ihm in seiner äußerlichen Erscheinung gerade das, was als das Charakteristische der *possessio pro suo* angesehen wird, der *justus titulus* mit *bona fides*; obwohl innerlich *possessio pro suo*, gleicht er in seiner äußerlichen Gestalt einer *possessio pro possessore*. Und nach diesem so sehr hervorstechenden Merkmale des Besitzes, auf welchen sie sich gründet, nennt sich die *usucapio pro herede* eine *usucapio pro possessore*;

der innerliche Charakter der *possessio pro herede* als einer *possessio pro suo* wird dadurch nicht berührt. — Wo von einer *possessio pro herede* die Sprache ist, wird sie vielmehr auf das Entschiedenste in Gegensatz gestellt zu einer *possessio pro possessore*. *l. 1 p. D, 43, 2: pro herede aut pro possessore; l. 1 C. 3, 28: pro herede aut pro possessore: l. 11 C. 3, 31: utrum pro possessore an pro herede possideat; l. 4 C. 7, 34: nec pro herede, nec pro possessore.*

Die zuletzt angeführten Stellen handeln meist von der *hereditatis petitio* und wir müssen auf diese Klage etwas näher eingehen, um so mehr als wir hier auf einen gewichtigen Widerspruch stossen werden. Die *hereditatis petitio* ist die Klage des Erben gegen denjenigen, welcher sein Recht als Erbe verletzt. Einer solchen Verletzung macht sich zunächst schuldig, wer eine Sache aus dem Grunde besitzt, weil er selbst Erbe zu sein behauptet. Wer dagegen die Sache auf andere Weise zu Eigenthum erworben haben will, der wendet seinen Widerspruch ausdrücklich nicht gegen die Erbenqualität des Anderen, sondern nur gegen das weiter darauf gegründete Eigenthum; er ist daher mit der *rei vindicatio* statt mit der *hereditatis petitio* zu belangen. Absolut rechtswidrig ist der Besitz desjenigen, der selbst keinerlei rechtlichen Anspruch auf die Sache macht, sondern mit dem Bewusstsein besitzt, dass die Sache nicht ihm gehöre; er negirt damit jeden Rechtsgrund der einem Anderen Anspruch auf die Sache gewährte, daher dem Erben gegenüber nicht bloss das Eigenthum, sondern auch den entfernteren Grund, die Erbenqualität. Wir hätten sonach zwei Fälle, in welchen der Besitzer einer Sache mit der *hereditatis petitio* belangt werden kann: 1) wenn er aus vermeintlichem eigenem Erbrechte besitzt. 2) wenn er besitzt, ohne selbst einen rechtlichen Anspruch auf die Sache zu machen, als *malae fidei possessor*.

Von der *hereditatis petitio* handelt *ex professo* der *Tit. D. 5, 3*. Wir finden hier in *l. 8* den Beklagten folgender Maassen bestimmt: *Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam*. Es müssen diese beiden Rubriken jedenfalls die nämlichen Fälle umfassen, wie die von uns so eben aufgestellten; allein die Eintheilung ist offenbar eine ganz andere. Für's Erste ist klar, dass *pro herede* besitzen und besitzen in dem Glau-

ben, selbst Erbe zu sein, nicht identisch ist. *Pro herede* besitzen ist der umfassendere Begriff; so besitzt der wirkliche Erbe (*l. 33, 1 D. 41, 3*), von dem hier nicht die Rede sein kann, so besitzt aber auch, wie wir aus der Lehre von der *usucapio pro herede* wissen, derjenige, welcher einer Erbschaftssache sich bemächtigt hat mit dem Willen eines Erben und zwar gleichviel, ob er glaubt und behaupten kann, zu diesem Willen berechtigt zu sein oder nicht; denn *pro herede* besitzt auch der *sciens rem alienam esse*. Sonach enthält das *pro herede possidere* nicht nur den Besitz desjenigen, welcher glaubt Erbe zu sein, sondern auch noch dazu einen bedeutenden Fall aus unserer zweiten Rubrik, einen Fall der *malae fidei possessio*. — Die *possessio pro possessore*, haben wir oben gesagt, trifft praktisch immer mit der *malae fidei possessio* zusammen, einen einzigen Fall ausgenommen. Es würde also bis auf diesen Fall die zweite Rubrik der römischen Eintheilung mit der der unsrigen harmoniren. Der Fall ist aber eben jene *possessio pro herede*, die auch als *malae fidei possessio* eine *possessio pro suo* und nicht *pro possessore* ist. — So haben wir das Resultat: verglichen mit unserer Eintheilung enthält die zweite römische Rubrik den nämlichen Fall zu viel, den die erste zu wenig enthält; beide Rubriken zusammengenommen umfassen demnach in der That hier wie dort das gleiche Material.

Fitting *l. c. N. 45* sucht diese Uebereinstimmung auf einem direkteren Wege zu erreichen, indem er geradezu aufstellt: »In Ansehung der Erbschaftsklage erscheint als *pro herede possessor* bloss derjenige, welcher sich als *heres* oder *bonorum possessor* zum Besitze des Nachlasses berechtigt glaubt.« Dann würde auch der *possessor pro possessore* schlechthin mit einem *malae fidei possessor* zusammenfallen müssen, so dass die römische Eintheilung vollkommen die nämliche wäre, wie die unsrige. — Diese Auffassung scheint mir aber ganz unhaltbar. Dass eine *possessio pro herede* ohne *bona fides* zur Usukapion führt, erkennt auch Fitting an; unrichtig ist es aber, wenn er sagt: nur in Rücksicht auf die Usukapion sei es für die *possessio pro herede* gleichgültig, ob *bona fides* sie begleitete oder nicht. Es ist das für die *possessio pro herede* an sich vielmehr ganz absolut gleichgültig und muss ihr ihrem Wesen nach gleichgültig sein. So hebt auch Gaius II, 52, den Fitting citirt, nicht das als das Besondere

bei der *usucapio pro herede* hervor, dass dabei die *possessio pro herede* auch den Fall umfasst, wo der Besitzer in *mala fide* ist, sondern das Bemerkenswerthe ist ihm offenbar, dass man hier ohne Weiteres auf eine *possessio pro herede* hin usukapirt, die doch ebensogut in *mala fide* als in *bona fide* stattfinden kann und deshalb auch zulässt, dass ein *sciens alienam rem se possidere* usukapirt. — Die *possessio pro herede* ist ein *genus possessionis* gleich der *possessio pro emtore*, *pro donato* u. s. w., mit welchen wir sie ja in *l. 3, 21 D. 41 2* zusammengestellt fanden. Für diese *genera possessionis* ist es aber durchaus irrelevant, ob der Besitzer dabei in *mala fide* ist oder nicht; das hat uns insbesondere für die *possessio pro emtore* die *l. 2, 1 D. 41, 4* bestätigt. Natürlich, es handelt sich dabei ja bloss um die äusserliche Charakterisierung des Besitzes und hierauf muss das gute oder schlechte Gewissen des Besitzers ohne Einfluss sein. Dass man auch *mala fide pro herede* besitzen kann, liegt also in dem natürlichen Wesen dieser Besitzesart, nicht in ihrer besonderen Beziehung zur Usukapion, und deshalb muss jene Eigenthümlichkeit der *possessio pro herede* bleiben, in welchem Zusammenhange sie auch auftreten mag. Wer bloss eine *bonae fidei possessio* will, muss diess durch einen ausdrücklichen Zusatz erklären, sonst begreift der Name *pro herede possessio* ohne Unterschied auch den Besitz mit *mala fides*. — Dass gerade eine Klage bei der Bestimmung der Passivlegitimation diesem Sprachgebrauch widerspräche und nun auf einmal unter einem *possessor pro herede* nur den Besitzer in gutem Glauben begreifen wollte, ist doppelt unwahrscheinlich. Mit der Gewährung von gerichtlichen Klagen greift der Staat am energischsten in das praktische Rechtsleben ein; um aber auch am richtigen Punkte einzugreifen, wird man sich wohl hüten, allgemein feststehende Ausdrücke in einem anderen beschränkteren Sinne zu gebrauchen, wie es die *hereditatis petitio* thun soll. — Fitting beruft sich auf zwei Stellen: Gai. IV, 144, wo gesagt ist: *pro herede possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse*. Die Stelle handelt nicht von der *hereditatis petitio*, sondern von dem *interdictum quorum bonorum*, welches auch gegen den wirklichen Erben geht. Wenn Beispiele der *possessio pro herede* gegeben werden wollten, so lag es hier am nächsten dem wirklichen Erben denjenigen gegenüber zu stellen, der es

nicht ist, sondern nur irrthümlicher Weise sein will; man braucht aber durchaus nicht annehmen, dass bloss das *possessio pro herede* sein soll, was hier speziell genannt ist; nach Fitting's eigener Ansicht würde auch derjenige, welcher *bonorum possessor* zu sein glaubt, hieher gehören müssen. Nun, eben so gut wie dieser kann auch der *malae fidei possessor pro herede* einfach unerwähnt geblieben sein. Wenn in dieser Stelle weiter gesagt ist: *pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam sciens ad se non pertinere possidet*, so wird sich später ergeben, dass auch hier der Begriff durch das Beispiel nicht erschöpft ist, woraus sich auf das Gleiche für die erste Rubrik schliessen lässt. — In der anderen Stelle *l. 1 p. D. 43, 2* heisst es: *quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset*. Fitting entnimmt hieraus, dass auch bei einem solchen, welcher dem *interdictum quorum bonorum* gegenüber nur *pro possessore* besitzt, die Möglichkeit einer *pro herede usucapio* und folglich einer *pro herede possessio* in dem anderen Sinne vorausgesetzt werde. Der Schluss ist kein nothwendiger; wir können recht gut annehmen, dass der Nachsatz nur zu dem *pro herede* gehört. Dass er nicht unmittelbar daran anknüpft, sondern nachgeschleppt wird, rechtfertigt sich vollkommen daraus, dass er ja in der Rescission der *usucapio* eine ganz neue Wirkung der Klage bringt; die Konstruktion der Stelle hat also auch von unserem Standpunkte aus gar nichts Auffallendes. — Dem gegenüber gibt uns ein Blick auf den *Tit. D. 5, 3*, welcher *ex professo* von der *hereditatis petitio* handelt, sofort ein positiv entscheidendes Argument. Dort wird zunächst von der Aktivlegitimation zur Klage gehandelt; in *l. 9* beginnt die Erörterung der Frage, wer der richtige Beklagte sei, und die Antwort lautet wie bekannt: wer *pro herede* oder *pro possessore* besitzt. Mit *l. 18, 2* fängt der dritte Abschnitt an: *Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione*, d. h. es soll jetzt festgestellt werden, was alles dem siegreichen Kläger geleistet werden muss. Dabei wird ein Unterschied gemacht, der in der Natur der Sache liegt und unter Anderem auch bei der *rei vindicatio* hervortritt: je nach dem der Beklagte in gutem Glauben war oder nicht, ist seine Behandlung eine mildere oder eine strengere. Mit dieser *l. 18* hat aber jetzt ein vollständiger Wechsel der Terminologie für den Beklagten sich

vollzogen. Während wir bis dahin fast in jeder Stelle den Gegensatz von *possessor pro herede* und *possessor pro possessore* fanden, tritt uns von nun an statt dessen konstant der *bonae fidei possessor* und der *malae fidei possessor* (auch *praedo*) entgegen. Wie nun, wenn wie Fitting behauptet, der *hereditatis petitio* gegenüber unter *possessio pro herede* nur der gutgläubige Besitz verstanden war, während die *possessio pro possessore* jeden, — auch den sonst zur *usucapio pro herede* führenden, — Besitz in bösem Glauben umfasst, wozu dann dieser Wechsel? Es wäre jedenfalls angemessener gewesen, die bisherige Terminologie einfach beizubehalten, oder, wenn auch das nicht, so könnte es sich doch nicht fehlen, dass eine unter den vielen Stellen, einer unter den vielen verschiedenen Juristen, welche von der *malae fidei possessio* und *bonae fidei possessio* sprechen, einmal auch den gleichbedeutenden Ausdruck *possessio pro possessore* statt jener, *possessio pro herede* statt dieser gebrauchten, — wenn sie nämlich wirklich dieser Klage gegenüber das Gleiche bedeuten. Dass diess nicht geschieht, dass es so konsequent vermieden wird, dafür findet sich keine andere Erklärung, als dass eben die Eintheilung, die mit dem Beklagten gemacht wird, eine andere ist in Rücksicht auf die Begründung der Passivlegitimation, als in Rücksicht auf den Umfang seiner Leistungspflicht, dass *pro herede* besitzen nicht identisch ist mit *bona fide* besitzen und *pro possessore possessio* nicht identisch mit *malae fidei possessio*.

Ich glaube auf unserer obigen Auslegung der *l. 9* stehen bleiben zu dürfen, um so mehr als dieselbe in den Detailausführungen der darauffolgenden Fragmente 11—13 eine wesentliche Bestätigung findet. Von den zwei Rubriken *pro herede* und *pro possessore* werden hier je zwei Unterabtheilungen gemacht:

1. *Pro herede* besitzt nach *l. 11 p*:
 - a) *qui putat se heredem esse*;
 - b) *qui scit se heredem non esse*.

Wenn man diesen zweiten Satz ohne Vorurtheil betrachtet, wird man niemals darauf kommen, ihn nur von dem *bonorum possessor*, der nachher ausdrücklich noch hervorgehoben wird, gelten zu lassen, und nicht überhaupt von dem, der *sciens rem alienam esse* mit dem Willen eines Erben besitzt, auf welchen jene Worte doch ganz besonders gemünzt scheinen. Indem aber hier die *pos-*

sessio pro herede sowohl des gutgläubigen als des schlechtgläubigen Besitzers, schlechthin im Gegensatz zur *possessio pro possessore* gestellt ist, ist bewiesen, was wir behauptet haben, dass sie in keinem Falle eine *possessio pro possessore* ist. Von Besitzen zu Eigenthum ist hier keine Rede, es bleibt also nur übrig der *possessio pro herede*, auch wenn sie von *mala fides* begleitet wird, die Eigenschaft einer *possessio pro suo* zuzuerkennen. Dann aber folgt weiter daraus, dass das eigentliche Wesen der *possessio pro possessore* so wenig in *mala fides*, als das der *possessio pro suo* in *bona fides* besteht; nur darin lässt sich das Unterscheidungsmerkmal finden, ob der Besitz zum Eigenthum führt oder nicht.

2. *Pro possessore* kann man besitzen mit einem *titulus possessionis* und ohne einen solchen; danach besitzt *pro possessore*:

a) der *praedo*, der in l. 12 und 13 p. folgender Maassen definiert wird: *qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam possessionis potest dicere*. Wenn schon ein unvollkommener Erwerbsakt nur unter besonderen Bedingungen den Besitzer in ein rechtliches Verhältniss zur Sache zu bringen vermag, regelmässig aber bei einem solchen gar keine solche innerliche Beziehung entsteht, so dass der Besitz eine blosser *possessio pro possessore* bleibt, so versteht sich von selbst, dass diess auch der Fall ist, wenn gar kein Eigenthumserwerbsakt, gar keine *causa possessionis* vorhanden ist, auf welche der Besitzer sich berufen könnte: der Besitz ist hier immer *possessio pro possessore* und als solche zugleich *malae fidei possessio*, wie wir diess oben entwickelt haben. Ein Besitz, der mit Wissen des Besitzers auch nicht den Schein einer rechtmässigen Entstehung für sich hat, kann nur auf positiv rechtswidrige Weise entstanden sein, daher für diese Art von Besitzer die schmeichelhaften Attribute: *praedo, fur, raptor*. — Allein dabei ist doch nicht zu vergessen: es gibt eine Art Besitz ohne *causa possessionis*, ohne Spur eines Eigenthumserwerbsaktes, welche dennoch keine *possessio pro possessore*, und wobei folglich auch der Besitzer nicht als *praedo* zu behandeln ist: und das ist eben wieder die *possessio pro herede*. Die äusserlichen Bedingungen einer solchen sind hier, wo der Erbe wegen einer *res hereditaria* klagt, offenbar auch beim *praedo* gegeben (*res hereditaria, cuius possessionem heres nondum nactus est*). Wodurch unter-

scheidet sich also der *praedo* hier von einem *pro herede possidens*? Durch nichts als durch die Richtung des Willens: Der Letztere will an die Stelle des Verstorbenen treten, will bezüglich dieser Sache die Lücke ausfüllen, die dessen Tod gemacht hat. Eine solche Lücke ausfüllen zu wollen, ist nach dem uralten Rechtsinstitut nicht nur erlaubt, sondern es ist dem, der es thut, Eigenthumserwerb durch Fortsetzung seines Besitzes zugesagt: wer die *res hereditaria* besitzt ohne *causa possessionis* aber mit dem Willen des Verstorbenen Erbe zu sein, der ist kein *possessor pro possessore*, sondern *possessor pro suo*. Darum stellt denn auch unsere Stelle für das Vorhandensein der *possessio pro possessore* des *praedo* ausdrücklich neben dem Mangel eines Eigenthumserwerbsaktes (*nec ullam causam possessionis potest dicere*) als zweite Bedingung auf: *nec contendet se heredem vel per mendacium*. So wie der Besitzer sagt: ich will Erbe sein, besitzt er nicht als *praedo*, nicht *pro possessore*, sondern *pro herede*, mag auch die Behauptung, Erbe zu sein, als eine offenbare bewusste Unwahrheit, als ein *mendacium* sich darstellen. Hiemit scheint mir auch *l. 11 C. 3, 31* zusammenzuhängen: *Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat*. Den Beklagten darüber ertscheiden zu lassen, ob er *mala fide* oder *bona fide* besitze, wie es nach Fittings Begriffsbestimmungen hier geschähe, hätte gewiss keinen Sinn; dagegen wird seine Erklärung jeden Falls in der oben angegebenen Richtung maassgebend sein können. — Fittings sprachliche Bedenken gegen unsere Uebersetzung der *l. 12 cit.* (*l. c.* Anm. 150) kann ich nicht theilen; nach seiner eigenen Uebersetzung: „*Pro possessore* besitzt, wer gar nicht behauptet, Erbe zu sein oder es doch nur mittels einer Lüge behauptet« scheint mir aber der fragliche Passus ziemlich nichtssagend; denn das wäre ja alles schon enthalten in dem vorausgehenden *nec ullam causam possessionis potest dicere*, eine *causa possessionis* wird mittelbar (vom Erblasser her) auch mit der Erbschaft behauptet. Wenn Fitting ausruft: »Seltsam genug allerdings, dass der (überführte) Lügner anders und besser behandelt werden sollte, als wer der Wahrheit die Ehre gibt,« — so müssen wir hervorheben, dass damit, dass er nicht als *possessor pro possessore*, sondern als *possessor pro herede* zu belangen ist,

jeñem Lügner durchaus keine bessere Behandlung in Aussicht gestellt wird; in Rücksicht darauf, was dem Beklagten zu leisten auferlegt werden soll, scheidet sich ja die *pro herede possessio* naturgemäss wieder in den gut- und schlechtgläubigen Besitz und in dieser Beziehung steht jener Lügner dem *possessor pro possessore*, der sich unumwunden als solchen bekennt, vollkommen gleich.

b) Die zweite Klasse, im Gegensatze zu dem bisher behandelten *possessor pro possessore* bildet derjenige, der *ullam causam possessionis potest dicere*, wie *l. 13, 1* ihn schildert: *Omnibus etiam titulus hic pro possessore haeret et quasi junctus est. Denique et pro emtore titulo haeret; nam si a furioso emere sciens pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus? Et placet nobis Juliani sententia pro possessore possidere eum et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.*

Vier Fälle von unvollkommenen Eigenthumserwerbsgeschäften werden uns hier vorgeführt, welche das gemeinsam haben, dass sie sämmtlich eine *justa causa usucapionis* nicht vorzustellen vermögen, sei es nun wegen *mala fides* oder wegen sonst eines Mangels. Diess hindert sie nicht, noch als *tituli possessionis* zu dienen; wir haben bereits festgestellt: ein Kaufgeschäft, welches so unvollkommen ist, dass es kaum nur noch den Namen eines solchen verdient, gibt der *possessio* den Namen *pro emtore*, eine derartige Schenkung lässt sie *pro donato*, eine Dosbestellung *pro dote* sich benennen. Diese äusserliche Benennung des Besitzes hat also jedenfalls der Besitzer von dem hier die Rede ist, vor demjenigen, der gar keine, nicht einmal eine unvollkommene *causa possessionis* anführen kann, voraus. Eine andere Frage ist aber: vermochte dieser *titulus possessionis* dem Besitzer etwas für sein Verhältniss zur Sache zu nützen? Und hier muss gesagt werden, dass der *titulus possessionis*, wenn der ihn bildende Erwerbsakt nicht einmal zu einer *justa causa usucapionis* genügt und so eine *possessio pro suo* erzeugt, gar keine weitere Wirkung hat auf das Verhältniss des Besitzers zur Sache; derselbe ist *possessor pro possessore* so gut wie derjenige, für welchen gar keine Spur eines Eigenthums-

erwerbsaktes vorhanden ist, so gut wie der *praedo, fur* und *raptor*. Und so »hängt« denn auch, wie unsere Stelle so bezeichnend sich ausdrückt, an dem Namen *pro emptore, pro donato, pro dote* u. s. w. überall als zweiter Name des Besitzes, das schlichte *pro possessore*. — Durch den Titel ist wenigstens der äusserliche Schein des Rechtes gewahrt; die titulirte *possessio pro possessore* ist deshalb nicht auch noch mit dem Vorwurf eines Deliktes behaftet. Allein wo der Erwerbsakt nicht einmal zum Usucapionstitel genügt, da muss, haben wir gesehen, auch angenommen werden, dass der Besitzer um die Mangelhaftigkeit desselben gewusst hat, dass er *mala fide* besitzt; hierin steht er also dem *praedo, fur* und *raptor* vollkommen gleich. Dass diese Letzteren überdiess auch noch ein Delikt begangen haben, kommt der *hereditatis petitio* gegenüber nicht in Betracht, sie will ja keine Strafe verhängen. Deshalb werden beide Arten von *possessor pro possessore* in dem mit *l. 18* beginnenden dritten Theile des *Tit. D. 5, 3* ganz gleichmässig behandelt, und häufig wird als Vertreter der ganzen Klasse von *malae fidei possessores*, zu welchen hier auch noch der *malae fidei possessor pro herede* stösst, geradezu nur der *praedo* angeführt.

Mit der eben betrachteten *l. 13, 1 D. 5, 3* können wir fuglich unsere Untersuchungen abschliessen; es bildet diese Stelle mit *l. 3, 21 D. 41, 2* und *l. 1 D. 41, 10*, die wir oben behandelt haben, ein zusammengehöriges Kleeblatt, welches die vollkommene Lehre enthält von dem Systeme der dreifachen innerlichen Charakterisirung des Besitzes, das neben dem der verschiedenen äusserlichen *tituli possessionis* herläuft. Den *titulus possessionis* stellt irgend ein Eigenthumserwerbsakt vor, auf welchen hin besessen wird. Deshalb besitzt man je nach dem verschiedenen Namen desselben: *pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato* u. s. w. Je nach der grösseren oder geringeren Vollkommenheit desselben besitzt man aber bei jedem einzelnen zugleich entweder als Eigenthümer (*l. 3, 21 D. 41, 2*), oder als Usucapionsbesitzer *pro suo* (*l. 1 D. 41, 10*) oder als Besitzer schlechthin, *pro possessore* (*l. 13, 1 D. 5, 3*). Diese Stufenfolge ist in zwei Beispielen durchgeführt in *l. 33, 1 D. 41, 3*, auf welche ich hier nur noch verweisen will.

Hiemit haben wir der *possessio pro suo* die Stelle angewiesen, die ihr in der Lehre von der Usukapion gebührt. Sie gehört nicht unter die einzelnen Arten von Usukapionstiteln, es gibt keinen *titulus usucapionis pro suo* in dem Sinne, wie es einen *titulus usucapionis* gibt, der *pro emtore* oder *pro donato* u. s. w. heisst. Vielmehr ist die *possessio pro suo* gegenüber all den einzelnen Eigenthumserwerbsarten, welche den Usukapionstitel bilden, das Höhere, das, worauf sie alle hinauslaufen, der Usukapionsbesitz selbst; und weil sie das ist, umfasst sie auch jenen anomalen Fall von Usukapionsbesitz, wo ein *titulus* gar nicht vorhanden ist, die *possessio pro herede*, die gerade in den letzten Erörterungen mit ihrer ausgeprägten Eigenart recht auffallend hervortrat.

Berichtigungen.

- S. 23. Z. 9 lies l. 1 p. D. 12, 5 für l. 52 D. 12, 6.
S. 35. Z. 9 ist das Wort »verfolgt« zu streichen.
S. 50. Z. 36 lies conditio für conductio.
S. 129. Z. 31 lies l. 44, 4 D. für l. 44 D.
S. 188. Z. 24 lies dennoch für demnach.
S. 189. Z. 38 lies nachmaligen für nochmaligen.

E. J. M.

